

GLOBALIZAÇÃO E DIREITO INTERNACIONAL

CONSELHO EDITORIAL SELO ÁGORA21

PRESIDÊNCIA	Felipe Dutra Asensi Marcio Caldas de Oliveira
CONSELHEIROS	Adriano Rosa (USU, Rio de Janeiro) Alfredo Freitas (AMBRA, Estados Unidos) André Guasti (TJES, Vitória) Arthur Bezerra Junior (UNINOVE, São Paulo) Bruno Zanotti (PCES, Vitória) Camila Jacobs (AMBRA, Estados Unidos) Camilo Zufelato (USP, São Paulo) Carolina Cyrillo (UFRJ, Rio de Janeiro) Claudia Pereira (UEA, Manaus) Claudia Nunes (UVA, Rio de Janeiro) Daniel Giotti de Paula (Intejur, Juiz de Fora) Eduardo Val (UFF, Niterói) Fernanda Fernandes (PCRJ, Rio de Janeiro) Gláucia Ribeiro (UEA, Manaus) Jeverson Quinteiro (TJMT, Cuiabá) José Maria Gomes (UERJ, Rio de Janeiro) Luiz Alberto Pereira Filho (FBT-INEJE, Porto Alegre) Paula Arevalo Mutiz (FULL, Colômbia) Paulo Ferreira da Cunha (UP, Portugal) Pedro Ivo de Sousa (UFES, Vitória) Raúl Gustavo Ferreyra (UBA, Argentina) Ramiro Santanna (DPDFT, Brasília) Raphael Carvalho de Vasconcelos (UERJ, Rio de Janeiro) Rogério Borba (UCAM, Rio de Janeiro) Santiago Polop (UNRC, Argentina) Siddharta Legale (UFRJ, Rio de Janeiro) Tatyane Oliveira (UFPB, João Pessoa) Tereza Cristina Pinto (CGE, Manaus) Thiago Pereira (UCP, Petrópolis) Vanessa Velasco Brito Reis (PGM, Petrópolis) Vania Marinho (UEA, Manaus) Victor Bartres (Guatemala) Yolanda Tito Puca (UNMSM, Peru)

REVISADO PELA COORDENAÇÃO DO SELO ÁGORA21

ORGANIZADORES

CHARLOTTH BACK
EDUARDO MANUEL VAL
FERNANDO BERTONCELLO
SIMONE ALVAREZ LIMA

GLOBALIZAÇÃO E DIREITO INTERNACIONAL



GRUPO MULTIFOCO

Rio de Janeiro, 2018

Copyright © 2018 Charlott Back, Eduardo Manuel Val, Fernando Bertonceilo, Simone Alvarez Lima (org.).

DIREÇÃO EDITORIAL Felipe Dutra Asensi e Marcio Caldas de Oliveira

EDIÇÃO E PREPARAÇÃO Thiago França

REVISÃO Coordenação Selo Agora 21

PROJETO GRÁFICO E CAPA Carolinne de Oliveira

IMPRESSÃO E ACABAMENTO Gráfica Multifoco

DIREITOS RESERVADOS A

GRUPO MULTIFOCO

Av. Mem de Sá, 126 - Centro

20230-152 / Rio de Janeiro, RJ

Tel.: (21) 2222-3034

contato@editoramultifoco.com.br

www.editoramultifoco.com.br

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS.

Nenhuma parte deste livro pode ser utilizada ou reproduzida sob quaisquer meios existentes sem autorização por escrito dos editores e autores.

Globalização e Direito Internacional

BACK, Charlott

VAL, Eduardo Manuel

BERTONCELLO, Fernando

LIMA, Simone Alvarez

1ª Edição

Agosto de 2018

ISBN:978-85-8273-519-0

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

B126g Back, Charlott.
Globalização e direito internacional / Charlott Back
et al. – Rio de Janeiro: Ágora21, 2018.
208 p. ; 21 cm.

Inclui bibliografia.
ISBN 978-85-8273-519-0

1. Direito internacional público. 2. Globalização.
3. Comércio internacional. I. Val, Eduardo Manuel. II.
Bertonceilo, Fernando. III. Lima, Simone Alvarez. IV.
Título.

CDD 341

Sumário

Conselho científico do CAED-JUS	7
Sobre o CAED-JUS	9

A segurança jurídica nos novos modelos comerciais internacionais e a utopia da união política global ...	11
<i>Aloan Rosário de Oliveira e Alan Felipe de Oliveira Chagas</i>	

A decisão da Unesco sobre a cidade de Hebron como patrimônio cultural palestino e a violação à identidade cultural de Israel	25
<i>Simone Alvarez Lima e Pedro Henrique Savian Bottizini</i>	

O Brasil e o enfrentamento ao tráfico de pessoas: a adequação da legislação penal brasileira ao protocolo de Palermo	41
<i>Andreia Cadore Tolfo</i>	

Propedêutica ao Direito Internacional Humanitário	59
<i>Adriano Selhorst Barbosa</i>	

**Quem é a criança no Direito Internacional Privado?
Análise do movimento de humanização e dos
instrumentos de proteção infantil.....79**

Mayra Thais Andrade Ribeiro

**Governança corporativa: desafios internacionais para
sua aplicação ao setor público 99**

Thaís Cíntia Cármi

**Breve apontamento da teoria de sistema de Niklas
Luhmann: destruição do direito pela corrupção
sistêmica da mídia na sociedade. 117**

Abílio Osmar dos Santos

Investimento por estrangeiros: questões atuais.....133

Andirá Cristina Cassoli Zabin Bonini e Nilo Junior de Oliveira

**A contribuição dos pensadores jusracionalistas
para a formação do Direito Internacional147**

Arthur Gustavo Saboya de Queiroz

**A adesão do Brasil a organização para cooperação
e desenvolvimento econômico167**

Rafael de Paiva Matias

**Enquadramento Jurídico do Bitcoin no
Ordenamento Brasileiro187**

Thamires de Souza Cantareli

Conselho científico do **CAED-JUS**

Adriano Rosa (USU)

Alexandre Bahia (UFOP)

Alfredo Freitas (AMBRA, Estados Unidos)

Antonio Santoro (UFRJ/IBMEC/UCP)

Bruno Zanotti (PCES)

Claudia Nunes (UVA)

Daniel Giotti de Paula (PFN)

Denise Salles (UCP)

Edgar Contreras (Universidad Jorge Tadeo Lozano, Colômbia)

Eduardo Val (UFF/UNESA)

Felipe Asensi (UERJ/UCP/USU/Ambra)

Fernando Bentes (UFRRJ)

Glaucia Ribeiro (UEA)

Gunter Frankenberg (Johann Wolfgang Goethe-Universität -
Frankfurt am Main, Alemanha)

João Mendes (Universidade de Coimbra, Portugal)

Jose Buzanello (UNIRIO)

Klever Filpo (UCP)

Luciana Souza (FMC)

Marcello Mello (UFF)

Nikolas Rose (King's College London, Reino Unido)

Oton Vasconcelos (UPE/ALBCJ)

Paula Arévalo Mutiz (Fundación Universitaria Los Libertadores,
Colômbia)

Pedro Ivo Sousa (UFES)

Santiago Polop (Universidad Nacional de Río Cuarto, Argentina)

Siddharta Legale (UFRJ)

Saul Tourinho Leal (UNICEUB/IDP)

Sergio Salles (UCP)

Susanna Pozzolo ([Università degli Studi di Brescia, Itália](#))

Thiago Pereira (UNILASSALE)

Tiago Gagliano (PUC-PR)

Sobre o **CAED-JUS**

O **Conselho de Altos Estudos em Direito (CAED-Jus)** é iniciativa de uma rede de acadêmicos brasileiros e internacionais para o desenvolvimento de pesquisas jurídicas e reflexões de alta qualidade.

O **CAED-Jus** desenvolve-se exclusivamente de maneira virtual, sendo a tecnologia parte importante para o sucesso das discussões e para a interação entre os participantes através de diversos recursos multimídia. Desde a sua criação, o **CAED-Jus** tornou-se um dos principais congressos do mundo com os seguintes diferenciais:

- Democratização da divulgação e produção científica
- Publicação dos artigos em livro impresso, cujo pdf é enviado aos participantes
- Hall of fame com os premiados de cada edição
- Interação efetiva entre os participantes através de ferramentas online
- Diversidade de eventos acadêmicos no **CAED-Jus**

- Exposição permanente do trabalho e do vídeo do autor no site para os participantes
- Coordenadores de GTs são organizadores dos livros publicados

O Conselho Científico do **CAED-Jus** é composto por acadêmicos de alta qualidade no campo do direito em nível nacional e internacional, tendo membros do Brasil, Estados Unidos, Colômbia, Argentina, Portugal, Reino Unido, Itália e Alemanha.

Em 2018, o evento ocorreu entre os dias 20 a 22 de junho de 2018 e contou com 12 Grupos de Trabalho e mais de 400 participantes. A seleção dos coordenadores de GTs e dos trabalhos apresentados ocorreu através do processo de *peer review*, o que resultou na publicação dos oito livros do evento. Os coordenadores de GTs foram convertidos em organizadores dos respectivos livros e, ao passo que os trabalhos apresentados em GTs que não formaram 10 artigos foram realocados noutro GT, conforme previsto em edital.

Os coordenadores de GTs indicaram trabalhos para concorrerem ao Prêmio CAED-Jus 2018. A Comissão Avaliadora foi composta pelos professores Thiago Rodrigues Pereira (UNILASALLE-RJ), Glaucia Maria de Araújo Ribeiro (Universidade do Estado do Amazonas) e Paula Lucia Arévalo Mutiz (Fundación Universitaria Los Libertadores, Colômbia). O trabalho premiado foi de autoria de Marconi do Ó Catão sob o título “A cidade em busca de uma gestão ambientalmente adequada para o destino final do lixo eletrônico”.

A segurança jurídica nos novos modelos comerciais internacionais e a utopia da união política global

Aloan Rosário de Oliveira e Alan Felipe de Oliveira Chagas

Introdução

Atualmente vislumbra-se no mundo uma infinidade de problemas. Isso não é novidade, e os efeitos das transformações tecnológicas são percebidos por décadas. Na lista desses problemas, temos: problemas de ordem nutricional, que pode ser exatamente a desnutrição ou, no sentido de abastecimento e qualidade dos insumos industrializados ou não. Também existe a questão hídrica e abastecimento para acesso a água. Em um mundo globalizado, o desperdício, e ou, falta de cuidado frente à saúde das fontes por países ricos de reservas naturais hidrográficas, ou, em contra partida, a falta de tecnologia para países desprovidos de recursos hidrográficos para manter sistemas e programas de reaproveitamento de águas de esgoto. O desmatamento e as mudanças climáti-

cas. O problema da falta de mão de obra especializada frente ao acelerado desenvolvimento tecnológico, saúde, poluição, etc. Dentre todos esses, ou mais que poderiam ser citados, temos a questão da segurança jurídica em tempos globalizados que gera um liame entre todas estas questões de interesse para o desenvolvimento econômico das nações.

Se avaliado as fases de constituição da formação de um bloco econômico, encontramos como ponto de partida, o conceito e instituto da Zona de Livre Comércio (ZLC), onde é preciso subexistir uma redução de 80% de carga tributária, ou eliminação de gama de impostos suficiente para viabilizar e flexibilizar ganhos tangíveis e consideráveis à ponte de sustentar a própria razão de interesse da formação daquele bloco. Subsequentemente, temos o instituto da União Aduaneira (UA), que trata da Tarifa Externa Comum (TEC), que busca uniformizar ou criar o padrão uno de tarifação para que os países vinculados implementem acordos comerciais com os demais. Ou seja, independentemente do local onde um determinado produto seja comercializado, seu valor será o mesmo, pois só há uma única TEC. Sendo assim, o controle competitivo comercial estaria regulamentado e controlado. E temos ainda o instituto do Mercado Comum (MC), que se constitui com a queda das cinco (5) barreiras, que são: a liberdade de trânsito de pessoas; liberdade de mercadorias; liberdade de prestação de serviços; liberdade de concorrência; liberdade de capitais.

Nesse sentido e dinâmica, subexiste o MC. E por fim, temos o instituto da União Econômica e Monetária (UEM), a exemplo da União Europeia. Neste contexto, cria-se o formato de unidade de monetária (moeda única), unidade bancária (um banco central) e unidade de planejamento financeiro.

Todo este conceito move a economia em uma coreografia a impactar as questões supracitadas, mas, por conta dos novos modelos comerciais, a globalização rompe os limites

comunitários, e uma total consciência sobre estes problemas é exigida. As questões sociais estão diretamente ligadas às questões econômicas, e para esses dois fatores coexistirem harmonicamente se faz necessária a segurança jurídica. Mas, seria isso possível em pleno desenvolvimento globacional, transformatório nos modelos comerciais?

Fundamentalmente eis uma real descontinuidade em diversos aspectos da sociedade, e em vários aspectos da vida. Podemos considerar que, importante é entender o momento de transformação que estamos inseridos. Envolve inteiramente a economia, afeta cada indústria individualmente, muda, e ou, realoca posições competitivas, deixando em alerta as preocupações, que vai do mais simples indivíduo ao mais alto executivo, pela potencialidade de como pode impactar, coisas como; onde ou como estão as frentes de trabalhos, sob quais condições se trabalha, na manufatura ou no serviço, quando e de qual forma acontecem o câmbio de mercadorias, serviços e ativos, suas variações comerciais e posições no mercado considerando a concorrência e suas forças.

A transformação não começou há pouco tempo. No decorrer dos últimos sessenta anos, aonde um conjunto de eventos e fatores vieram moldando ou preparando, mesmo que não intencionalmente, ao ponto onde nos encontramos como humanos, como sociedade produtiva e o como nos comportamos frente às novas tecnologias e a dinâmica do Direito concorrencial.

Voltado ao ponto zero, quando não poderíamos imaginar das possibilidades que estaríamos a experimentar, quanto às máquinas, os novos mecanismos, o físico e o elétrico, a informação era enviada via arquivo físico. Não havia o digital ou a internet. Tudo era manual e mecânico. Mas então, no início dos anos sessenta, o mundo começa a experimentar ondas de eventos transformadores que impactaram determinando o trilho que o mundo seguiria.

Onda 1 - O advento da microcomputação;

Começou pelas grandes corporações, estatais e privadas, que passaram a informatizar seus departamentos, digitalizando seus arquivos, identificando nesse processo uma melhoria na economia interna com os custos operacionais. Então, por conseguinte, corporações de menor poder econômico passaram a adotar as mesmas atitudes de mudança e aprimoramento tecnológico. À medida que os computadores eram integrados, visualizava-se maior rendimento e produtividade nunca vistos em outras eras. Esse fenômeno gerou impacto na produtividade humana e conseqüentemente diretamente na economia mundial.

Onda 2 - Advento da Internet;

A internet trouxe “o breve”, a conectividade, a velocidade na transito de informações, arquivos e dados, a baixo custo, ligando qualquer um, a qualquer lugar. A internet possibilitou que a produtividade, já expandida pela microinformática, pudesse alçar voos ainda mais altos, criando assim o “próximo passo”, criando o “link”, conectando dados, substituindo mecanismos de gerenciamentos, simplificando de tal modo o acesso do cidadão comum o acesso a arquivos considerados raros, que de outra forma, só eram possíveis serem acessados por dispendiosos esforços financeiros, por simplesmente estarem longe. As possibilidades se tornaram ilimitadas.

Onda 3 - Produtos Conectados Inteligentes;

A mudança ocorreu e não afetou apenas em âmbito operacional, mas as mudanças ocorreram nos próprios produtos, serviços ou ativos. Os sensores mudaram, o microprocessamento mudou, os *softwares* mudaram. Esse fenômeno é reconhecido como “efeito *internet*”, que por causa dela, e por ela, novos nichos de mercado são observados e fomentados. Podemos dizer que, as possibilidades aumentaram tanto, que foi necessária a criação de instituições de inteligência fossem

criadas para pesquisarem e anteciparem as futuras necessidades de mercado. Surgindo assim, a atenção sobre as possíveis violações de direitos comerciais e concorrenciais. Ou seja, “o novo” pode ser o problema, pois até a sua adaptação, economias inteiras podem ruir gerando caos globalizados.

1. A segurança jurídica nos novos modelos internacionais e a utopia da união política global

Liame. Por que são suportados tantos problemas de ordem social, econômica, ambiental? As atuais micro e macro economias influenciam estas questões? E, se há essa incidência, quais são os seus papéis?

Importante é ser avaliado como se há entendido e ponderado o peso de cada dinâmica do *trade* internacional e a volatilidade dos seus ativos. Tanto os problemas decorrentes das novas tendências, quanto das possíveis soluções, e ou, se é possível avaliar e antecipar preventivamente possíveis danos.

O negócio em si é o problema, assim entende-se, e muitos dos desafios sociais no mundo fazem-se pelo interesse privado. As locomotivas das indústrias, dos laboratórios farmacêuticos, dos bancos, fazem o mundo financeiro girar, e atualmente, em velocidade cada vez mais acelerada. Porém, sobre trilhos frágeis da sociedade, que há muito não tem suportado o peso de suas ridas de ferro. Assim, os negócios não são visto como a solução. O que é correto em muitos aspectos, pois existem agentes potencialmente nocivos à saúde econômico-social. Sendo assim, esta perspectiva é justificadamente plausível.

A maneira em que são enfrentados esses problemas, convencionalmente, se dá através de iniciativas fomentadas por Organizações Não-Governamentais (ONG), ou iniciativas a partir de políticas público-governamentais, em termos de fi-

lantrópia. De fato, o fenômeno organizacional característico desta época é o aumento do aparecimento dos trabalhos de ONG e organizações sociais, que são modelos organizacionais novos e singulares, que a cada dia, formulam estratégias inovadoras, mobilizações nesta estrutura são formadas, na busca de soluções para as questões sociais. E, o que ocorre é que, quando é percebido um novo fenômeno social, naturalmente, vê-se a necessidade da criação de um novo modelo de organização filantrópica que possa estudar e trabalhar no intuito de minimizar ou remediar os efeitos gerados daquela demanda social. Assim foi a maneira que foi encontrada para lidar com tais questões.

Mas percebendo o avanço tecnológico e a mudança dos modelos comerciais, observa-se que o modelo de remediação social decai frente à realidade global, e o que é feito não tem surtido suficiente ou eficiente efeito as questões sociais. Os problemas aparecem, crescem, se demonstram insolúveis frente a insuficiência científica que observa, de forma lenta e, a cada dia, mais desatualizada, frente tais questões. Toda solução encontrada é insuficiente ou não produz efeitos considerável a anular a questão que surge a todo o momento. Isso se dá porque, se o interesse de mercado muda se novos produtos são criados, a todo instante, e se isso acontece em escalas ilimitadas, de onde são extraídos os insumos ou matérias primas para tanto? Para onde vão os dejetos decorrentes desses novos produtos? Qual impacto a saúde ambiental mundial? Se um produto é substituído e outro é criado, o que é feito do profissional que o produzia? Quem produzira o novo? Para onde vai o seu lixo?

O que a cada dia é demonstrado é a fragilidade e insegurança jurídica da “produção em escala”. É possível progredir, é possível demonstrar benefícios, é possível demonstrar resultados, é possível acelerar, fazer mais, melhor, mas não é possível avançar em escala, pois para tanto é necessário lidar com a escassez, pois não há recursos. E essa pendência,

a falta de dados científicos que mensurem e quantifiquem o tempo de reposição desses recursos, sejam eles proveniente do modelo que forem também são insuficientes e sem prazo para atualizações. Não é possível avançar em alta escala sem impactar a economia, em especial hoje, em nível mundial. E isso se evidencia a cada dia.

Usando o modelo atual, não existe receita tributária suficiente, não existem doações filantrópicas suficientes, e assim por diante. Um confronto com essa realidade é necessário.

A existência dos novos produtos (bens e serviços), substitutos no mercado, que analisados, desempenham funções equivalentes, ou parecidos, sob condições básicas de negociação, também incidem diretamente às corporações. Assim, tais substitutos, podem limitar os lucros em tempo real, como também podem reduzir as fontes de riqueza que as corporações podiam obter em tempos de prosperidade.

As análises de quantos concorrentes existem, dos seus novos preços, e da qualidade comparada ao negócio que está sendo examinado, seja ele qual for, bem como o lucro, tais concorrentes ganham afim de que possa aferir a possibilidade de baixar seus custos ainda mais, ou não, pois voltamos à questão da escassez de recursos.

A ameaça da concorrência é informada pela troca de custos, tanto imediatos quanto em longo prazo, considerando também a inclinação cambial a depender do nicho de mercado e da sua capacidade de adaptação às novas tendências.

2. Formação de preço

A valoração de cada novo produto normalmente é alta. Se o mercado visualizar a alta demanda pelo mesmo, em relação ao seu potencial de necessidade, sua cotação pode ser melhor mensurado segundo ao disparo em ações no em capital aber-

to. Daí vem à análise dos riscos dos produtos substitutivos e seus impactos quanto ao modelo econômico vigente naquele momento. Deve-se perguntar, é a substituição de um produto existente, ou novo nicho? Como se comportará a concorrência e quais são os riscos jurídicos? Ao pensar de que as sociedades não devem contar com forças do mercado para proteger o ambiente ou fornecer um sistema de saúde de qualidade para todos os cidadãos. Segundo a ideia acima quando o Estado interfere demais no mercado, este não funciona em sua plenitude.

O avanço tecnológico não permite que, de outro modo, o *laissez-faire, laissez-passer*, não ocorra. Assim com também é claro visualizar que a “Mão invisível” de Adam Smith (1996) nunca esteve tão ativa. Desta forma, passamos ao estágio de compreensão da formação do preço:

Diferencial:

O valor também é determinado de acordo com a exclusividade que o produto pode demonstrar e da sua escassez. De acordo com sua singularidade, e grau de necessidade, o produto se torna ícone em um fenômeno comercial. O novo significa atualização, novo padrão, dita tendência, marca tempo, divide períodos e é multiplicador de possibilidades, e leva ao usuário a facilidade de determinado comportamento potencializando seus negócios, facilitando sua vida e abrindo frente a alguma vantagem para o crescimento.

Poder de Negociação do Consumidor Final:

Com a aceleração da troca de informações, os novos modelos de mercado e as agências de inteligência criam mecanismos de base logarítmica, que fiscaliza padrões de comportamento dos usuários da rede mundial de computadores, que incide diretamente em questões de soberania internacional, e ou, violações de direitos pétreos do indivíduo. Muitas discussões são realizadas sobre esse aspecto, que fomentaram o desenvolvimento de legislação contra crimes virtuais, porém,

quanto à invasão de informação individual e, âmbito global, está longe de ser regulamentada. Daí maior no tocante ao risco jurídico. Não será este o maior dos riscos?

Está no poder de negociação do consumidor a anuência, ou não, da nova tendência. Ele é o peixe que morderá ou não a isca do “novo” determinando seu valor.

Tal tendência vigiada possibilita, de contra partida, a troca de informação, onde, o comportamento diz que, a cada dia, mais usuários buscam em fóruns informações e opiniões sobre qualidade de determinado produto para decidirem se querem ou não comprar, a depender da escassez.

Qualidade:

O padrão de qualidade mudou. É no Direito Ambiental que encontramos os estudos sobre a industrialização e seus impactos econômicos de âmbito global. Produtos que no passado duravam anos, hoje são substituídos por produtos quase que descartáveis. Isso gera impacto ambiental, mas demonstra quase de forma dolosa, que a máquina econômica precisa girar, para não emperrar, porém, mais uma vez temos os direitos e garantias fundamentais sendo afetados, e a volta do capitalismo selvagem se torna possível.

Veja que a análise aqui abordada do capitalismo selvagem, não significa uma crítica ao modelo, e sim a dúvida sobre a ética aplicada sobre um determinado grupo, quando se almeja conquistar mercado e economias.

O padrão de qualidade está diretamente ligado a “Obsolescência programada” e a quebra de direitos individuais, que em pensamento *Stricto*, cria a insegurança jurídica comercial, que não é do interesse global.

Assim, se fundamentalmente é um problema da escassez de recursos, Onde estão os recursos na sociedade? Ainda é possível encontrá-los ou como são criados? Para muitos o vilão é o capital e não há enfrentamento quanto a busca por

soluções, mas a realidade indica que a resposta está nos negócios. Toda riqueza é produzida por negócios.

Negócios criam riquezas, sempre criou. Faz-se quando a necessidade encontra o lucro, cria taxas, e assim, leva a renda, que também levam a possibilidade da doação, e assim os recursos são encontrados.

Os recursos são majoritariamente gerados de negociações, do *trade*. A questão é como ser possível aproveitar e redistribuí-lo em sociedade para que os recursos se auto sustentem e retornem as suas fontes?

Seguindo então o pensamento que os recursos são provenientes dos negócios que geram lucros, que é a diferença entre o preço e o custo necessário para produzir, qualquer solução que os negócios tenham criado, ou para qualquer problema que estejam tentando solucionar. É a “Mão invisível”, é a magia e o metafísico, por que o lucro permite que qualquer solução que tenha se criado tenha a possibilidade imprevisível da mesma maneira dos efeitos imprevisíveis dos efeitos da escassez. Porque se há produção de lucro, pode-se multiplicar exponencialmente ilimitando seus efeitos. A solução se torna autossustentável.

Historicamente, o senso comum diz sobre a economia que, a visão a respeito dos negócios diz que existe um desequilíbrio entre desempenho social e desempenho econômico, e diz que os problemas sociais são decorrentes dos lucros obtidos nos negócios, como exemplo tem a poluição. Se as corporações poluem significa que obtêm mais lucro ao invés de reduzir suas emissões. Porquanto, reduzir emissões é um processo caro e as corporações não querem fazê-lo.

Por muito tempo as corporações seguiam a mesma linha de pensamento, de que, um ambiente limpo ou saudável, externo ou até mesmo interno fosse necessário para a manutenção dos lucros, e esse comportamento fortaleceu a crença de

que poluição é sinônimo de lucratividade. Mas o que tem sido observado é exatamente o contrário. Os negócios lucram com a solução dos problemas sociais. Este é o verdadeiro lucro.

Tomemos por exemplo mais uma vez a poluição. A redução das emissões economizam custos, tornam a empresa mais produtiva, mais eficiente, não desperdiçam recursos, tem um ambiente limpo e saudável de trabalho, evita acidentes, garante assiduidade ao trabalho, etc. Pois acidentes e manutenção de convênios médicos são caros.

Assim, entendemos que não deve existir desequilíbrio entre desenvolvimento econômico para com o desenvolvimento social, ou seja, o desenvolvimento social é dependente do desenvolvimento econômico, não havendo milagre fora das relações mercantis. Repetindo o citado acima, o que deve ser analisado para a segurança jurídica, seja do direito ambiental, econômico, trabalhista ou civil, trata-se da forma que estas organizações aplicam em efetividade sua eticidade. A regra fundamental intrínseca de cada ser é que torna uma cultura organizacional positiva, em sua práxis diária.

Conclusão

Para um real desenvolvimento global econômico, onde o desenvolvimento social é viabilizado pela lucratividade, o pensamento comunitário dos blocos econômicos se torna a cada dia mais insuficiente, pois a globalização rompe as limitações regionais. Assim, um pensamento também globalizado se faz necessário.

A doutrina trata da União Política, como algo utópico, porém, em um mundo globalizado, onde a indústria plástica polui os mares que banham a costa de muitas nações, se faz necessário também o pensamento hegemônico comercial para regular as novas tendência de mercado, que abusam se

não controladas, na exploração dos recursos a cada dia mais escassos e sem acompanhamento científico que determinam seus efeitos. O pensamento de uma união política, se adaptada ao respeito à soberania, superaria o pensamento comunitário de união econômica, fortaleceria a regulamentação comercial, e favoreceria administração de recursos.

Então, com o pensamento de globalização e a informação de que o lucro resolve as questões sociais, como aproveitar ao máximo o poder dos negócios? Se a união de esforços for percebida, em pensamento global e hegemônico, com as devidas regulamentações e adaptada a seguridade da soberania das nações, seria possível o avanço em escala. Seria possível, junto do desenvolvimento humano a manutenção dos recursos.

A cada dia, mais empresas tentam se adequar em criar mecanismos para um mundo sustentável e geram cada vez mais empregos respeitando à saúde do planeta. Isso fala de Ética.

Considerando a mudança quase diuturna a que as instituições estão sujeitas em face da evolução sinteticamente referida acima, dos novos modelos para o desenvolvimento, e até mesmo a sobrevivência corporativa, e a antevisão do que está por vir, seria lícita a indagação do valor deste trabalho, que diz; Não está aí a verdadeira violação de direitos? A tecnologia estaria sendo usada em previsões, que na verdade são “invasões” de privacidade, soberania, apropriação velada de capital intelectual sistematizada?

O fato é que, o mundo quer que “o novo” venha, mas com ética e respeito às instituições que tutelam suas fronteiras, bem como a preservação do meio ambiente e o real desenvolvimento econômico. John Lennon, em sua canção “Imagine”:

“You may say, I’m a dreamer
But I’m not the only one
I hope someday you’ll join us
And the world will live as one”

Vislumbra um mundo sem fronteiras, livre de separações. Para todo efeito, isso não viria de encontro à livre iniciativa. Mais uma vez a ética demonstra ser a régua para promover o real desenvolvimento das nações. A concorrência justa, a qualidade, a segurança jurídica aludida por Lennon é possível, independentemente do modelo de governo, mas sem ética, o ser humano continuará a dar passos, ou correlacionando com o texto sagrado, como Israel numa peregrinação em círculos em um deserto sem fim.

Bibliografia

AKTOUF, Omar; A Administração Entre a Tradição e a Renovação, São Paulo: 2017.

CUTLER, J. Cleveland. Biophysical economics. 26 maio 2010. Encyclopedia of Earth. Disponível em: https://editors.eol.org/eoearth/wiki/Biophysical_economics. Consultado em 03 jun. 2018.

HURDLE, Jon. Nobel de Economia diz que forças do mercado são falhas, Reuters, UOL Internacional. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/ultnot/reuters/2007/10/15/ult729u70832.jhtm>. Consultado em: 03 jun. 2018.

LENNON, John. Imagine. Reino Unido: Apple records, 1971.

MUNIZ, Adair de O. Teoria Geral de Administração, 4 a. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2001.

PORTER, Michael E. Vantagem Competitiva, Editora Campos, São Paulo: 2011.

SMITH, Adam; A Riqueza Das Nações, Belo Horizonte: Atlas, 1986.

A decisão da Unesco sobre a cidade de Hebron como patrimônio cultural palestino e a violação à identidade cultural de Israel

Simone Alvarez Lima e Pedro Henrique Savian Bottizini

Introdução

Israel tem tido uma relação conturbada com determinadas Organizações Internacionais devido ao seu conflito com a Palestina. Em 2011, o ingresso da Palestina como membro da Unesco causou indignação de Israel (e também dos Estados Unidos, que vê em Israel o seu maior aliado no Oriente Médio), mas não tanto quanto a decisão da Unesco que tornou a cidade de Hebron um patrimônio cultural palestino, sendo que nela está localizado o Túmulo dos Patriarcas judeus.

O primeiro item será destinado a apresentar um breve histórico atual do conflito entre Israel e Palestina, seus principais pontos de disputas, o segundo item abordará a importân-

cia da identidade cultural para um povo e um país e, por fim, a recente decisão da Unesco que acirrou a relação conflituosa entre Israel e Palestina a respeito da cidade de Hebron.

A justificativa desta pesquisa é fazer uma crítica à Resolução da Unesco que demonstrou desprezar dados históricos ao tornar o Túmulo aonde Abraão, Isaías e Jacó e suas esposas estão enterrados como um bem islâmico, quando, todos reconhecem esses personagens essenciais na história judaica.

Tendo em vista que a decisão da Unesco é recente, não há na doutrina debate específico sobre o assunto e por isso, junto com obras doutrinárias serão utilizados documentos da Unesco e sites da internet que abordam a opinião internacional sobre o reconhecimento da cidade de Hebron como patrimônio cultural islâmico.

1. Da gênese do conflito e a xenofobia

O conflito entre Israel e Palestina não é algo recente e ambos os países sofrem com o intervencionismo das Organizações Internacionais.

Em 1947, de acordo com PEREIRA e RIBEIRO, a ONU partilhou o território palestino entre árabes e judeus, tornando Jerusalém um centro de disputa. Após a fundação de Israel, em 14 de maio de 1948, a tensão deixou de ser local para se tornar questão regional. Para os palestinos, começava ali a nakba, palavra em árabe para “destruição” ou “catástrofe”: 750 mil palestinos fugiram para países vizinhos ou foram expulsos pelas tropas israelenses.

Indaga-se porque Israel foi criada justamente no Oriente Médio, em meio a tantos muçulmanos, e a resposta encontram-se em fontes bíblicas e na Declaração de Balfour de 1917, na qual o governo britânico se posicionou favoravelmente à criação de um lar para judeus na Palestina. O maior

ponto de conflito é Jerusalém e até hoje parte dos membros da ONU não reconhecem nem Israel e nem a Palestina como Estados.¹ Seguem abaixo os principais pontos de embate entre israelenses e palestinos:

As diferenças que parecem irreconciliáveis são:

- Jerusalém: Israel reivindica soberania sobre a cidade inteira e afirma que a cidade é sua capital “eterna e indivisível”, após ocupar Jerusalém Oriental em 1967. A reivindicação não é reconhecida internacionalmente. Os palestinos querem Jerusalém Oriental como sua capital.

- Fronteiras: os palestinos exigem que seu futuro Estado seja delimitado pelas fronteiras anteriores a 4 de junho de 1967, antes do início da Guerra dos Seis Dias, o que incluiria Jerusalém Oriental, o que Israel rejeita.

- Assentamentos: ilegais sob a lei internacional, construídos pelo governo israelense nos territórios ocupados após a guerra de 1967. Na Cisjordânia e em Jerusalém Oriental há mais de meio milhão de colonos judeus.

- Refugiados palestinos: os palestinos dizem que os refugiados (10,6 milhões, de acordo com a OLP, dos quais cerca de metade são registrados na ONU) têm o direito de voltar ao que é hoje Israel. Mas, para Israel, permitir o retorno destruiria sua identidade como um Estado judeu. (BBC, 2017)

1. A título de informação complementar, vale informar que os dois territórios palestinos são a Cisjordânia e a Faixa de Gaza. Em 2007, Gaza passou a ser governada pelo Hamas, grupo islâmico que nunca reconheceu os acordos assinados entre Israel e outros grupos palestinos. (BBC, 2017)

Os Acordos de Oslo, em 1993, pressupunham que palestinos cessassem as hostilidades contra ocupantes israelenses, ainda que estes dessem sequência à ocupação de territórios. A aceitação dos sete acordos provisórios mostrava a intenção de conviver pacificamente com Israel, mas “em lugar de devolver os territórios ocupados como estava previsto, Israel continuou a estender o seu controle (ilegal) sobre a Jordânia, cercando a população palestina com uma rede de assentamentos.” (BISHARA, 2003, p. 23)

Para BISHARA (2003, p. 23), Israel começou a instituir um novo apartheid na Palestina com a assinatura do primeiro acordo Gaza-Jericó, e que Israel iniciou um processo de limpeza étnica na Palestina.

Durante os sete longos anos do processo de paz, duas legislações prevaleceram na Palestina: uma para os judeus e outra para os palestinos. Os judeus tiveram a liberdade de locomoção, de construir e de se desenvolver, ao passo que os palestinos foram empilhados em bantustões. Os israelenses adquiriram e expropriaram mais terras, enquanto os palestinos, constrangidos pelas proibições de locomoção, não tinham sequer acesso físico a essas terras. (BISHARA, 2003, p. 25)

A ONU nunca reconheceu a anexação da Jerusalém Oriental como território israelense, apenas considera o território ocupado. A Organização Internacional considerou a lei israelense de 1980 como uma violação de Direito Internacional e que o status deste local deveria ser negociado. Por este motivo, a ONU, através da Resolução do Conselho de Segurança nº 478, que declarou a Lei Básica de unificação nula,

rechaçando a anexação de Jerusalém Oriental a Israel, solicitou que os países com missão diplomática em Jerusalém se retirassem e assim o fez diversos países, como Bolívia, Chile, Colômbia, Costa Rica, República Dominicana e até o Brasil, os quais transferiram sua embaixada para Tel Aviv. (G1, 2017)

Israel tem sofrido boicotes morais e financeiros, sendo taxada de fascista, racista, um Estado que promove o *apartheid* e o genocídio. Tudo isso a fim de que Israel desocupe a Cisjordânia e a Faixa de Gaza. Cita-se que os palestinos sofrem não apenas com a ocupação, mas também com a “negação de seu direito de voltar para casa” porque os refugiados vivem no exílio e “tem negado o direito de voltar para a própria casa e a própria terra, direito este que é sancionado pela ONU, simplesmente porque não são judeus. Israel, com seu sistema próprio de *apartheid*, insiste em ter uma maioria judaica.” (BABBIN & LONDON, 2015, p. 35)

Israel conta com 21% de árabes em sua população, que são pessoas que ficaram em Israel após a Guerra da Independência e seus descendentes, as quais escolhera, a cidadania israelense, ao invés da cidadania palestina.² Não é correto afirmar que há *apartheid* em Israel, no máximo um pensamento identitário, que, segundo ALBUQUERQUE JR. (2016, p. 83), tende a gerar intolerância com pessoas de cultura diferente, uma vez que “esse aparece como uma ameaça de destruição da própria identidade, que precisa produzir e reproduzir sempre o semelhante.” Na verdade, o que o país apenas deseja é controlar o fluxo de árabes em seu

2. BABBIN & LONDON (2015, p. 58) rebatem a acusação de que Israel promove o *apartheid*. Eles esclarecem que o direito à voto era negado aos negros sul-africanos, enquanto que os árabes israelenses têm direito à voto em Israel, inclusive as mulheres. Árabes israelenses podem se candidatar a cargos eletivos, Israel não limita a educação dos árabes israelenses, enquanto que nas escolas palestinas há intensa propaganda antissemita.

território, especialmente porque a palestina tem forte influência do grupo Hamas e já sofreu com ataques terroristas libaneses do Hezbollah em 2006.

Israel construiu um muro a fim de proteger a população judaica da atuação de grupos armados palestinos e bombardeios suicidas, contudo, Israel não utiliza de meios menos violentos para defender seus interesses, e um exemplo foi quando em 2006, o país foi responsável pela morte de militantes palestinos, como o uso de uma bomba de uma tonelada contra a casa de um dirigente do Hamas, a qual causou a morte de sua esposa, seus oito filhos e cinco vizinhos. (COGGIOLA, 2013)

Esse “direito de retorno”, na realidade, não existe para os atuais palestinos. Israel justifica isso afirmando que “se os refugiados tiverem permissão para retornar o que foi um dia um grupo de 760 mil pessoas de fato deslocadas, hoje, um grupo de 5 milhões de descendentes que retornariam a Israel sob exigência palestina.” (BABBIN & LONDON, 2015, p. 35).

Israel deseja manter sua cultura judaica protegida da islâmica, daí provém o fundo xenofóbico do objetivo de se isolar dos demais países do Oriente Médio em geral, e não apenas da Palestina. De acordo com ALBUQUERQUE JR (2016, p. 75), a xenofobia não é motivada apenas por racismo e nem é exclusividade de países ocidentais que desejam manter maiorias brancas, pois ela também se relaciona com a “rejeição aos contatos culturais, o medo da perda da identidade cultural pela convivência e aproximação com grupos culturalmente diferentes, mesmo que esses pertençam a etnias que possuem a mesma cor de pele.” Compreendida a difícil relação entre Palestina e Israel, passar-se-á ao estudo da importância da identidade cultural para um país e para uma nação.

2. A importância de uma identidade cultural

Identidade cultural é algo que não deve ser desprezado. Na identidade cultural estão abrangidas todas as coisas construídas pelo ser humano, como os mitos, símbolos, ritos, crenças, monumentos, construções. Para HALL (1998, p. 10), “a identidade costura o sujeito à estrutura. Estabiliza tanto os sujeitos quanto os mundos culturais que eles habitam, tornando ambos reciprocamente mais unificados e predizíveis.” Entretanto, o decorrer dos anos e o fenômeno da globalização tem fragmentado a ideia de identidade unificada e estável, a qual não tem se apresentado mais como uma, mas como “uma composição de várias identidades, algumas vezes contraditórias ou não resolvidas.” (FREIRE, 2006)

A cultura e a história não são valores descartáveis, pois funciona como “uma memória que ao conservar e reproduzir artefatos simbólicos e materiais de geração em geração, torna-se depositária da informação social.” (FREIRE, 2006) Neste sentido, HALL (1998, p. 49) afirma que “as pessoas não são apenas cidadãos legais de uma nação; elas participam da ideia da nação tal como representada em sua cultura nacional.” A identidade nacional é fonte fundamental da identidade cultural.

Para FREIRE (2006), apesar das formas da identidade cultural não estarem impressas na genética humana, “pensamos nelas como se fizessem parte da nossa natureza essencial. E sendo a cultura nacional umas das principais fontes da identidade cultural, falar sobre esta implica, antes, falar sobre aquela.” Quando a identidade cultural de uma nação está em risco, esta se rebela a fim de manter algo que é extremamente intrínseco à sua história, pois até mesmo a formação de uma determinada sociedade se relaciona com a criação de seu Estado e com tudo o que foi sofrido para esta formação,

como as vidas perdidas em guerras, o trabalho na construção de monumentos, os arquivos históricos guardados. O desespero que a perda da identidade cultural pode causar em um grupo humano é mencionado por Albuquerque Jr., *in fine*:

A perda das referências culturais por parte de um grupo humano pode gerar não apenas reações violentas e extremadas de ataque aqueles que possam ser considerados os responsáveis por essa perda de coordenadas culturais, mas também pode levar a sentimentos de desorientação, alienação e desespero. Como o mundo humano, como a vida humana é culturalmente organizada, a perda de referências culturais assemelha-se à perda do chão em que se pisa, aquilo que os filósofos franceses Gilles Deleuze e Félix Guattari chamaram de desterritorialização, que pode ser vista e considerada como uma ameaça à própria vida. (ALBUQUERQUE JR., 2016, p. 78)

MENTLIK (2005, p. 66) entende que os judeus representam um caso a parte de identidade cultural por ser o único caso relacionado à preservação de formas culturais em contexto de dispersão territorial.” MATTÉ e SANTOS (2014) contam que ao longo da história, os judeus sofreram com expulsões e diásporas o que os levaram a emigrar para outros países, mas que ainda assim a maioria das pessoas que pertenciam à comunidade judaica continuou reiterando sua “judeicidade” e reivindicando um espaço nacional em comum, qual seja, o Estado de Israel. “Mesmo reterritorializados, os judeus tendem a manter uma imagem e memória viva de suas origens, das perseguições sofridas, das tragédias e das diásporas enfrentadas.” Eles buscam perpetuar suas tradições e costumes nas diferentes gerações.

Atualmente a identidade nacional tem sido suplantada pelo multiculturalismo. NUÑEZ (2017, p. 189) critica a sociedade multicultural e a concepção pós-moderna de identidade a que se refere Hall, pois critica o fato da sociedade multicultural anular o dever de integração que os estrangeiros deveriam cumprir, o que faz com que a ideologia do povo seja suplantada pela do imigrante. Assim, segundo o ensinamento de MONTEIRO (2012) a partir do momento em que um grupo sente sua identidade cultural em risco, ele reivindica sua identidade étnica, e a partir desse momento, pode-se dizer que sua cultura está em perigo de extinção.

Em Israel querer preservar o judaísmo e difundir a cultura judaica não tem sido bem visto pela ONU. BABBIN & LONDON (2015, pp.10-1) contam que Yasser Arafat conseguiu levar o sionismo a debates na ONU e foi baixada a Resolução de que “sionismo é racismo”. Em 10 de novembro de 1975, o embaixador americano na ONU Daniel Patrick Moynihan alertou que “A Assembleia Geral da ONU garante, hoje, a anistia simbólica ao assassinato de seis milhões de judeus europeus.” E ainda expôs que o judaísmo aceita não apenas aqueles que nasceram na religião, mas qualquer um, a despeito da raça, do credo ou da origem nacional. Por esse critério, o sionismo não deveria ser jamais considerado uma forma de racismo.

A manutenção da cultura não é um valor a ser desprezado e quando se fala em judaísmo não há como não pensar em Israel. No âmbito internacional, a Unesco tem papel primordial na orientação e solução de controvérsias entre países no que se refere aos assuntos culturais, tais como o patrimônio histórico. Segundo ALVES (2010), a Unesco passou a ter liderança sobre as discussões mundiais no que se refere ao “conjunto de ações e propostas de regulamentação, definição e normatização da categoria *cultura* em face das profundas

transformações ocorridas no final do século XX.” Sendo assim, o próximo e último item do presente artigo abordará a decisão da Unesco que leva a duvidar do respeito da organização pela identidade cultural israelense que acarretou na saída de Israel, afinal, foi decidido que o Túmulo dos Patriarcas Isaias, Jacó e Abraão era patrimônio Cultural Palestino.

3. A Unesco e a cidade de Hebron

A Unesco é a Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura que tem como objetivo contribuir para a paz através da educação e para tal, possui ações básicas que visam eliminar o analfabetismo, desenvolver o ensino básico. De acordo com SEITENFUS (2016, p. 249), “as prioridades globais da organização são a igualdade de gênero, garantir a educação de qualidade, mobilizar conhecimento na política e na ciência, enfrentar novos desafios sociais e éticos e promover o diálogo intercultural da paz.”

Em 2011, por uma decisão não unânime em que 107 Estados foram favoráveis e 14 contrários (52 Estados se abstiveram), a Palestina ingressou na Unesco como Estado membro pleno. Os países mais insatisfeitos com esta decisão foram Estados Unidos e Israel que boicotaram a Unesco, retirando, respectivamente 22% e 3% do orçamento destinados ao órgão. (ESTADÃO, 2011).

Ao saber da decisão da entrada da Palestina na Unesco, o governo do primeiro-ministro Benjamin Netanyahu decidiu acelerar a construção de 2.000 novas casas nos territórios ocupados de Jerusalém Oriental e Cisjordânia. (VEJA, 2011). Todavia, poucos anos depois mais uma decisão da Unesco desagradou a Israel, e, dessa vez, com maior gravidade pois foi de encontro à identidade cultural judaica, algo precioso para o país.

Em 07 de julho de 2017, a Unesco aceitou o reconhecimento da cidade de Hebron e o Túmulo dos Patriarcas como patrimônios mundiais do Estado da Palestina, para a revolta de Israel, cujo Ministro da Defesa, Avigdor Liberman, afirmou que a “Unesco é uma organização política, vergonhosa e antisemita.” (O GLOBO, 2017). A raiz dessa decisão foi a aceitação do argumento de que a cidade de Hebron precisava urgentemente de proteção contra violações israelenses. Para o Ministro das Relações Exteriores palestino, a decisão significou a vitória da tolerância e da diversidade, já para Naftali Bennett, Ministra da Educação israelense, a decisão foi embaraçosa, pois era um desapontamento ver a Unesco negando a história. (MAANN NEWS, 2017)

A revolta israelense consiste no fato de que na cidade de Hebron está localizado o Túmulo dos Patriarcas, aonde estão enterrados Abraão, Isaque, Jacó e suas respectivas esposas Sara, Rebeca e Lea. Ora, essas personalidades históricas remetem ao judaísmo, não ao islamismo, o que leva a indagar se a decisão da Unesco foi correta ou se foi uma retaliação ao corte de verbas israelense quando da entrada da Palestina nesta organização internacional. Uma coisa é respeitar as diferentes culturas, outra coisa é suprimir a identidade de um povo e o reconhecimento desta cidade como um patrimônio cultural palestino (islâmico) é retirar da cultura judaica o próprio criador do judaísmo (Abraão). A cidade é parte de uma região da Cisjordânia que é ocupada por Israel desde 1967, quando da Guerra dos Seis Dias. Isso gerou o deslocamento de 200 mil palestinos.

O túmulo dos Patriarcas, apesar de ser aonde estão corpos de patriarcas da fé judaica, também é considerado sagrado pelos muçulmanos por estar na Mesquita Ibrahimí. A decisão, surpreendentemente, não foi apertada, pois 12 países foram favoráveis, 6 se abstiveram e 3 votaram contra.

Esta decisão desrespeita a história de Israel, pois nega os 4.000 anos de presença judaica na região. O Livro bíblico de Gênesis conta que ali viveu e foi sepultado Abraão, difusor do judaísmo e o próprio termo hebreu é derivado da palavra Hebron. Em 2015, a UNESCO aprovou 20 resoluções contra Israel negando todos os relatos bíblicos sobre Jerusalém. (RAINHA MARIA, 2016)

O pedido para sair da Unesco emanado por Israel foi uma forma de manifestação de sua contrariedade por terem sido exortados de uma parte importante de sua história ALBUQUERQUE JR. (2016, p. 78) compreende e explica que grupos humanos que são arrancados violentamente se seu universo cultural podem adotar uma atitude de agressão em relação ao outro, o qual é visto como o estopim das mudanças.

O Brasil foi um dos países que votaram a favor de tornar a Cidade de Hebron patrimônio cultural palestino. BABBIN & LONDON (2015, p. 46) entende que o país adota uma posição pró-palestina. Segundo os autores, a esquerda brasileira abraça qualquer causa em nome da hegemonia e se “apropriou de uma suposta bandeira palestina, incorporando elementos antissemitas e antissionistas em suas manifestações.”

Na decisão da Unesco imperou o argumento da tolerância e do multiculturalismo em detrimento da identidade nacional. Assim, finaliza-se este artigo convidando ao leitor a refletir a respeito do limite do ingresso do multiculturalismo. Até que ponto foi uma decisão realmente baseada na tolerância e respeito à diversidade, como alegado pelos palestinos e até que ponto foi invadida a cultura judaica? Em meio à recepção ao multiculturalismo e à identidade pós-moderno é necessário refletir se abrir mão e/ou forçar o outro a perder o que lhe é intrínseco é válido e se este é o melhor caminho para uma boa relação internacional entre países.

Conclusão

Em toda a história mundial sempre houveram diferenças culturais e rivalidade entre países, seja a fim de garantir determinada cultura, seja para manter um território. Israel e Palestina são apenas mais dois protagonistas em uma grande história mundial de rivalidades.

Atualmente se verificam que alguns temas estão tomando destaque no cenário internacional, tais como o multiculturalismo, o homem global, a quebra de fronteiras, enquanto que outros valores têm sido completamente rechaçados como se não tivessem importância, quando na realidade têm, tais como identidade e cultura. Ao tomar identidade e cultura como valores de menor importância, iniciam-se as mais acirradas animosidades entre países, pois algumas organizações internacionais chegam a sobrepor o multiculturalismo ao próprio Direito Internacional.

A ONU previu a criação de um Estado judeu e de um Estado árabe no território palestino, porém sua relação com Israel não tem sido pacífica, porém, a organização internacional que entrou em choque mais sério com Israel foi a Unesco que, ao declarar a Cidade de Hebron como patrimônio cultural em perigo a ser protegido dos israelenses levou à dúvida se foi realmente uma decisão com base na perseguição da tolerância ou se foi uma retaliação ao fato de Israel ter cortado verbas da Unesco quando do reconhecimento da Palestina como Estado membro.

Por fim, foi concluído que intitular o Túmulo dos Patriarcas como patrimônio cultural palestino foi uma violência à cultura judaica, tendo em vista que se tratam de personalidades relacionadas ao judaísmo, e não ao islamismo. Israel se sente isolada em meio a tanto ataque terrorista e é a

única democracia do Oriente Médio, por isso é reativa, especialmente agora, pois ao atacar a identidade cultural de um povo é como mata-lo.

Bibliografia

ALBUQUERQUE JUNIOR, Durval Muniz de. *Xenofobia: medo e rejeição ao estrangeiro*. São Paulo: Cortez, 2016.

ALVES, Elder Patrick Maia. Diversidade cultural, patrimônio cultural material e cultura popular: a Unesco e a construção de um universalismo global. *Sociedade e Estado*. Vol. 25, nº 3. Brasília, set./dez. 2010.

BABBIN, Jed; LONDON, Herbert. *A nova guerra contra Israel*. Tradução de Eduardo Levy. Santos: Simonsen, 2015.

BISHARA, Marwan. *Palestina e Israel: a paz ou o apartheid*. São Paulo: Paz e Terra, 2003.

BBC. *Oito perguntas para entender o conflito entre israelenses e palestinos*. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/internacional-42268607>. Acesso em 01º de maio de 2018.

COGGIOLA, Osvaldo. *Da Ásia Central ao Oriente Médio: um cenário continuado de crise e de catástrofes*. In.: ZAGNI, Rodrigo Medina; BORELLI, Andrea. *Conflitos armados, massacres e genocídios: constituição e violações do direito à existência na era contemporânea*. Belo Horizonte: Fino Traço, 2013.

ESTADÃO. *Retrospectiva 2011: adesão palestina à Unesco*. Disponível em: [http:// internacional.estadao.com.br/](http://internacional.estadao.com.br/)

[noticias/geral,retrospectiva-2011-adesao-palestina-a-unesco,813114](#). Acesso em 03 de novembro de 2017.

FREIRE, Isa Maria. Acesso à Informação e identidade cultural: entre o global e o local. *Revista Ibict*. Vol. 35, nº 2, 2006.

G1. *Entenda por que o reconhecimento de Jerusalém como capital de Israel pelos EUA é tão polêmico*. Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/entenda-por-que-o-reconhecimento-de-jerusalem-como-capital-de-israel-pelos-eua-e-tao-polemico.ghtml>. Acesso em 01º de maio de 2018.

HALL, Stuart A. *A identidade cultural na pós-modernidade*. 2 ed. Rio de Janeiro: DP&A, 1998.

MAAN NEWS. *Unesco registers Hebron, Ibrahimi mosque on World Heritage in Danger List*. Disponível em: <https://www.maannews.com/Content.aspx?id=777959>. Acesso em 03 de maio de 2018.

MATTÉ, Manuela; SANTOS, Salete Rosa Pezzi dos. *Relações entre memória, reterritorialização e identidade cultural em Duas Iguais*, de Cintia Moscovich. Dossiê *Migração, exílio e identidade*. Porto Alegre. Vol.10, nº 02, jul./dez 2014.

MENTLIK, Célia Szniter. As migrações e seus reflexos na cultura: alguns fatos e perspectivas sobre a imigração e a história da presença judaica no Brasil. *Métis: história e cultura*. Caxias do Sul, v. 4, n. 8, p. 61-76, jul./dez. 2005.

MONTERO, Paula. *Multiculturalismo, identidades discursivas e espaço público*. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2238-

[38752012000400081&lng=en&nrm=iso&tlng=pt](#)
Acesso em 03 de maio de 2018.

NUÑEZ, Manuel. *La autodestrucción*. Santo Domingo: Letra Gráfica, 2017.

O GLOBO. *Unesco reconhece Hebron como Patrimônio Mundial da Palestina*. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/mundo/unesco-reconhece-hebron-como-patrimoniomundial-da-palestina-21563558>. Acesso em 02 de novembro de 2017.

PEREIRA, Carolina de Almeida; Lycia Amelia Ribeiro Brasil. As consequências jurídicas da construção de um muro por Israel em Território Palestino de acordo com a Corte Internacional de Justiça. In.: VAL, Eduardo; DELGADO, Ana Paula; SLOBODA, Pedro (orgs.). *Efetividade dos Direitos Humanos e Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Multifoco, 2017.

RAINHA MARIA. *Unesco rasga bíblia e afirma que Habrom é patrimônio da Palestina*. Disponível em: <http://www.rainhamaria.com.br/Pagina/21192/UNESCO-rasga-Biblia-e-afirma-que-Hebrom-e-Patrimonio-da-Palestina-A-ONU-esta-dominada-pela-agenda-islamica>. Acesso em 02 de maio de 2018.

SEITENFUS, Ricardo. *Manual das Organizações Internacionais*. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

VEJA. *Em Retaliação ao ingresso palestino na Unesco, Israel resolve construir 2.000 novos assentamentos*. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/mundo/em-realiacao-ao-ingresso-palestino-na-unesco-israel-resolve-construir-2-000-novos-assentamentos/>. Acesso em 03 de maio de 2015.

O Brasil e o enfrentamento ao tráfico de pessoas: a adequação da legislação penal brasileira ao protocolo de Palermo

Andreia Cadore Tolfó

Introdução

O tráfico de seres humanos é uma prática muito antiga que vem adotando novos aspectos em razão da facilitação do transporte, do desenvolvimento da tecnologia e da atuação de organizações criminosas de forma transnacional. Trata-se um problema de alcance global que pode ser compreendido, principalmente, como reflexo dos problemas socioeconômicos enfrentados por diversos países, bem como da globalização, que se acentuou nas últimas décadas.

O contingente de pessoas envolvidas nessa prática em todo o mundo é preocupante, sendo o Brasil, um dos países em que há registros a respeito. Esse tipo de tráfico se desen-

volve internamente, no território de cada país, e também de forma internacional, ou seja, entre países, se apresentando em diversas formas e com várias finalidades. Essa realidade denota a necessidade de cooperação entre os Estados para combater esse tipo de crime.

Diversos tratados internacionais foram celebrados entre países com o objetivo de combater essa prática, como a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, de 2000 (chamada de Convenção de Palermo) e o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças, que também foi celebrado em 2000 (chamado de Protocolo de Palermo).

Esses documentos internacionais relativos ao tráfico de seres humanos objetivam combater esse tipo de crime, especialmente no que se refere à atuação de organizações criminosas, requerendo a participação e cooperação entre os países. Tais instrumentos exigem maior controle das fronteiras e reforçam a necessidade de criação de leis específicas, bem como a adoção de medidas punitivas mais rigorosas (JESUS, 2003, p. 40).

Para combater o tráfico de pessoas, os países devem adequar suas legislações nacionais às normativas internacionais, a fim de cumprir as obrigações externas e conferir efetividade aos tratados relacionados ao tema. Além disso, no âmbito interno dos Estados, é necessária mobilização nacional a respeito, com a criação e o aperfeiçoamento de políticas públicas relacionadas ao enfrentamento do tráfico de seres humanos.

Este trabalho tem por objetivo verificar as adequações legislativas penais necessárias no Brasil para cumprir as obrigações referentes ao combate ao tráfico de pessoas previstas no Protocolo de Palermo, que foi ratificado pelo Estado brasileiro em 2004. Utiliza-se pesquisa bibliográfica e método

dedutivo, tendo por base a legislação brasileira e normas internacionais a respeito do tema, bem como artigos científicos de pesquisadores do assunto.

1. Desenvolvimento histórico do combate internacional ao tráfico de pessoas

O tráfico de pessoas constitui uma violação de direitos humanos que atinge em torno de 2,5 milhões de pessoas no mundo, sendo quase sempre acompanhado de delitos graves como o cerceamento da liberdade, trabalho forçado e exploração sexual (JESUS, 2003, p. 40). Trata-se de um fenômeno internacional que está presente em muitos países que atuam como fornecedores ou como receptores de pessoas traficadas.

Muitas pessoas, frequentemente mulheres e crianças, são traficadas de um país para outro principalmente para trabalhar em condições análogas à de escravo, sendo abusadas de diversas formas. Em razão disso, o tráfico de pessoas é comumente referido como uma forma moderna de escravidão (JESUS, 2003, p. 15), já que tais práticas estão historicamente interligadas.

Desde a Antiguidade até um passado não tão remoto, o tráfico de pessoas era aceito ou tolerado, confundindo-se com a escravidão (ACCIOLY; SILVA; CASELLA 2012, p. 508), de forma a envolver tanto pessoas brancas quanto negras. Com a expansão europeia e com as navegações do século XV, o tráfico de escravos negros para exploração de mão de obra teve grande incremento, até que no século XVIII, em decorrência da disseminação do pensamento filosófico da época, iniciou-se a luta em favor da abolição da escravatura (MELLO, 2004, p. 944). Entretanto, mesmo com a abolição da escravidão dos negros, o tráfico de pessoas continuou subsistindo.

O termo “tráfico” foi utilizado primeiramente em torno de 1900, servindo para fazer referência à troca de esca-

vos brancos e mulheres (GAATW, 2006, p. 24-25). Nesse período, o foco das preocupações era o tráfico de mulheres brancas (ACCIOLY; SILVA; CASELLA, 2012, p. 508). Esse tipo de tráfico e a migração voluntária de mulheres da Europa para os países árabes e orientais como concubinas ou prostitutas despertou preocupação nos governos dos países da Europa. Em consequência, foi celebrado um acordo internacional para combater e erradicar a troca de escravos brancos (GAATW, 2006, p. 24).

Desta forma, em 1904, foi firmado o Acordo para a Repressão do Tráfico de Mulheres Brancas, que configura o primeiro instrumento internacional relacionado à preocupação com o tráfico de pessoas. Já em 1910, foi celebrada a Convenção Internacional Relativa à Repressão do Tráfico de Mulheres Brancas (ACCIOLY; SILVA; CASELLA, 2012, p. 508). Em 1921, foi assinada a Convenção Internacional para Repressão do Tráfico de Mulheres e Crianças, que demonstra a intenção de proteger a mulher independentemente da sua cor (MELLO, 2004, p. 945), bem como os menores envolvidos nessa prática delituosa.

Nota-se que as primeiras ações internacionais contra o tráfico de pessoas iniciam associadas principalmente ao movimento de mulheres com o propósito de prostituição. Essa relação estreita entre tráfico e prostituição tem se mantido, podendo ser percebida nas ações e nas políticas governamentais contra o tráfico em vários Estados. O tráfico de pessoas também foi sendo gradativamente relacionado com a imigração ilegal, tanto que muitos países passaram a adotar políticas de imigração direcionadas ao movimento de mulheres jovens, com o objetivo de combater tráfico de pessoas (GAATW, 2006, p. 24-25).

Mais tarde, em 1949, sob os auspícios da Organização das Nações Unidas (ONU), foi celebrada a Convenção para a Supressão do Tráfico de Pessoas e da Exploração da Prostituição de Outrem, de acordo com a qual pode figurar como

vítima qualquer pessoa, independente do sexo ou da idade. Apesar de conferir maior amplitude de proteção, a referida Convenção não se amoldou de forma satisfatória à proteção dos direitos humanos, pois sua preocupação central foi com a proibição da prostituição, tendo partido de um paradigma que considerava a mulher dependente e vulnerável à exploração sexual (JESUS, 2003, 27-28).

Em 2000, sob os trabalhos da ONU, foi celebrada a Convenção contra o Crime Organizado Transnacional (chamada de Convenção de Palermo), com o objetivo de prevenir e combater delitos transnacionais cometidos por grupos organizados. Em adicional a essa Convenção, foram celebrados dois protocolos, um versando sobre tráfico de seres humanos e outro sobre contrabando de imigrantes.

O Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças, conhecido como Protocolo de Palermo é, atualmente, o documento mais importante da ONU para tratar do tráfico de seres humanos (OIT, 2009, p. 26). No protocolo mencionado, a preocupação maior não parece ser a prostituição em si, mas o cerceamento da liberdade das vítimas envolvidas no tráfico de pessoas. Ademais, além da exploração sexual, o Protocolo de Palermo também considera outras finalidades do tráfico, como o trabalho escravo e a remoção de órgãos.

A definição aceita internacionalmente para tráfico de pessoas encontra-se no protocolo referido, o qual foi ratificado pelo Brasil em 2004. Segundo o artigo 3º do Protocolo de Palermo, a expressão tráfico de pessoas significa:

O recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou uso de força ou a outras formas de coação,

ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou à situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra para fins de exploração. A exploração incluirá, no mínimo, a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, escravatura ou práticas similares à escravatura, a servidão ou a remoção de órgãos.

Considerando as finalidades mais comuns do tráfico humano, o Protocolo de Palermo estabelece que a exploração dos traficados inclui, no mínimo, exploração sexual, trabalho ou serviços forçados, escravatura ou práticas similares à escravatura, servidão ou remoção de órgãos.

Além de fornecer um conceito amplo de tráfico de pessoas, que envolve diversas condutas e se aplica tanto a mulheres como homens e crianças, o Protocolo de Palermo indica as linhas de atuação que devem ser tomadas nos Estados que fazem parte deste tratado internacional a fim de combater o tráfico de pessoas (PRADO SOARES, 2010. p. 153).

O Protocolo de Palermo serve como diretriz para que as legislações dos países se harmonizem em termos de tipificação de condutas criminosas, bem como na tomada de medidas para combate ao tráfico de seres humanos. Essas iniciativas possibilitam a cooperação internacional e a implementação de estratégias globais para o combate ao tráfico de pessoas.

2 O combate ao tráfico de pessoas no Brasil: adequações na legislação penal brasileira

A adequação das legislações nacionais à normativa internacional é uma obrigação dos países prevista expressa-

mente no próprio Protocolo de Palermo em seu artigo 5º. Como em 2004 o Brasil ratificou o Protocolo de Palermo, assumindo o compromisso de combater o tráfico de pessoas, foram necessárias mudanças na legislação penal nacional para alcançar este objetivo.

No Brasil, o tráfico humano foi previsto no Código Penal de 1940, em seu artigo 231, no Capítulo V, denominado “Do Lenocínio e do Tráfico de Mulheres”. O artigo mencionado se referia apenas ao tráfico de mulheres para fins de prostituição, considerando que somente pessoas do sexo feminino poderiam figurar como sujeito passivo do crime de tráfico humano.

De acordo com a redação original do artigo 231 do Código Penal:

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

Posteriormente à ratificação pelo Brasil do Protocolo de Palermo, internamente, foi aprovada a lei n. 11.106/2005, que alterou o Código Penal brasileiro. A referida lei provocou a mudança da denominação do Capítulo V do Código Penal de: “Do lenocínio e do tráfico de mulheres” para: “Do lenocínio e do tráfico de pessoas”. Com isso, o tipo penal do tráfico humano teve sua abrangência alargada, aplicando-se também a homens e crianças. A mudança na legislação ampliou consideravelmente o campo de proteção à vítima do tráfico humano independentemente do gênero e da idade, nos termos do Protocolo de Palermo.

A lei n. 11.106/2005 também trouxe separadamente as figuras do “tráfico interno de pessoas” no artigo 231-A e

do “tráfico internacional de pessoas” no artigo 231, ambos do Código Penal. Porém, a legislação brasileira continuava a relacionar o tráfico humano somente à exploração sexual, não tendo se adequadamente ao Protocolo de Palermo, o qual possui um alcance bem maior de proteção em termos de finalidade do tráfico.

Em 2009 sobreveio mais uma alteração da legislação penal brasileira relacionada ao tráfico humano, desta vez, com a aprovação da lei n. 12.015/229. Dentre as alterações promovidas pela referida lei destaca-se a inserção da expressão “para fim de exploração sexual” e no detalhamento das hipóteses de aumento de pena (MOURA, 2013).

Além disso, por força da lei 12.015, o capítulo V do Código Penal passou por sua segunda mudança: “Do Lenocínio e do Tráfico de Pessoas” para “Do Lenocínio e do Tráfico de Pessoa Para Fim de Prostituição ou Outra Forma de Exploração Sexual”. Com isso, o legislador pretendeu ampliar a tutela jurídica dos crimes contemplados no capítulo, mencionando não apenas a prostituição, como também outras formas de exploração sexual como manifestações possíveis do tráfico de pessoas (MOURA, 2013).

De acordo com a redação do artigo 231 do Código Penal (atualmente revogado):

Tráfico internacional de pessoa para fim de exploração sexual

Art. 231. Promover ou facilitar a entrada, no território nacional, de alguém que nele venha a exercer a prostituição **ou outra forma de exploração sexual**, ou a saída de alguém que vá exercê-la no estrangeiro.

Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos.

§ 1º Incorre na mesma pena aquele que agenciar, aliciar ou comprar a pessoa traficada, assim como, tendo conhecimento dessa condição, transportá-la, transferi-la ou alojá-la.

Por sua vez o artigo 231-A previa o tráfico interno de pessoas (atualmente revogado):

Tráfico interno de pessoa para fim de exploração sexual

Art. 231- A Promover ou facilitar o deslocamento de alguém dentro do território nacional para o exercício da prostituição **ou outra forma de exploração sexual:**

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos.

§ 1º Incorre na mesma pena aquele que agenciar, aliciar, vender ou comprar a pessoa traficada, assim como, tendo conhecimento dessa condição, transportá-la, transferi-la ou alojá-la.

Pelas alterações trazidas ao Código Penal pela lei 12.015 ampliou-se a tutela jurídica dos crimes, pois os artigos citados mencionam a expressão “qualquer outra forma de exploração sexual”, que não só a prostituição (CAPEZ; PRADO, 2010, p. 127). Entretanto, os artigos do Código Penal referentes ao tráfico de seres humanos relacionavam o tráfico de pessoas somente à exploração sexual, não incluindo as outras modalidades do tráfico que são previstas no Protocolo de Palermo, como o trabalho escravo e o tráfico de órgãos.

O trabalho escravo também é considerado crime na legislação penal brasileira, pois o Código Penal o define e o penaliza no artigo 149:

Redução à condição análoga à de escravo

Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto:

Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

Contudo, apesar de penalizar o trabalho escravo, a legislação nacional não estabelecia expressamente o vínculo entre o trabalho escravo e o tráfico de pessoas, já que tais delitos possuíam previsões legais isoladas no Código Penal.

Por sua vez, a extração ilegal de órgãos também é crime específico na legislação brasileira. Trata-se de um mecanismo de exploração e conduta ofensiva à dignidade da pessoa humana, violando o parágrafo 4º do artigo 199 da Constituição Federal, que proíbe a comercialização de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante (GONÇALVES, 2010, p. 189). A lei n. 9.434/97 que regulamenta a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento prevê somente a possibilidade de doação, que deve se dar em vida, por pessoa capaz ou após a morte, por autorização do cônjuge ou parente, maior de idade.

A Lei n. 9.434/97, em seus artigos 14 e 15, tipifica a extração ilegal e a venda de órgãos humanos ao prever que:

Art. 14. Remover tecidos, órgãos ou partes do corpo de pessoa ou cadáver, em desacordo com as disposições desta Lei:

Pena - reclusão, de dois a seis anos, e multa, de 100 a 360 dias-multa.

Art. 15 – Comprar ou vender tecidos, órgãos ou partes do corpo humano.

Pena – reclusão de 03 (três) a 08 (oito) anos.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem promove, intermedeia, facilita ou aufere qualquer vantagem com a transação.

Porém, como destaca Gonçalves (2010, p. 189), a referida lei não faz menção a respeito do transporte de pessoas para a finalidade de extração de órgãos, o que traria a conexão direta com o tráfico de pessoas.

Assim, na legislação brasileira, apesar das alterações legais importantes realizadas em termos de enfrentamento ao tráfico de seres humanos, nem o trabalho escravo, nem o tráfico de órgãos estavam relacionados diretamente com o tráfico de pessoa, nos termos do Protocolo de Palermo.

Em razão disso, mais tarde, em 2016 foi aprovada a lei n. 13.344, que alterou o Código Penal a respeito do tráfico de pessoas, num esforço para adequar a legislação brasileira ao Protocolo de Palermo. Essa lei é o marco regulatório do tráfico de pessoas atualmente. A lei 13.344 reúne os tipos penais que estão envolvidos no conceito de tráfico de pessoas dado pelo Protocolo de Palermo em tipo penal único.

Ou seja, cria na legislação penal brasileira um tipo penal específico referente ao tráfico de pessoas.

A lei nº 13.344/2016 revogou os artigos 231 e 231-A do Código Penal e criou o artigo 149-A, que possui redação similar ao art. 3º do Protocolo de Palermo. Em decorrência disso, de acordo com a atual redação do Código Penal:

Tráfico de Pessoas

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

- I - remover-lhe órgãos, tecidos ou partes do corpo;
- II - submetê-la a trabalho em condições análogas à de escravo;
- III - submetê-la a qualquer tipo de servidão;
- IV - adoção ilegal; ou
- V - exploração sexual.

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

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

- I - o crime for cometido por funcionário público no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las;
- II - o crime for cometido contra criança, adolescente ou pessoa idosa ou com deficiência;

III - o agente se prevalecer de relações de parentesco, domésticas, de coabitação, de hospitalidade, de dependência econômica, de autoridade ou de superioridade hierárquica inerente ao exercício de emprego, cargo ou função; ou

IV - a vítima do tráfico de pessoas for retirada do território nacional.

§ 2o A pena é reduzida de um a dois terços se o agente for primário e não integrar organização criminosa

O dispositivo (art. 149-A) introduzido no Código Penal pela lei 13.344 é mais amplo do que os artigos revogados, pois além de tratar do tráfico de pessoas para exploração sexual, trata do tráfico para outras finalidades. Com efeito, o artigo 149-A do Código Penal abrange trabalho forçado, servidão, remoção de órgãos, adoção ilegal e exploração sexual, tutelando amplamente os direitos envolvidos no tráfico de pessoas.

Conforme se depreende do dispositivo antes referido, pela atual legislação brasileira, o tráfico internacional de pessoas se tornou um agravante do tráfico interno, já que a retirada da vítima do país configura causa de aumento de pena (§1º, inciso IV, do artigo 149-A). Também cabe ressaltar que nas situações descritas no § 1º do artigo 148-A, destaca-se a vulnerabilidade da vítima em relação ao agente que pratica o tráfico de pessoas, de forma a se justificar a majoração da reprimenda penal.

A lei 13.344 também trouxe mudanças importantes na seara do processo penal. Nesse sentido o novo artigo 13-B do Código de Processo Penal, possibilita que na repressão dos crimes relacionados ao tráfico de pessoas o Ministério Públi-

co e os Delegados de Polícia requisitem, mediante autorização judicial, às empresas prestadoras de serviço de telecomunicações e telemática que disponibilizem imediatamente meios técnicos adequados para localizar as vítimas e suspeitos.

Além disso, quando o tráfico de pessoas envolver organização criminosa, o artigo 9º da lei 13.344 possibilita a utilização subsidiária do disposto na lei n. 12.850/13 (Lei das Organizações Criminosas). Isso permite o uso de meios extraordinários de obtenção de provas que estão previstos no artigo 3º da referida lei, dentre os quais se destaca: colaboração premiada; captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos; acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados; interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas; e infiltração, por policiais, em atividade de investigação.

É bastante comum que o tráfico internacional de pessoas envolva uma organização criminosa, ou seja, a associação de pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas (art. 1º da lei 12.850/13). Desta forma, o uso dos meios extraordinários de obtenção de prova previstos na lei 12.850/13 pode ser fundamental para a efetividade e sucesso das investigações envolvendo o tráfico de pessoas.

As alterações legislativas promovidas no Brasil são essenciais para o enfretamento ao tráfico de pessoas, pois conforme destaca Damásio de Jesus (2003, p. 20), entre os fatores determinantes do tráfico de pessoas está a deficiência das leis. Leis brandas ou em desconformidade com as normas internacionais favorecem a prática do tráfico humano. Neste sentido, a impunidade das pessoas que promovem o tráfico humano configura uma das principais razões da persistência dessa prática no Brasil e nos outros países.

Considerações finais

O Brasil ratificou o Protocolo de Palermo em 2004, assumindo o compromisso internacional de combater o tráfico de seres humanos, em consequência, foram necessárias mudanças na legislação interna para alcançar este objetivo.

O Código Penal brasileiro, que inicialmente se referia apenas ao tráfico de mulheres para fins de prostituição, foi alterado diversas vezes, de forma estender a aplicação da lei para homens e crianças que também são vítimas dessa forma de tráfico. Com as alterações na legislação, atualmente o Brasil garante uma tutela ampla em relação ao tráfico de seres humanos, pois não estabelece limitação da proteção no que se refere ao sexo ou à idade da vítima.

No que diz respeito às finalidades do tráfico de seres humanos, a legislação penal brasileira também avançou, pois originalmente o crime era tipificado somente para fins de exploração sexual. Com as alterações legais que foram promovidas, passou-se punir também outras formas de exploração.

As diversas modalidades de exploração que estão presentes no conceito de tráfico de pessoas dado pelo Protocolo de Palermo foram reunidas em um único tipo penal na legislação brasileira. Atualmente, o Brasil conta com um tipo penal específico referente ao tráfico de pessoas, tendo sido estabelecida a conexão entre as diferentes modalidades de exploração que costumam estar envolvidas no tráfico humano (trabalho forçado, servidão, remoção de órgãos, adoção ilegal e exploração sexual) e o tráfico de pessoas.

Com essa conexão, se reproduziu no Brasil a mesma extensão da proteção prevista no Protocolo de Palermo, harmonizando-se a lei brasileira à normativa internacional que foi devidamente ratificada pelo Estado brasileiro. Além de repre-

sentar o cumprimento de um tratado internacional, as referidas alterações legislativas devem facilitar a responsabilização dos agentes que promovem o tráfico de seres humanos, aprimorando o enfrentamento ao tráfico de pessoas pelo Estado brasileiro.

Contudo, apesar da adequação legislativa implementada no Brasil, observa-se que o país tem o desafio de agir além da simples criminalização do tráfico de pessoas na sua legislação nacional, pois para combater eficazmente o tráfico de seres humanos é necessário o aprimoramento das políticas de enfrentamento, intensificação da conscientização sobre o tema e combate ao crime organizado transnacional.

Além disso, aspectos estruturais que criam um ambiente propício para o tráfico de seres humanos devem ser identificados e considerados. Desta forma, a regulação do mercado de trabalho, o acesso à educação, o combate às desigualdades sociais devem fazer parte da agenda do governo do país a fim de reduzir os riscos do tráfico de pessoas, sobretudo dos mais vulneráveis. Ou seja, é preciso aperfeiçoamento das políticas econômicas e sociais para combater as causas fundamentais do tráfico de pessoas.

Referências

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. do Nascimento e. CASELLA, Paulo Borba. **Manual de Direito Internacional Público**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Decreto nº 5.017, de 12 de março de 2004. **Pro-mulga o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças**. Disponível em: < <http://www.>

planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/
decreto/d5017.htm >. Acesso em: 11 abril 2018.

CAPEZ, Fernando; PRADO, Stela. Tráfico de Pessoas e o Bem jurídico em face da Lei 12.015, de 07 de agosto de 2009. In: MARZAGÃO JÚNIOR, Laerte (Org.). **Tráfico de Pessoas**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

GAAWT. **Direitos Humanos e Tráfico de Pessoas**: um manual. 2006. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/dados/manuais/a_pdf/manual_trafico_pessoas.pdf. Acesso em: 18 abril 2018.

-GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. O tráfico de seres humanos como crime hediondo em sentido material. In: MARZAGÃO JÚNIOR, Laerte (Org.). **Tráfico de Pessoas**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 173-192.

JESUS, Damásio de. **Tráfico Internacional de Mulheres e Crianças – Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2003.

MELLO, Celso D. Albuquerque de. **Curso de Direito Internacional Público**. 15 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

MOURA, Samantha Nagle Cunha de. **O tráfico internacional de mulheres para exploração sexual: a questão do consentimento no protocolo de Palermo**. Revista Eletrônica Direito e Política. UNIVALI, Itajaí, v.8, n.3, 2013. Disponível em: <www.univali.br/direitoepolitica>. Acesso em: 18 abril 2018.

OIT. **Uma aliança global contra o trabalho forçado**. Relatório Global do Seguimento da Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho. 2005. Disponível em: <<http://www.oitbra->

sil.org.br/trabalho_forcado/oit/relatorio/relatorio_global_2005.pdf. Acesso em: 24 abril 2018.

OIT. **Cidadania, Direitos Humanos e Tráfico De Pessoas**: Manual para Promotoras Legais Populares. Brasília, 2009.

PRADO SOARES, Inês Virgínia. Plataforma Nacional de Enfrentamento ao tráfico de Pessoas no Brasil. In: MARZAGÃO JÚNIOR, Laerte (Org.). **Tráfico de Pessoas**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

Propedêutica ao Direito Internacional Humanitário

Adriano Selhorst Barbosa

1. Evolução

O Direito Internacional Humanitário possui origens remotas, por sua clara derivação da guerra, convém observar que tal prática acompanha a humanidade desde os seus primórdios. Existe certa dificuldade em estimar uma data exata, mas há certa conformidade da doutrina, como afirma SWINARSKI (1996, p. 07), que desde 1.000 *a.C.* já existiam regras e costumes perpetuados durante as hostilidades.

Por claro temos que a aplicação era rudimentar e primitiva, não se confundindo com o conceito atual. Entretanto, interessante observar que a celebração de tratados de paz, rendições e acordos, de diversas formas, e por interesses diversos, acabaram por ter um fim humanitário. Exemplificando:

“A proibição contra o envenenamento de poços (reafirmada em 1899 na Haia) foi originalmente criada para permitir a exploração das áreas conquistadas” (BOUVIER, 2011, p. 04)

Apesar de ter uma manifesta razão econômica, o seu fim, a garantia de um objetivo civil, teve validade na formação do direito humanitário, assim como inúmeros outros advindos do direito consuetudinário.

Tais observações não pretendem tratar da história, que de fato advém de uma longa jornada evolutiva, mas unicamente vislumbrar que o Direito Internacional Humanitário evoluiu de forma gradual até sua definição moderna. Apesar do ano de 1864 ter sido o grande marco do Direito Internacional Humanitário contemporâneo, com a adoção da primeira Convenção de Genebra, pela inovação na codificação das normas, cumpre observar sempre que, a história tem grande relevância na constituição dos direitos. Ponderada esta questão, cabe a análise do Direito Internacional Humanitário vigente.

Como observa SHAW (2010), o estopim para criação da primeira Convenção de Genebra é atribuído ao suíço Henry Dunant. O mesmo foi responsável pela publicação do livro “Lembranças de Solferino”, no qual relata o massacre ocorrido na Batalha de Solferino, no norte da Itália, 24 de junho de 1859, que na época foi recebido com comoção. Além de realizar a cobertura dos eventos, Dunant com a ajuda de outros voluntários, acolheu os feridos do conflito. Posteriormente vindo a incentivar a criação do Comitê Internacional da Cruz Vermelha (CICV).

Inegável a importância de Dunant para concretização do direito humanitário, em justaposição a evolução supracitada, como bem elucidou SWINARSKI (1996, p. 07):

“As idéias de Henry Dunant a emoção que conseguiram suscitar entre os seus contemporâneos com a publicação do seu famoso livro “Lembrança de Solferino” tiveram, sem dúvida, uma grande importância; mas não fizeram mais que cristalizar a convicção já existente de que a guerra só permite, no

tocante ao ser humano, comportamentos compatíveis com a sua dignidade, sobretudo quando já não participa ativamente do conflito; ou seja, quando já não é considerado combatente.”

A anterior formação histórica do direito consuetudinário e a repercussão dos acontecimentos citados tornou inexorável a positivação do Direito Humanitário Internacional, que se deu através da primeira Convenção de Genebra (1864).

2. Conceito

O Direito Internacional Humanitário possui diversos termos, como “Direito Internacional dos Conflitos Armados”, “Direito Internacional Humanitário aplicável a conflitos armados”, ou apenas “Direito Humanitário”. Todos amplamente difundidos na doutrina, mas foi preferido o uso do termo Direito Internacional Humanitário pelo caráter objetivo e cunho internacional que se faz necessário.

No mesmo sentido, vários são os conceitos similares, com pequenas particularidades:

“Quando se fala em “Direito Internacional Humanitário aplicável a conflitos armados”, isso significa que há normas internacionais, estabelecidas por tratados ou pelo costume, com o intuito específico de resolver os problemas humanitários que surgem a partir de conflitos armados internacionais ou não-internacionais. Por razões humanitárias, tais normas protegem pessoas e propriedades que são ou que podem ser afetadas pelo conflito; a proteção ocorre por meio da limitação do direito das partes conflitantes de escolher os métodos e os meios de guerra. A expressão “Direito Internacional Humanitário aplicável a conflitos armados” é geralmente reduzida

a “Direito Internacional Humanitário” ou “Direito Humanitário”” (BOUVIER, 2011, p. 03)

“O direito internacional humanitário é o conjunto de normas internacionais, de origem convencional ou consuetudinária, especificamente destinado a ser aplicado nos conflitos armados, internacionais ou não-internacionais. E que limita, por razões humanitárias, o direito das Partes em conflito de escolher livremente os métodos e os meios utilizados na guerra, ou que protege as pessoas e os bens afetados, ou que possam ser afetados pelo conflito.” (SWINARSKI, 1996, p. 09)

“4. O que costuma ser chamado hoje em dia “Direito Internacional Humanitário” ou, de maneira mais técnica, Direito Internacional aplicável em situações de conflitos armados, é “o corpo de normas internacionais de origem convencional ou consuetudinária especificamente destinado a ser aplicado aos conflitos armados, internacionais ou não-internacionais, que limita, por razões humanitárias, o direito das partes em conflito escolherem livremente os métodos e meios utilizados na guerra ou que protege as pessoas ou os bens afetados, ou que possam ser afetados pelo conflito.” “ (SWINARSKI, 2003, p. 35).

Do enlace destes conceitos, tem-se como a concepção do Direito Internacional Humanitário, o conjunto de normas internacionais, de origem convencional ou consuetudinária, aplicadas especificamente a conflitos armados, internacionais ou não internacionais, que visam a proteção humanitária das pessoas e bens necessários a sua proteção, através da limitação do direito das partes em conflito, seja no método ou meio utilizado no conflito.

Conforme SHAW (2010), o Direito Internacional Humanitário pode ser dividido em Direito à Guerra (*Jus ad Bel-*

lum) e Direito na Guerra (*Jus in Bello*). Sendo o *Jus ad Bellum* as normas destinadas a reger o uso da força, e o *Jus in Bello*, as práticas do Estado no conflito.

2.1 Direito à Guerra - *Jus ad Bellum*

O direito à guerra pelos Estados se traduz na possibilidade do Estado soberano utilizar da guerra no plano internacional. Essa seara do Direito Humanitário Internacional já atravessou diversas nuances, como o ultrapassado conceito de Guerra Justa. Todavia, para a concepção atual, a maior importância reside no movimento pós-primeira guerra mundial, com a ruptura ocorrida entre a Convenção da Liga das Nações e o Pacto Kellogg-Briand.

A Convenção da Liga não proibiu a guerra, mas utilizou instrumentos para solução de conflitos, que, pretendiam a sua diminuição e limitação. Já no entendimento abarcado pelo Pacto Kellogg-Briand, houve a preocupação em renunciar ao direito à guerra e proibir seu uso:

“As partes nesse tratado condenavam o recurso à guerra e concordavam em renunciar a ela como instrumento de política nacional em suas relações mútuas. Tendo em vista que esse tratado não foi jamais terminado e levando-se em conta sua larga aceitação, torna-se claro que a proibição do recurso à guerra é hoje um princípio válido do direito internacional. Já não é possível estabelecer a relação jurídica de guerra na sociedade internacional.” (SHAW, 2010, p. 838).

Esse rechaço a guerra se perpetuou na sociedade internacional e, a posteriori, a Carta das Nações Unidas (artigo 2), veio sacramentar a proibição ao uso da força:

“Todos os Membros deverão evitar em suas relações internacionais a ameaça ou o uso da força contra a integridade territorial ou a dependência política de qualquer Estado, ou qualquer outra ação incompatível com os Propósitos das Nações Unidas.”

O mesmo artigo define que a abrangência dessa norma não se limita aos membros, o que implica em um caráter de Princípio do Direito Internacional. Nesse sentido, SWINARSKI (1996) observa que, atualmente, a guerra deixou de ser um recurso dos Estados soberanos, com a preponderante restrição do *Jus ad Bellum*.

Ainda existem exceções que permitem a guerra, o que de fato é o cerne da questão do Direito à Guerra na atualidade. Contudo, as exceções a proibição do direito à guerra são restritas, sendo duas oriundas da própria Carta e, outra referente a autodeterminação dos povos.

A primeira trata do uso da força por decisão colegiada do Conselho de Segurança das Nações Unidas, observadas todas as formalidades aportadas no capítulo VII da Carta, sendo a última medida cabível para garantir a paz e segurança internacionais:

“Artigo 42. No caso de o Conselho de Segurança considerar que as medidas previstas no Artigo 41 seriam ou demonstraram que são inadequadas, poderá levar a efeito, por meio de forças aéreas, navais ou terrestres, a ação que julgar necessária para manter ou restabelecer a paz e a segurança internacionais. Tal ação poderá compreender demonstrações, bloqueios e outras operações, por parte das forças aéreas, navais ou terrestres dos Membros das Nações Unidas.”

Noutro sentido, temos a segunda exceção, também prevista no capítulo VII da Carta, se refere ao direito de legítima defesa individual ou coletivo dos Estados:

“Artigo 51. Nada na presente Carta prejudicará o direito inerente de legítima defesa individual ou coletiva no caso de ocorrer um ataque armado contra um Membro das Nações Unidas, até que o Conselho de Segurança tenha tomado as medidas necessárias para a manutenção da paz e da segurança internacionais. As medidas tomadas pelos Membros no exercício desse direito de legítima defesa serão comunicadas imediatamente ao Conselho de Segurança e não deverão, de modo algum, atingir a autoridade e a responsabilidade que a presente Carta atribui ao Conselho para levar a efeito, em qualquer tempo, a ação que julgar necessária à manutenção ou ao restabelecimento da paz e da segurança internacionais.”

Existem algumas controvérsias sobre a dimensão desta exceção, uma vez que na prática, este direito fomenta extenso debate. Seja por conta das definições de conflito armado, da proporcionalidade, da aplicação em ataques terroristas e, ainda, a legítima defesa preventiva, dentre tantas outras questões observadas no caso concreto.

Por fim, temos as questões relativas a autodeterminação dos povos ou libertação nacional. Parece cabível o entendimento de SWINARSKI (1996, p.08), que a classifica como uma possibilidade de direito ao uso da força, observada a restrição ao uso abusivo da força:

“[...]proibição geral da guerra é o direito ao recurso à força em caso de guerra de libertação nacional. A problemática da guerra de libertação nacional é, evidentemente, complexa e está

muito politizada. Não obstante, existem regras que não devem permitir o recurso abusivo ao pretexto da guerra de libertação nacional para infringir a proibição geral do recurso à força;”

Ainda, em relação a possibilidade do uso da força, SHAW (2010, p. 863) faz uma importante ressalva, acerca da questão das intervenções humanitárias. Apesar de ser um campo ainda indefinido, já ocorreram casos no passado.

“Pode-se concluir que a doutrina da intervenção humanitária em situações de crise havia sido invocada sem sofrer condenação por parte da ONU, embora tenha dela recebido escasso apoio. Não é possível caracterizar a situação jurídica de modo mais definido.”

Como se comprova, o Direito à Guerra foi limitado, sendo extremamente restritos os casos em que o uso da força tem um caráter não ilícito ou é aceito pela comunidade internacional. Entretanto, apesar da grande restrição, os conflitos ainda existem e, portanto, necessário se faz o estudo do *Jus in Bello*.

2.2 Direito na Guerra - *Jus in Bello*

Os eventos do século XIX repercutiram na preocupação internacional com as mazelas da guerra, como apontado, motivo crucial na criação do Direito Internacional Humanitário. O *Jus in Bello* compreende a parte do Direito Internacional Humanitário destinada a reger o comportamento das partes em um conflito armado.

Esta preocupação se traduziu na criação de duas correntes, a do Direito de Genebra, e do Direito de Haia, descrita no Parecer consultivo 226, do Tribunal Internacional de Justiça:

“O “Direito de Haia” e, mais particularmente, o “Regulations Respecting the Laws and Customs of War on Land”, fixou os direitos e deveres dos beligerantes na condução de operações e limitou a escolha de métodos e meios de ofensa ao inimigo em um conflito armado internacional. Deve-se acrescentar a isso o “Direito de Genebra” (as convenções de 1864, 1906, 1929 e 1949), que protegem as vítimas de guerra e visa promover salvaguarda a integrante das forças armadas, fora de combate, e pessoas que não participaram das hostilidades. Estes dois ramos do direito aplicável a conflitos armados tornaram-se tão intimamente relacionados que se pode considerar, que, gradualmente, formaram um único sistema complexo, atualmente conhecido como Direito Internacional Humanitário.”³

Estes dois ramos do Direito Internacional Humanitário tem como escopo a proteção dos indivíduos, seja com regras para condução do conflito (Direito de Haia), seja para proteção direta dos indivíduos contra os efeitos das hostilidades (Direito de Genebra).

2.2.1 Direito de Genebra

O dito “Direito de Genebra” tem como principal propósito a proteção das vítimas das hostilidades, e atualmente é preservado pelo sistema de Convenções de Genebra. Tal sistema abarca quatro convenções, sendo a última responsável por revisar as anteriores, em 12 de agosto de 1949. No Brasil, foram formalizadas através do Decreto nº 42.121 de 21 de agosto de 1957, sendo:

3. (Tradução livre).

- ”I) Convenção para a melhoria da sorte dos feridos e enfermos dos exércitos em campanha;
- II) Convenção para a melhoria da sorte dos feridos, enfermos e náufragos das forças armadas no mar;
- III) Convenção relativa ao tratamento dos prisioneiros de guerra;
- IV) Convenção relativa a proteção dos civis em tempo de guerra;”

A primeira Convenção, originalmente concebida em 1864 e tratada anteriormente como marco para o Direito Internacional Humanitário, têm por escopo proteger os feridos e enfermos em terra. Existindo um conflito, de qualquer espécie, deve ser garantido pelas partes, que ao menos, os indivíduos não combatentes (inclusive os combatentes fora de combate por razões diversas), deverão ser tratados com humanidade e sem qualquer forma de discriminação, sendo vedada qualquer ofensa a estes indivíduos.

Ainda, devem ser protegidos os feridos e enfermos, de modo a possibilitar o tratamento adequado, e, evitar saques e maus tratos, sendo o mesmo direito provido aos mortos. Esta convenção estabelece a legitimidade de uma potência protetora (e os organismos que a substituem) e a possível participação do Comitê Internacional da Cruz Vermelha.

A segunda Convenção trata dos feridos, enfermos e náufragos das forças armadas no mar. Existe grande similaridade com o previsto na primeira Convenção, entretanto são feitas as adequações as particularidades dos conflitos travados no mar, como no caso dos navios hospitalares. Destaca-se, que, em conflitos entre forças da terra e mar, a segunda Convenção se aplica as forças de origem embarcada, e as demais força se aplica a primeira Convenção.

A terceira Convenção de Genebra segue a linha das anteriores, no que se refere à proteção dos indivíduos, mas tem enfoque especial nos prisioneiros de guerra. Podem ser considerados prisioneiros de guerra os combatentes que atenderem aos requisitos de subordinação, sinal distintivo, porte de arma visível e prática das leis e usos de guerra. Destaca-se que o tratamento garantido pela convenção não depende de formalidades relativas à organização, origem ou território, mas a legalidade e identificação dos indivíduos.

Importante destacar que, são traçados os contornos de um *in dubio pro* combatente, uma vez que em caso de dúvida sobre o preenchimento dos requisitos, deve-se aplicar a proteção da Convenção ao indivíduo.

Na quarta Convenção, são abordados os direitos civis em tempo de guerra, que, além de reiterar os direitos fundamentais garantidos nas Convenções anteriores, vislumbra de forma elucidativa as consequências da guerra, criação de zonas neutras, julgamento, detenção, pena de morte, entre outras questões importantes. A convenção prevê ainda a redução da aplicação da Convenção para casos específicos, como sabotagem e espionagem.

Importante destacar que todas as Convenções de Genebra abarcam o princípio da indisponibilidade de direitos, uma vez que é vedada a renúncia total ou parcial dos direitos ali previstos, por ocasião da prevenção de abusos.

Em complemento as quatro Convenções, foram celebrados os Protocolos I e II, adicionais às Convenções de Genebra de 1949, em 10 de junho de 1977⁴. Estes vieram a atualizar as definições iniciais, incluindo questões relevantes como a aplicação do Sistema das Convenções em conflitos de luta contra a dominação colonial, a ocupação estrangeira, os regimes racistas, os quais garantem a autodeterminação dos povos.

4. Recepcionado no Brasil através do Decreto nº 849, de 25 de junho de 1993.

Observando todo sistema das Convenções de Genebra, incluído seus protocolos adicionais, tem-se como princípio a maior garantia dos indivíduos dentro de um conflito armado. Tal sistema tem um caráter não restritivo, pois deve ser empregado sempre, a maior gama de direitos possíveis.

Nesse sentido, o instrumento é empregado de modo a colocar a dúvida em favor do indivíduo de origem desconhecida. Qualquer pessoa, que não seja claramente um combatente, isto é, atenda aos requisitos para identificação como originário das forças armadas ou movimento equiparável, deve ser tratada como civil, mesmo em caso de dúvida.

Os que se não são passíveis de inclusão na categoria de civil, por cometer ato beligerante ou assimilado, devem ser tratados como prisioneiros de guerra em caso de dúvida sobre seu caráter de combatente. Combatentes já fora de combate, por qualquer razão, devem receber o tratamento mais humanitário possível dentro da égide das Convenções e deve ser aplicado o tangível para seu estado, seja ferido, morto, rendido ou prisioneiro de guerra. Em resumo, no processo de criação das Convenções, fica clara a crescente busca de incremento dos direitos em conflitos armados, com vistas a alcançar a todos os participantes.

Pode se dizer que as Convenções de Genebra têm, por fim, delimitar a guerra apenas aos combatentes aptos às hostilidades do conflito, alçando proteção a todos que não estão em combate, propriamente dito, independente da motivação.

2.2.2 Direito de Haia

Como o próprio nome indica, o Direito de Haia teve como principal origem as Convenções de Haia de 1899 e suas revisões em 1907. Todavia, observa-se que as convenções sucederam a Declaração de São Petersburgo (1868), que

fazia restrição a algumas espécies de munição explosiva e atividades hostis, como observa SHAW (2010).

O enfoque desta corrente está nos meios e métodos para condução dos conflitos, uma vez que trata de regras voltadas a técnicas, armas e situações práticas. Para fins de conhecimento, o Brasil é parte das Convenções de Haia:

“II Convenção da Haia relativa às leis e usos da guerra terrestre e seu anexo (29.7.1899);

III Convenção de Haia para a adaptação à guerra marítima dos princípios da Convenção de Genebra de 1864 (29.7.1899);

I Convenção da Haia de 1907 para a solução pacífica dos conflitos internacionais (18.10.1907);

III Convenção da Haia de 1907 relativa ao rompimento das hostilidades (18.10.1907);

IV Convenção da Haia relativa às leis e usos da guerra terrestre e seu anexo (18.10.1907);

V Convenção da Haia sobre direitos e deveres dos neutros em caso de guerra terrestre (18.10.1907);

VI Convenção da Haia relativos a navios mercantes inimigos no início das hostilidades (18.10.1907);

VII Convenção da Haia relativa à transformação de navios mercantes em navios de guerra (18.10.1907);

VIII Convenção da Haia relativa à colocação de minas submarinas automáticas de contato (18.10.1907);

IX Convenção da Haia sobre o bombardeio por forças navais em tempo de guerra (18.10.1907);

X Convenção da Haia para a adaptação à guerra marítima dos princípios da Convenção de Genebra de 1864 (18.10.1907);

XI Convenção da Haia relativa a certas restrições ao exercício do direito de captura na guerra marítima (18.10.1907);

XIII Convenção da Haia sobre direitos e deveres dos neutros em caso de guerra marítima (18.10.1907);

Convenção para a proteção de bens culturais em caso de conflitos armados e seu Protocolo (Haia, 14.5.1954).”

Por ter caráter estritamente técnico, a discussão do objeto das convenções resultaria num desvio do objeto deste trabalho. Contudo, é importante observar que com os Protocolos I e II, adicionais as Convenções de Genebra de 1949, os objetos das duas correntes tornaram-se muito próximos, se traduzindo no Direito Internacional Humanitário, como apontado pela Corte Internacional de Justiça em seu parecer consultivo.

2.2.3 Direito de Nova York (Misto)

A recente corrente de Nova York segue o princípio da confluência dos clássicos direitos de Genebra e Haia, no tratamento das vítimas, bem como dos meios e métodos nos conflitos armados.

Com origem na Organização das Nações Unidas, através da Resolução XXIII, em Conferência realizada no Irã em 1968, para proteção de civis e combatentes nos conflitos armados. Cabe observar a definição proposta por SWINARSKI (1996, p. 04):

“Com efeito, as duas celebradas vertentes do “direito de Genebra” (voltado em particular ao respeito e proteção das vítimas de guerra em mãos inimigas) e do “direito de Haia” (“atinentes a condução da guerra propriamente dita e aos “métodos e meios” de guerra ou de combate permissíveis¹³ - *temperamenta in bello*), há hoje quem acrescente uma terceira vertente, mais recente, a do “direito de Nova York”, a abranger os esforços e realizações das Nações Unidas nesta área. O ponto de partida desta corrente residiria na Conferência de Teerã sobre Direitos Humanos de 1968 (resolução XXIII), seguida de uma série de resoluções da Assembleia Geral das Nações Unidas e outros órgãos principais (sobre os temas dos movimentos de libertação nacional e das possíveis proibições ou restrições ao uso de determinadas armas convencionais). Com destaque para a resolução da A.G. 2444 (XXIII) de 1968 (que marcou um novo interesse, no âmbito da ONU, pela matéria). Kalshoven identifica, com efeito, a partir da adoção da resolução 2444, a aceleração de um movimento de confluência entre as três correntes (Genebra, Haia, Nova York), a formarem um movimento único, englobando as preocupações com a proteção das vítimas de guerra, as regras de combate, e a proteção internacional dos direitos humanos nos conflitos armados.”

Na atualidade, parece ser claro que, o Direito Internacional Humanitário, anteriormente formado pelas correntes de Haia e Genebra, tem forte influência das Nações Unidas, sendo simbiótica a aplicação conjunta.

Considerações Finais

O Direito Internacional Humanitário possui origens remotas, todavia, sua forma contemporânea teve sua positivação somente no final do século XIX, concomitante a criação do Comitê Internacional da Cruz Vermelha, e sob grande influência de Henry Dunant.

Como visto, a concepção atual deste Direito tem grande abrangência, ao ser considerada como “o conjunto de normas internacionais, de origem convencional ou consuetudinária, aplicadas especificamente a conflitos armados, internacionais ou não internacionais, que visam a proteção humanitária das pessoas e bens necessários a sua proteção, através da limitação do direito das partes em conflito, seja no método ou meio utilizado no conflito”.

Ainda, observa-se a divisão do mesmo em duas ideias principais, Direito à Guerra (*Jus ad Bellum*) e Direito na Guerra (*Jus in Bello*). Tendo *Jus ad Bellum* perdido visibilidade com a limitação gradual até, finalmente, receber grande oposição na Carta das Nações Unidas. O *Jus in Bello* possui importância vital para o Direito Internacional Humanitário, uma vez que tende a se proliferar e evoluir no cenário internacional.

As normas do Direito na Guerra podem ser classificadas de acordo com seu objeto, sendo as normas de proteção das vítimas, como Direito de Genebra, e, os meios e métodos de guerra, como Direito de Haia. Entretanto, tal classificação não importa em uma separação, uma vez que as duas correntes têm avançado para se fundir, como já se observa desde os protocolos adicionais as Convenções de Genebra. Neste mesmo sentido, convém observar o surgimento posterior do Direito de Nova York (misto), que já absorve o dualismo anterior e engloba o Direito Internacional Humanitário por completo.

Por último, necessário se faz deixar claro o *mens legis* que deve preceder qualquer estudo acerca do Direito Internacional Humanitário, o mesmo busca a constante proteção, no maior espectro possível, dentro dos conflitos armados. E, sua plena aplicação, consiste no tratamento mais humanitário possível, reservando a guerra aos que realmente participam dela. Os indivíduos quando não participam de hostilidades, são simples indivíduos perante o Estado, como já escrevia ROUSSEAU (1762, p.8):

“Não é, pois, a guerra uma relação de homem para homem, mas uma relação de Estado para Estado, na qual os particulares apenas acidentalmente são inimigos [...]

Como o objetivo da guerra consiste em destruir o Estado inimigo, tem-se o direito de matar os defensores enquanto estiverem com as armas na mão; mas tão logo as deponham e se rendam, cessam de ser inimigos ou instrumentos do inimigo, voltam a ser simplesmente homens, e não mais se dispõe de direito sobre suas vidas. Pode-se por vezes matar o Estado sem matar um único de seus membros;”

Referências

BOUVIER, Antoine A. Direito Internacional Humanitário e Direito dos Conflitos Armados. 2011. Disponível em:

BRASIL, Decreto nº 42.121, de 21 de agosto de 1957, Convenções de Genebra I, II, III e IV. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1950-1959/decreto-42121-21-agosto-1957-457253-publicacaooriginal-1-pe.html>

BRASIL, Decreto nº 849, de 25 de junho de 1993, Protocolos I e II de 1977 adicionais às Convenções de Genebra de 1949. Disponível em:

BRASIL, Ministério da Defesa (2011). Manual de emprego do Direito Internacional dos Conflitos Armados (DICA) nas Forças Armadas. Disponível em:

Comitê Internacional da Cruz Vermelha. Solferino e o Comitê Internacional da Cruz Vermelha. Disponível em:

Corte Internacional de Justiça (08 de julho de 1996), *Parecer Consultivo: Legalidade da ameaça ou do uso de arma nucleares*, ICJ Reports 226, tradução livre. Disponível em:

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Conferência de São Francisco (1945). Carta das Nações -Unidas. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm

http://cdn.peaceopstraining.org/course_promos/international_humanitarian_law/international_humanitarian_law_portuguese.pdf

http://www.defesa.gov.br/arquivos/File/legislacao/emcfa/publicacoes/md34_m_03_dica_1aed2011.pdf

http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObra-Form.do?select_action=&co_obra=2244

http://www.ibdh.org.br/ibdh/revistas/revista_do_ibdh_numero_04.pdf#page=33

<http://www.icj-cij.org/docket/files/95/7495.pdf>.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0849.htm

<https://www.icrc.org/por/resources/documents/feature/solferino-feature-240609.htm>

ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do Contrato Social, 1762. Tradução: Rolando Roque da Silva. Edição eletrônica: Ed Ridendo Castigat Mores (www.jahr.org). Disponível em:

SHAW, Malcon N. Direito Internacional. São Paulo: Martins Martins Fontes, 2010, 1ª Edição (tradução).

SWINARSKI, Christopher. Introdução ao Direito Internacional Humanitário. Brasília: Comitê Internacional da Cruz Vermelha. Instituto Interamericano de Direito Humanos. Brasília, 1996. Disponível em: <https://www.egn.mar.mil.br/arquivos/cursos/csup/dirhumanitario.pdf>

SWINARSKI, Christopher. O Direito Internacional Humanitário como Sistema De Proteção Internacional da Pessoa Humana. Revista Brasileira do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos. Fortaleza, Ceará: IBDH, 2003, volume 04, número 04. Disponível em:

Quem é a criança no Direito Internacional Privado? Análise do movimento de humanização e dos instrumentos de proteção infantil

Mayra Thais Andrade Ribeiro

Introdução

A atenção que se dá para a temática da proteção normativa infantil no cenário internacional se faz necessária, pois a criança é um sujeito de direitos cujo histórico de proteção evoluiu nas relações internas de cada Estado e, principalmente, nos aspectos das relações internacionais. É preciso que as instâncias públicas e privadas atuem contra as violações dos direitos humanos bem como contra as arbitrariedades e omissões institucionais. Não se pode aceitar passivamente o desrespeito ao direito internacional pelos detentores do po-

der econômico e militar ou dos membros de organizações paralelas que chamam a atenção para sua causa “justa ou santa” à custa de vidas que se tornam irrecuperáveis, além do desprezo e humilhação daqueles que realizam atos de resistência no seu caminho, no sentido literal e figurativo.

Neste *paper* serão apresentados os principais movimentos internacionais de proteção à criança e aos seus direitos humanos. Passou-se por longo caminho até os genitores ou outros guardiões não mais possuírem total domínio sobre a vida e a morte dos filhos ou dos tutelados, na medida em que a proteção especial da criança foi avançando e o Estado passa a intermediar a relação de maneira que os direitos fundamentais civis, políticos, culturais, sociais, difusos e coletivos se expandiram para este sujeito de direitos e um ser humano em formação.

Tais direitos devem ser respeitados diante da criança que passa de um estado passivo para ser um sujeito de direitos humanos de modo que seus interesses são elevados ao patamar máximo para que se possibilite o pleno desenvolvimento e proteção de sua dignidade humana.

1. A humanização do Direito Internacional junto à proteção especial da criança

Há instrumentos de proteção aos direitos dos cidadãos na esfera internacional pública, traduzidos em tratados ou costumes das práticas nas relações internacionais. Isto solidificou os sistemas de proteção aos direitos humanos e contribuiu para o surgimento de um novo ramo do Direito, o direito internacional dos direitos humanos, segundo o qual independentemente de qualquer condição (social, política, econômica ou cultural) as pessoas deverão ser respeitadas em sua integridade, com tais determinações reconhecidas nos

ordenamentos jurídicos nacionais, regionais e internacionais. (OLIVEIRA; SOUZA; DURÃES, 2015).

É preciso salientar que o movimento de internacionalização dos direitos humanos alcançou o direito internacional privado dos Estados, tendo em vista a adoção desses ao primado da proteção da dignidade da pessoa humana, inclusive nas relações circunscritas ao direito privado. O fluxo cada vez mais crescente de pessoas no mundo tornou plurais os locais de domicílio, de elaboração dos contratos, as nacionalidades, fazendo com que diversas relações jurídicas estivessem vinculadas a mais de um ordenamento jurídico. O que remete à necessidade de ampliar o alcance de uma determinada norma, pois o DIPr ocupa-se com a extraterritorialidade da lei, por exemplo, ao invés de aplicar a lei brasileira o DIPr do país indica a lei indígena ou estrangeira que melhor solucione os casos anormais. (OLIVEIRA; SOUZA; DURÃES, 2015).

Neste ponto, a indicação da lei que melhor solucione os casos significa a recorrer à lei que respeite a dignidade da pessoa humana, que não desfaça os negócios jurídicos, que cumpra suas formalidades e, principalmente, que dê ênfase ao melhor interesse da criança nas situações de guarda, de adoção, de prestação de alimentos e das questões relativas ao sequestro internacional de crianças.

Norteia o direito internacional privado o dever de promoção de justiça (dar a cada um aquilo que lhe for de direito conforme sua necessidade) e a finalidade última do direito internacional privado pretende-se pautar na proteção do indivíduo. O DIPr estimulou a expansão e a internacionalização dos direitos humanos em meados do século XX, o que sempre foi sua tarefa ao regular desde as questões afetas à nacionalidade bem como a situação jurídica no estrangeiro.

Por esta abordagem o direito internacional privado nos ensina a tolerância com o estrangeiro e com os sistemas jurí-

dicos estrangeiros, sendo, portanto, a lei da estima pelo respeito à multiplicidade de verdades favorecendo aproximação entre os povos do mundo junto ao reconhecimento e respeito às diferenças. O que Dolinger (2009) reconheceu com como Princípio da Proximidade do direito internacional privado.

Em uma concepção histórica platônica a infância seria uma fase inferior à fase adulta e a criança era um ser inferior com mero potencial que precisa ser moldada para tornar-se cidadão. Na idade média não havia esse sentimento de infância e a criança após não precisar mais do apoio constante da mãe ou ama de leite já era apresentada ao universo adulto, sem qualquer transição (sem linguagem escolar ou literatura adequada), participando dos jogos, das festas e de reuniões. Utilizava as mesmas vestimentas que os adultos (que incomodavam seus movimentos, impossibilitando até mesmo de brincar) e realizava as mesmas tarefas no campo e nas cidades, em trabalhos domésticos e comerciais, a própria mortalidade infantil era vista como natural pela fragilidade física e depois dos sete anos chega à fase adulta, mas era considerada como incapaz de falar, daí o uso da palavra em latim *infans*. Um dos sentimentos que passou a ser percebido pela infância era a paparicação da criança como fonte de distração para os adultos, em oposição a isto a moralização eclesiástica no século XVII objetivou disciplinar com princípios morais e preocupação com saúde física e higiene das crianças algo que foi conscientizado para o âmbito das famílias. (ARIES, 1981).

No século XVIII o seio familiar começa a se organizar ao redor da criança, são multiplicadas escolas para que houvesse aproximação entre pais-criança. Inicia-se o movimento pela distinção entre crianças e adultos ocidentais, inclusive pelos trajes especiais de crianças e os castigos corporais dado a elas. Mas ao mesmo tempo com o advento da Revolução Industrial, o trabalho infantil era comum e

vantajoso para o empregador, que pagava pouco por esta mão-de-obra, e para a sua família. (ARIES, 1981).

Após movimentos intelectuais e de outros grupos de manifestação e de reivindicação sociais no fim do século XIX e início do XX por direitos e respeito à condição de seres humanos de todos aqueles que eram tratados como mera engrenagem do Estado liberal, verificou-se que o trabalho infantil foi recriminado e os olhares para a criança e para a infância voltaram-se para o ideário de proteção especial como a responsabilidade da sociedade e do governo pela educação das crianças. (POSTSMAN, 2011).

Tal responsabilidade que o governo assumiu perante os cuidados com a criança e a substituição do trabalho pela escola como ocupação, se iniciou no Estado Social e se expandiu no Estado Democrático de Direito, se refletiu nos demais âmbitos das relações sociais como na família, comunidade, escola e até mesmo as obras literárias tiveram o cuidado de retratar não apenas a criança bem como considerar a infância como uma fase de desenvolvimento do ser humano. Há o reconhecimento nacional e internacional de que a criança tem capacidade e necessidades próprias, manifestações imaginativas e criativas peculiares, além de ter o seu próprio mundo, suas brincadeiras e atividades, não sendo uma mera projeção do adulto (ROUSSEAU, 1999).

A internacionalização da proteção da criança tornou-se emblemática após uma proposta elaborada a princípio pela organização filantrópica *Save the Children*, fundada para levantar fundos para crianças que sofreram com as mazelas da Primeira Guerra Mundial. Tal proposta foi levada para a Liga das Nações que firmou em setembro de 1924 a Declaração de Genebra sobre os Direitos da Criança, dispondo sobre cinco direitos básicos, como o direito da criança aos meios para o desenvolvimento material e espiritual; à ajuda em situação de

fome, doença, incapacitação, orfandade ou delinquência; à prioridade no alívio em situações de risco; à proteção contra a exploração; e a uma formação orientada para a vida em sociedade. Após a segunda Guerra Mundial foi criado o Fundo das Nações Unidas para a Infância (*UNICEF*) em 1946, para socorrer as crianças e adolescentes das atrocidades da guerra e se transformou em uma agência especializada vinculada à Organização das Nações Unidas promovendo ações voltadas para a efetivação dos direitos humanos nos Estados. A entidade também participa no auxílio à elaboração e à realização de políticas públicas para se garantir o mínimo de condições necessárias para que crianças e adolescentes tenham o desenvolvimento de uma digna. (UNICEF, 2017).

2. Principais instrumentos de proteção à criança no Direito Internacional Privado

Na representação da humanização e proteção da criança no ordenamento jurídico internacional a Conferência da Haia de Direito Internacional Privado (HCCH na sigla oficial em inglês) caracterizou-se como uma organização internacional em defesa dos direitos humanos e principalmente em preservar a dignidade da criança para garantir o seu desenvolvimento pleno.

No âmbito da referida organização internacional foi assinada a Convenção para Regulamentar a Tutela dos Menores de 1902, que indicava a lei da nacionalidade como competente para decretar medidas visando à proteção da criança e de seus bens. Ocorria que muita das vezes a nacionalidade parental fosse diversa e poderia estar distante da realidade vivida pela criança em seu dia a dia, bem como distante dos fatos e acontecimentos que a cercassem. Desta forma, tal entendimento foi alterado na Convenção da Haia relativa à Competência das Autoridades e à Lei Aplicável em Matéria de Proteção de Menores

(1961) para que fosse aplicada a lei do domicílio, ou seja, a lei do lar habitual da criança onde ela se encontrava ambientada e as autoridades mais próximas do seu cotidiano. (HCCH, 1961).

Em 1956 foi assinada a Convenção da Haia relativa à Lei Aplicável em Matéria de Prestação de Alimentos a Menores, que determina como sendo a lei da residência habitual do menor competente para a reclamação de prestação de alimentos. O menor foi considerado como aquele de idade inferior a 21 anos e, caso a lei da residência habitual do menor lhe recusasse direito a obter prestação de alimentos seriam aplicadas regras de direito internacional privado indicando possibilidade de lei que melhor garanta tal direito. (HCCH, 1956).

Em 1958 criou-se a Convenção da Haia relativa ao Reconhecimento e Execução de Decisões em Matéria de Prestação de Alimentos a Menores, com o objetivo de assegurar o reconhecimento e a execução recíprocos, pelos Estados contratantes, das decisões proferidas em ações de alimentos (internacional ou interna), de prestação de alimentos a favor de filha(o) solteira(o) com menos de 21 anos. Foram declaradas competentes para proferir decisões em matérias de alimentos as autoridades do Estado da residência habitual do devedor da obrigação alimentar no momento em que o processo foi instaurado; as autoridades do Estado da residência habitual do credor da obrigação alimentar ou; as autoridades cuja competência o devedor da obrigação alimentar se submeteu. Salientou-se que toda decisão declarada executória tem a mesma força e produz os mesmos efeitos como se ela tivesse sido proferida por uma autoridade competente do Estado onde a execução foi pedida. (HCCH, 1958).

Posteriormente, em 1961, foi assinada a Convenção da Haia relativa à Competência das Autoridades e à Lei Aplicável em Matéria de Proteção de Menores, que substituiu a Convenção de 1902 sobre a matéria, alterando o paradigma

sobre as autoridades competentes, aproximando-as do lar habitual da criança. (HCCH, 1961).

Continuando os trabalhos da HCCH, em 1965 foi criada a Convenção da Haia sobre a Jurisdição, Lei aplicável e Reconhecimento de Decisões em Matéria de Adoção. Referia-se às adoções entre uma pessoa que possuía a nacionalidade de algum dos Estados membros e que tenha residência habitual nesses, ou cônjuges que tenham cada um, nacionalidades de um dos Estados contratantes e residência habitual em um destes Estados e, de outro lado, uma criança, menor de 18 anos (no dia inicial da demanda de adoção), não casada e que tenha a nacionalidade de algum dos Estados membros e residência habitual em algum desses. As autoridades competentes para conceder adoção são as do Estado de residência habitual do adotante ou, em caso de adoção por cônjuges, as autoridades do Estado no qual os dois tenham sua residência habitual ou; as autoridades do Estado da nacionalidade do adotante ou, em caso de adoção por cônjuges, as autoridades do Estado de sua nacionalidade comum. As leis nacionais dos adotantes e da criança adotada serão observadas com relação aos consentimentos e, conforme o artigo 6º, não se concedia a adoção se estiver em desconformidade com os interesses da criança. (HCCH, 1965).

Durante a 12ª Sessão da Conferência da Haia, em 1973, assinou-se a Convenção da Haia sobre o Reconhecimento e Execução de Decisões relativas a Obrigações Alimentares que substituiu a Convenção sobre a matéria de 1958. Ampliou-se sua aplicação para quaisquer relações de obrigação familiar entre membros da família, passando-se à condição assistencial; a possibilidade de órgãos públicos dos Estados de origem de decisões receberem reembolso no Estado requerido da prestação paga por aqueles quando o credor não havia condições de o fazer no prazo mínimo – proteger subsistência do alimentando; possibilidade de execução de títulos en-

tre credor e devedor de alimentos; a autoridade competente foi ampliada não apenas para o Estado da residência habitual bem como para o Estado de nacionalidade do credor ou do devedor de alimentos. (HCCH, 1973a).

Na mesma 12^a Sessão da Conferência da Haia resultou a Convenção da Haia sobre a Lei Aplicável às Obrigações Alimentares com o objetivo de coordenar as disposições da Convenção de 1956. A nova Convenção ampliou o âmbito de atuação das obrigações alimentares para além dos menores de 21, incluindo outros parentes e maiores de idade. Esta Convenção admitiu a aplicação de lei material dos Estados não membros da Conferência e previu que, caso a lei de residência habitual do credor de alimentos não conceda tal direito, seja utilizada em substituição as leis das nacionalidades das partes (se comum). Na hipótese de o credor não puder obter seus alimentos, por falta deste direito na lei da residência comum, ou por falta de nacionalidade comum, caberá a aplicação pela autoridade competente em julgar o caso a *Lex fori*, lei do local cuja demanda foi ajuizada. Tal disposição do artigo 6^o conserva o direito dos Estados membros aplicarem sua própria lei nacional quando cada um deles for provocado a dizer o direito. (HCCH, 1973b).

A partir de uma reunião diplomática em 25 de outubro de 1980 para tratar do tema sobre o sequestro interparental de crianças em âmbito global foi elaborada a Convenção Sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças, concluída na cidade de Haia. Atualmente com 98 Estados membros, objetiva-se resolver a questão ilícita que envolve um dos pais (genitores ou guardiões) ao levar a criança para outro Estado ou a mantém em outro Estado sem o consentimento da outra pessoa que também detém a guarda, deixando-a para trás (*left behind parent*). Cada Estado deve criar uma Autoridade Central especializada para manter as comunicações diretas, localizar a criança, fazer a mediação entre os

parentes e, ainda, iniciar uma ação judicial de busca e apreensão da criança. A Convenção determina que a criança deve retornar ao lar habitual de onde foi transferida para que o juiz competente resolva a situação de guarda ou do direito de visitas violado pelo ato de sequestro.

Em 1993 foi feita uma atualização da Convenção de 1965, em matéria de adoção, através da Convenção da Haia relativa à Proteção das Crianças e a Cooperação em matéria de Adoção internacional. Foram observados os fundamentos da Convenção sobre os Direitos da Criança da ONU (1989), como o direito da criança (idade até 18 anos) se desenvolver em um lar em clima de amor, felicidade, compreensão. Alertou-se que medidas de precaução devem ser realizadas para evitar que a adoção esconda na verdade um tráfico de criança ou a sua prostituição. Após a adoção ser certificada em conformidade com a Convenção pela autoridade competente do Estado onde ocorreu, dispensa-se a necessidade do procedimento de diligência do *exequatur* – para reconhecimento de sentença estrangeira no Estado de acolhida – por parte dos novos pais, pois a certificação terá validade de pleno direito conferindo as garantias da criança e de sua nova família. (HCCH, 1993).

A referida Convenção apesar de aceita por grande parte dos Estados (noventa e oito) é criticada, pois não resolveu a questão sobre o direito de a criança adotada conhecer sua origem biológica, o direito de ter esta informação. Há divergências entre os Estados de colonização britânica que eram a favor da liberdade da divulgação, mas os Estados da América Latina eram adeptos da confidencialidade. No artigo 30 da Convenção de 1993 está disposto que o Estado de origem da criança deverá preservar as suas informações biológicas e, desde que a lei nacional da criança ou de seu responsável permita, poderão ter acesso às informações (HCCH, 1993; RODAS; MONACO, 2007).

Em 1996 foi assinada a Convenção da Haia relativa à Competência, à Lei aplicável, ao Reconhecimento, à Execução e à Cooperação em matéria de Responsabilidade Parental e de medida de Proteção das Crianças (com idade até 18 anos). Revisou a Convenção sobre a matéria de 1961 e os principais objetivos são: determinar o Estado cujas autoridades têm a jurisdição para realizar medidas para a proteção da pessoa ou patrimônio da criança; determinar qual lei será aplicada por tais autoridades no exercício de sua jurisdição; determinar a lei aplicável à responsabilidade parental; prover o reconhecimento e a aplicação de tais medidas de proteção em todos os Estados membros; estabelecer tal cooperação entre as autoridades dos Estados membros tanto quanto necessária para cumprir os fins desta Convenção. A responsabilidade parental é considerada a autoridade parental, ou qualquer autoridade análoga determinando os direitos, poderes e responsabilidades dos pais, ou de outros representantes legais com relação à pessoa ou ao patrimônio da criança. (HCCH, 1996).

Na 21^a Sessão da Conferência da Haia em 2007 foi assinada a Convenção sobre a Cobrança Internacional de Alimentos em benefício dos Filhos e de outros Membros da Família. Os objetivos são: estabelecer um sistema completo de cooperação entre as autoridades dos Estados membros; permitir a apresentação de pedidos para a obtenção de decisões; garantir o reconhecimento e a execução de decisões; exigir medidas eficazes para a execução rápida de decisões. Aplica-se às obrigações alimentares de uma relação de filiação relativa a pessoas menores de 21 anos (qualquer Estado pode reduzir para idade de 18 anos); ao reconhecimento e/ou execução de uma decisão em matéria de alimentos entre cônjuges quando o pedido é apresentado junto ao pedido de alimentos; às obrigações alimentares entre cônjuges; caso haja declaração recíproca entre os Estados expande-se

às obrigações alimentares de outras relações parentais ou afinidade, incluindo adultos vulneráveis. Propõe-se um apoio judicial gratuito para os casos de alimentos em benefício dos filhos, além de um procedimento simplificado de reconhecimento e execução. (HCCH, 2007).

3 A importância da cooperação entre os juízes de enlace e as autoridades centrais na proteção infantil das convenções da Haia

Salienta-se que a Conferência da Haia de Direito Internacional Privado criou em 1998 uma Rede Internacional de Juízes da Haia (IHNJ) formada por magistrados (juízes de enlace ou ligação) que são designados por seus Estados (membros da Conferência ou não) que estabelecem um canal de comunicação e aproximação com a autoridade central de seu Estado e junto a outros juízes nacionais ou estrangeiros. Atualmente conta-se com uma centena de juízes de mais de 70 Estados em todos os continentes⁵. (HCCH, 2017a).

A Rede internacional de juízes da Conferência da Haia estabeleceu em 2015 os princípios, desenhados de forma flexível para que se enquadrem aos diversos ordenamentos jurídicos dos Estados, contendo orientações sobre as comunicações jurídicas diretas. Os juízes designados pelos seus próprios Estados devem ter um mandato vasto para dar estabilidade à rede. O Secretariado Permanente da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado recebe as nomeações e as arquiva. (HCCH, 2015).

5. No Brasil foram designados dois magistrados: a Juíza Federal Monica Sifuentes, Seção Judiciária de Brasília/DF, com responsabilidade pelos estados componentes das 1ª e 3ª Regiões. E o Juiz Federal Jorge Antonio Maurique, da Seção Judiciária de Florianópolis/SC, com responsabilidade pelos estados componentes da 2ª, 4ª e 5ª Regiões.

Os juízes possuem a responsabilidade de implementar as Convenções da Haia e reunir informações e notícias sobre a proteção da criança, tanto nacional quanto internacionalmente, disseminando tal conteúdo na Rede de juízes da Haia bem como para os juízes no seu Estado. Além deste princípio restaram definidos os seguintes: a aproximação e confiança mútua entre juízes da rede e as autoridades centrais de diferentes formas de modo a assegurar a aplicação efetiva das regras de proteção internacional das crianças; os juízes da rede devem encorajar outros juízes a participar das comunicações diretas, sempre que apropriado; os juízes da rede podem fornecer ou facilitar o fornecimento de respostas a inquéritos por parte dos juízes estrangeiros sobre as legislações e convenções sobre proteção internacional da criança; os juízes da rede são encorajados a participar, sempre que possível, de seminários internacionais em matéria de proteção à criança; qualquer juiz que entre em uma comunicação direta deve respeitar sua própria jurisdição; as comunicações não podem comprometer a independência do juiz no seu livre convencimento sobre a matéria; as comunicações entre juízes devem ser gravas ou de outro modo acessível às partes; os meios utilizados para as comunicações diretas devem ser os tecnológicos mais apropriados para que haja comunicação eficiente e célere. (HCCH, 2015).

Os juízes de enlace no Brasil têm sido chamados pelas partes envolvidas nos litígios para intervir nos casos mais difíceis ou naqueles em que há demora injustificada nos procedimentos judiciais, a fim de que esses verifiquem se alguma ajuda pode ser realizada. Ressalta-se que esta atuação é auxiliar e feita com cautela para não interferir no livre convencimento do juiz processante de modo a apoiá-lo quando ele próprio considerar como relevante ou quando a parte pedir tal amparo e esclarecimentos a respeito da Convenção em questão ao caso concreto. (SIFUENTES, 2009).

A Conferência da Haia determina que em certas Convenções sejam criadas autoridades centrais nacionais designadas por cada Estado para tratar da efetivação dos seus instrumentos normativos aplicando seus princípios como o do melhor interesse da criança, celeridade, economia processual e cooperação internacional na resolução dos casos.

As autoridades centrais podem acionar as autoridades do Estado requerido, sejam elas administrativas, judiciárias, policiais, entre outras necessárias para dirimir o litígio. Bem como podem acionar a Interpol, uma organização internacional que atua na cooperação entre entidades policiais dos Estados ao redor do mundo, que trocam informações e trabalham de forma integrada. Além disso, as autoridades centrais podem realizar procedimentos de mediação entre as partes litigantes ou ajuizar diretamente a demanda judicial, representando as partes em prol do cumprimento das Convenções. Portanto, a cooperação direta entre as autoridades centrais pode reduzir os custos do que seria um processo internacional em transportes, documentação, locação, tradução, etc.

Segundo o governo brasileiro em exercício unificou-se as autoridades centrais para que se trate de forma mais eficiente a cooperação jurídica internacional, voltando-as para as atividades do Ministério da Justiça. Conforme os artigos 9º, III e 10, III, *a*) do Decreto nº 8668, de 11 de fevereiro de 2016 o Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional seria o responsável, até o momento, por tratar das questões envolvendo os trabalhos das autoridades centrais em matéria cível, penal e a execução dos pedidos que envolvam estas matérias. (BRASIL, 2016).

Está-se a discutir sobre uma administração da justiça em âmbito internacional e da responsabilidade do Estado em orientar as relações jurídicas sociais que clamem por uma

resposta normativa resolvida e clara sobre direitos e obrigações dos sujeitos.

Portanto, percebe-se a importância da extraterritorialidade do DIPr no reconhecimento de outro Estado como igual, capaz de proferir normas e solucionar conflitos aplicando o direito. Isto é um ponto de evolução contra uma perspectiva retrograda de leis exclusivamente nacionalistas, auto-referenciais, territorialistas e até mesmo xenófobas.

Conclusão

Quem é a criança? A criança é um ser humano pleno e em formação, além de ser um sujeito histórico, social e cultural. A infância diferentemente do conceito de criança é uma das etapas da vida de uma pessoa. Entretanto, para se alcançar as referidas conceituações foram necessários séculos de mudanças no patamar do reconhecimento e respeito por este ser humano especial.

Foram destacados neste *paper* as principais mudanças ocorridas com a humanização do direito internacional, principalmente no que se refere à proteção dos direitos da criança no âmbito do direito internacional privado.

A Conferência da Haia de Direito Internacional Privado participa ativamente dos trabalhos que buscaram o reconhecimento do elevado patamar de proteção à criança nos instrumentos normativos (em suas dezenas de Convenções) de aproximação dos elementos de conexão e redução do conflito de leis nas relações jurídicas plurilocalizadas.

Não se pode olvidar que se vive um tempo de famílias internacionais, cujos membros possuem várias nacionalidades e estabelecem residências em Estados distintos. Portanto tal núcleo se situa perante novos direitos cujas demandas cada vez mais necessitam de respostas do direito internacional pú-

blico e privado e da cooperação dos órgãos administrativos e jurídicos entre os Estados.

Referências bibliográficas

ARIÈS, Philippe. **História social da criança e da família**. Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1981.

BRASIL. **Decreto nº 8.668, de 11 de fevereiro de 2016**. Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções de Confiança do Ministério da Justiça, remaneja cargos em comissão, aloca funções de confiança e dispõe sobre cargos em comissão e Funções Comissionadas Técnicas mantidos temporariamente na Defensoria Pública da União. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/D8668.htm>. Acesso em: 02 mai. 2018.

HCCH. **Convenção Relativa à Lei Aplicável em Matéria de Prestação de Alimentos a Menores**. 1956. Disponível em: <<https://www.hcch.net/pt/instruments/conventions/full-text/?cid=37>>. Acesso em 26 abr. 2018.

HCCH. **Convenção da Haia relativa ao Reconhecimento e Execução de Decisões em Matéria de Prestação de Alimentos a Menores**. 1958. Disponível em: <<https://www.hcch.net/pt/instruments/conventions/full-text/?cid=38>>. Acesso em: 26 abr. 2018.

HCCH. **Convenção Relativa à Competência das Autoridades e à Lei Aplicável em Matéria de Proteção de Menores**. 1961. Disponível em: <<https://>

www.hcch.net/pt/instruments/conventions/full-text/?cid=39>. Acesso em: 26 abr. 2018.

HCCH. Convenção da Haia sobre a jurisdição, lei aplicável e reconhecimento de decisões em matéria de adoção. 1965. Disponível em: <<https://www.hcch.net/pt/instruments/conventions/full-text/?cid=75>>. Acesso em: 26 abr. 2018.

HCCH. Convenção da Haia sobre o Reconhecimento e Execução de Decisões relativas a Obrigações Alimentares. 1973a. Disponível em: <<https://www.hcch.net/pt/instruments/conventions/full-text/?cid=85>>. Acesso em: 26 abr. 2018.

HCCH. Convenção da Haia sobre a Lei Aplicável às Obrigações Alimentares. 1973b. Disponível em: <<https://www.hcch.net/pt/instruments/conventions/full-text/?cid=86>>. Acesso em 26 abr. 2018.

HCCH. Convenção da Haia relativa à Proteção das Crianças e a Cooperação em matéria de Adoção internacional. 1993. Disponível em: <<https://www.hcch.net/pt/instruments/conventions/full-text/?cid=69>>. Acesso em: 26 abr. 2018.

HCCH. Convenção da Haia relativa à Competência, à Lei aplicável, ao Reconhecimento, à Execução e à Cooperação em matéria de Responsabilidade Parental e de medida de Proteção das Crianças. 1996. Disponível em: <<https://www.hcch.net/pt/instruments/conventions/full-text/?cid=70>>. Acesso em: 26 abr. 2018.

HCCH. Convenção sobre a Cobrança Internacional de Alimentos em benefício dos Filhos e de outros Membros da Família. 2007. Disponível em:

<<https://www.hcch.net/pt/instruments/conventions/full-text/?cid=131>>. Acesso em 26 abr. 2018.

HCCH. **Comunicações judiciais diretas**. Conferência da Haia de Direito Internacional Privado – Secretariado Permanente. The Hague: Churchillplein, 2015. Disponível em: <<https://assets.hcch.net/docs/3d-432707-d9a0-4a1c-99af-9addb4985786.pdf>>. Acesso em: 09 mai. 2018.

HCCH. **International hague network of judges**. January, 2017a. Disponível em: <<https://assets.hcch.net/docs/18eb8d6c-593b-4996-9c5c-19e4590ac66d.pdf>>. Acesso em: 26 abr. 2018.

OLIVEIRA, C. G.; SOUZA, B.; DURÃES, M. G. **A Influência dos Direitos Humanos no Desenvolvimento do Direito Internacional Privado**: um estudo da contribuição da Conferência de Haia de Direito Internacional Privado. In: LAGES, Cintia Garabini; DURÃES, Marilene Gomes; SANTOS, Michel Carlos. (Org.). *A Compreensão dos Direitos Humanos e Fundamentais no Direito Brasileiro*. 1ed. Vol. único Belo Horizonte: D` Plácido, p. 237-251, 2015.

POSTMAN, Neil. *O desaparecimento da Infância*. Rio de Janeiro: Graphia, 2011.

RODAS, João Grandino; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. **A Conferência da Haia de Direito Internacional Privado**: a Participação do Brasil. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2007.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Emílio, ou, Da educação**. Tradução: Roberto Leal Ferreira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

SIFUENTES, Mônica. **Sequestro interparental** – a experiência brasileira na aplicação da Convenção da Haia de 1980. Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, v.21 n. 5, maio, 2009. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/35914/sequestro_interparental_experiencia_brasileira.pdf>. Acesso em 27 abr. 2018.

UNICEF. **Fundo das Nações Unidas para a infância**. 2017. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/pt/>>. Acesso em: 26 abr. 2018.

Governança corporativa: desafios internacionais para sua aplicação ao setor público

Thaís Cíntia Cárnio

Introdução

Recentemente, pode-se observar com bastante facilidade que empresas privadas e públicas de grande expressão nacional e internacional têm sido protagonistas de escândalos financeiros envolvendo, inclusive, práticas criminosas das quais participam importantes representantes políticos. Alguns, em pleno exercício de mandatos para os quais, cabe salientar, foram democraticamente eleitos.

O resultado comum para várias dessas pessoas jurídicas pode ser evidenciado com a crise de credibilidade em que submergiram, afetando frontalmente sua imagem institucional e acarretando resultados indesejáveis para a captação de recursos para suas atividades diárias.

Isso porque há dois principais originadores de recursos para o cotidiano empresarial: o mercado financeiro e o mercado de capitais, especificamente tratado. Junto ao primeiro, as empresas podem captar empréstimos cujos juros são calculados com base na expectativa de adimplimento da operação, idoneidade financeira e garantias concedidas pelo mutuário. Ao menos as duas primeiras variáveis são impactadas pelos desmandos praticados pelos administradores.

No que se refere ao mercado de capitais, os efeitos danosos são ainda mais observáveis, pois a decisão do investidor aportar seus recursos em uma ou outra empresa está diretamente relacionada com a credibilidade dessa companhia, seu adequado gerenciamento e a perspectiva de rentabilidade do capital.

O ponto de intersecção entre essas empresas? A falta de controles gerenciais, profissionalismo, transparência na administração e na demonstração dos resultados contábeis, falta de observância ao arcabouço normativo aplicável às suas atividades... enfim, falta de governança corporativa.

Este estudo tem por escopo analisar como a governança corporativa pode proporcionar um ambiente jurídico e econômico mais fidedigno e transparente para suportar adequadamente o recebimento de investimento e, por outro lado, o crescimento efetivo das pessoas jurídicas com bases contábeis e administrativas sólidas.

Para tanto, serão apresentados o conceito de governança corporativa e os pilares que sustentam. Posteriormente, discorrer-se-á sobre sua evolução, tanto no Brasil como no âmbito internacional.

Por fim, serão analisados os trabalhos desenvolvidos pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), sempre com objetivo de demonstrar que, mais que viável, é desejável a aplicação de governança corpo-

rativa para o setor público, em que pese não ser tarefa fácil face aos obstáculos a serem expostos mais adiante.

1. Conceito de governança corporativa

Governança corporativa não é um termo hermético e limitado. Ao contrário, pois engloba uma série de práticas, iniciativas e comportamentos adotados pela empresa objetivando dar transparência e confiabilidade para partes interessadas em suas atividades.

Essa forma de agir envolve o modo como interage com seus sócios, elementos internos à administração da sociedade, como conselho, diretoria e afins, e externos também, como investidores, acionistas, fornecedores.

Esses grupos, que são direta ou indiretamente afetados pelo desenvolvimento da atividade empresarial, são denominados pelo termo inglês “stakeholder”. Isso porque a palavra “stake” é sinônimo de “interesse”, e “holder” significa “detentor”.

O primeiro a utilizar essa denominação foi o professor americano de administração de empresas e filósofo, Robert Edward Freeman (BEZERRA, 2018).

Considerando seu sentido mais abrangente, são considerados “stakeholders” todos os grupos ou indivíduos que, direta ou indiretamente, influenciam os objetivos da empresa ou são alcançados por eles, como fornecedores, sindicatos, dentre outros. (BEZERRA, 2018)

Por outro lado, há também um sentido mais limitado dessa expressão, reservando-a que são essenciais para a existência da companhia. A título de exemplificação, essa categoria estaria restrita a interessados na qualidade de acionistas, órgãos da administração e fiscalização, e afins.

Sendo adotado o sentido amplo ou o restrito, o que Robert Freeman destaca como especialmente relevante é

a importância de fornecer cada um dos grupos de interesse com informações adequadas à categoria que pertencem, permitindo que seja percebida com clareza a atividade empresarial e que cada um esteja suficientemente suprido com elementos que lhe permitam o entendimento a respeito dos desígnios da empresa, conseqüentemente agregando a ela valor. (FREEMAN, 2010, pp. 289-290).

Afasta-se, assim, a possibilidade de que a gestão e os dados financeiros sejam ocultados e a sociedade torne-se uma verdadeira Caixa de Pandora⁶ capaz de surpreender investidores, empregados e mesmo o público consumidor com seu conteúdo deturpado.

Ainda aprofundando o conceito de governança corporativa, convém destacar a definição do Instituto Brasileiro de Governança Corporativa – IBCG, conforme segue:

Governança corporativa é o sistema pelo qual as empresas e demais organizações são dirigidas, monitoradas e incentivadas, envolvendo o relacionamento entre sócios, conselho de administração diretoria, órgãos de fiscalização e controle e demais partes interessadas. (INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA, 2018)

O elemento novo trazido por essa conceituação pode ser observado ao se considerar governança como um sistema.

6. De acordo com a mitologia grega, a caixa de Pandora é um artefato tirado do mito da primeira mulher criada por Zeus: Pandora. A caixa era na verdade um grande jarro dado a Pandora, que continha todos os males do mundo. Embora fosse linda, posto que moldada como uma deusa, Pandora era extremamente curiosa e resolve abrir o jarro para ver o que continha. Ao fazê-lo, deixa escapar todos os males do mundo, menos a esperança. (LANG, 2003). Assim, quando algo encerra em seu bojo muitas desventuras, diz-se que se trata de uma “Caixa de Pandora”.

Ou seja, um conjunto de elementos interdependentes que, juntos, compõem um todo organizado e harmonioso.

Aliás, uma das propriedades encontradas em sistemas é a chamada “homeostase”⁷. Trata-se de termo decorrente da Teoria dos Sistemas, que versa sobre a propriedade de um sistema aberto de regular o seu ambiente interno de modo a manter uma condição estável, através de múltiplos ajustes de equilíbrio dinâmico controlados por mecanismos de regulação inter-relacionados. (CHIAVENATTO, 1993)

Governança, enquanto sistema, deve justamente propiciar esse equilíbrio, esse ambiente de estabilidade para que a atividade da empresa possa ser desenvolvida dentro de parâmetros de segurança e transparência para as partes interessadas.

Isso porque a empresa contribui para toda a coletividade, produzindo uma ampla gama de efeitos que transcendem os reflexos internos de sua operação.

Esses resultados abrangem o mercado de consumidor, vez que se trata de mais um fornecedor de bens e serviços; para os empregados e prestadores de serviços terceirizados, mais um originador de postos de trabalho; para o Estado, mais um contribuinte para a arrecadação de tributos. Caso a empresa seja uma sociedade de capital aberto, também poderá ser foco de interesse de potenciais investidores do mercado financeiro.

Quanto mais confiável a empresa, melhor para uma ampla gama de partes interessadas, como se pode evidenciar no conceito mais amplo de Robert Freeman, já analisadas anteriormente.

Corroborando esse entendimento, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) desenvolveu o OECD Principles of Corporate Governance, publi-

7. Etimologicamente, “homeostase” deriva do grego *homeo*, que significa “similar” ou “igual”, e *stasis*, ou seja, “estático”. Trata-se da condição de relativa estabilidade que o organismo necessita para realizar suas funções adequadamente. (BRITO e HADDAD, 2017)

cados em 1999 e revistos em 2004, nos quais esclarece que a estrutura da governança corporativa deve promover a transparência e a eficiência dos mercados, além de cumprir com a legislação que lhe seja aplicável e claramente organizar a divisão de responsabilidades entre as autoridades supervisoras, fiscalizatórias e executoras (ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO, 2018).

A seguir, será abordada a evolução da governança corporativa e suas principais fontes nacionais e internacionais.

2. Evolução e princípios da governança corporativa

Conforme estudado anteriormente, quanto mais confiável uma empresa, maiores os benefícios que ela é capaz de propiciar à sociedade na qual desenvolve sua atividade.

O desenvolvimento da governança corporativa decorre da necessidade de aumentar a confiabilidade em companhias em um cenário de permanente transformação.

Andrade e Rossetti (2012) atribuem essa expansão a cinco principais pontos: (i) constituição de grandes empresas como sociedades anônimas e novas subscrições de ações; (ii) aumento de abertura de capital e oferta pública inicial em ambiente bursátil; (iii) aumento de investidores e fracionamento da propriedade das companhias; (iv) profissionalização de gestão decorrente de processos sucessórios; e (v) fusão de grandes empresas, aumento o número de acionistas e fragmentando sua participação individual.

Com a pulverização de capital, há maior distanciamento entre os acionistas e os administradores da companhia, o que pode ser uma fonte de conflitos. Pode-se mitigar o risco de conflitos com a transparência e das informações fornecidas

aos acionistas, órgãos reguladores e investidores, além da observância aos normativos que protejam as partes interessadas.

Essa tem sido uma preocupação em nível internacional, com a importante participação de fontes originadoras de boas práticas, que têm enriquecido essa busca por um sistema íntegro de relação entre administradores e *stakeholders*, conforme se passa a analisar.

2.1 Fontes Nacionais

No Brasil, duas importantes instituições destacam-se como pioneiras na organização de práticas benéficas para a gestão responsável e equânime das empresas: o Instituto Brasileiro de Governança Corporativa - IBGC e a BMF&Bovespa.

2.1.1 Instituto Brasileiro de Governança Corporativa – IBGC

Criado em 1995, o Instituto Brasileiro de Conselheiros de Administração - IBCA passou a ser denominado Instituto Brasileiro de Governança Corporativa – IBGC, em 1999.

Essa importante instituição tem por objetivo contribuir para o desempenho sustentável das organizações, buscando maior transparência, justiça e responsabilidade nessa atividade e publica a primeira versão do Código das Melhores Práticas de Governança Corporativa em 1999, sedimentando como princípios básicos da governança corporativa transparência, equidade, prestação de contas e responsabilidade corporativa (INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA, 2018).

A transparência é traduzida como a intenção de disponibilizar as informações que sejam pertinentes para as par-

tes interessadas, extrapolando aquelas cujo fornecimento decorre de obrigação legal.

Já o princípio da equidade refere-se ao tratamento justo e isonômico de todos os sócios e *stakeholders*, englobando tantos direitos, como deveres e expectativas em relação à atividade empresarial e seus resultados para essas partes interessadas.

Prestação de contas, ou *accountability*, retrata o dever dos sócios, administradores, conselheiros, auditores e demais agentes de governança prestarem contas de sua atuação de maneira clara e tempestiva, esclarecendo dúvidas que por ventura subsistam e assumindo a responsabilidade por suas ações ou omissões na medida de suas atribuições.

A responsabilidade corporativa implica no dever dos agentes de governança em zelar pela viabilidade econômico-financeira da companhia, tanto mitigando efeitos negativos que possam advir a terceiros como resultado de negócios, quanto potencializando as consequências positivas, considerando várias naturezas de capital, seja financeiro, humano, social ou de outra modalidade.

2.1.2 BMF&Bovespa (atual B3)

Também a BMF&Bovespa contribui e inova para a elaboração e divulgação de boas práticas. Em 2000, cria os segmentos especiais de listagem com o objetivo de para desenvolver o mercado de capitais brasileiro, estabelecendo níveis adequados aos diferentes perfis de empresas (BMF&BOVESPA, 2018).

Cada um deles expressa um grupo de práticas que devem ser observadas e que ultrapassam as obrigações legais constantes da Lei das Sociedades por Ações (Lei nº 6.404/76 e alterações posteriores).

Iniciando no nível “Bovespa Mais” e culminando no “Novo Mercado”, cada patamar agrega mais práticas que,

progressivamente, incrementam o sistema de governança da companhia, ampliando os direitos dos acionistas, seus mecanismos de controle e divulgação de informações, sempre com vistas a propiciar um perfil adequado à realização de grandes ofertas para investidores de variados perfis.

Para que possam migrar de determinado segmento para outro, a empresa assume a obrigação de adequar-se a todos os requisitos constantes desse próximo nível.

Importante salientar que tanto a adesão, como a progressão entre os segmentos é voluntária, e inicia-se com celebração de um contrato específico entre companhia interessada e a B3, atual denominação da BM&FBovespa.

Alguns pontos especialmente interessantes relativos ao Novo Mercado são as seguintes: o capital deve ser composto exclusivamente por ações ordinárias com direito a voto; *tag along* 100%, ou seja, caso haja alienação do controle, todos os acionistas terão direito a vender suas ações pelo mesmo preço praticado pelo controlador; instalação de área de Auditoria Interna, função de *Compliance* e Comitê de Auditoria; além de realização de oferta pública de aquisição de ações por valor justo no caso de saída da empresa do Novo Mercado, dentre outras regras.

Com a ampliação das informações e a garantia de direitos aos acionistas, objetiva-se agregar valor à empresa no mercado de capitais, tornando-se mais atraente para potenciais investidores.

2.2 Fontes Internacionais

Muito embora essas iniciativas tenham produzido ótimos frutos, os primeiros passos na concepção de práticas mais saudáveis e adequadas para as empresas não foram dados em solo nacional. Foi no exterior que os primeiros grupos de trabalho foram estabelecidos.

2.2.1 Relatório Cadbury

Em 1991, o Banco da Inglaterra criou a Comissão Cadbury para elaborar um Código das Melhores Práticas de Governança Corporativa em conjunto com a Bolsa de Valores de Londres, Entidade dos Contadores da Inglaterra e do Conselho de Relatórios Financeiros. (JONES, Ian e POLLITT, 2003)

O resultado de todo o empenho desse grupo de trabalho pode ser observado com a divulgação do chamado Relatório Cadbury, em dezembro de 1992.

A Comissão Cadbury inspirou-se na prática do mercado de capitais norte-americano, onde existem grandes blocos de ações detidos por fundos de pensão, fundos de investimento, investidores institucionais, escritórios de advocacia agressivos, conselheiros exigentes e uma multiplicidade de acionistas minoritários.

Conforme pontuado por Andrade e Rossetti (2012), norteando-se pelos princípios da prestação de contas responsável e da transparência, o Relatório Cadbury firma-se em cinco termos de referência:

- (i) as responsabilidades de conselheiros e executivos na análise e apresentação de informações para os acionistas e outras partes interessadas sobre o desempenho da companhia;
- (ii) a frequência, a clareza e a forma como as informações contábeis e seus complementos devem ser apresentadas;
- (iii) a constituição e o papel dos conselhos;
- (iv) as responsabilidades e extensão de atribuições dos auditores;
- (v) as relações entre acionistas, conselhos e auditores.

Objetivando implementar as diretrizes do mencionado relatório, em 1998 instala-se a Comissão Hampel, para a direção da qual foi designado Sir Ronald Hampel, presidente do Conselho da Investment Company Institute - ICI.

Esse grupo produz o Relatório Hampel, que enfatiza o papel dos conselheiros na companhia, apontando como seu dever “agirem boa fé nos interesses da companhia e por um propósito apropriado, exercendo cuidado e habilidade”. (JONES, Ian e POLLITT, 2003)

Também em 1998, vinte chefes de grandes empresas internacionais de dezesseis países reuniram-se em Londres, por iniciativa da firma de Consultoria Eggon Zehnder International, e continuam as discussões sobre governança, formando o Conselho Consultivo Global de Governança Corporativa. (ANDRADE E ROSSETTI, 2012)

2.2.2 Princípios da OCDE

A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) é uma organização internacional e intergovernamental, com sede em Paris, que agrupa os países mais industrializados e envolvidos na atual economia de mercado. (OECD, 2018)

Os representantes dos países membros se reúnem periodicamente para intercâmbio de informações e delinear políticas que busquem o crescimento econômico e o desenvolvimento da economia mundial.

Para alcançar esse objetivo, a OCDE desenvolve uma série de estudos. Um deles resultou na elaboração de um código sobre governança corporativa, abrangendo vários princípios da boa governança e definição de códigos de melhores práticas, entendendo-as como “elos entre objetivos de desenvolvimento dos mercados, das corporações e das nações.” (OECD, 2018)

A primeira versão foi publicada em 1999, sendo posteriormente revista e aprimorada, até a versão de 2004. Esses princípios foram originalmente concebidos para empresas privadas, tanto de capital aberto como fechado, e havia uma grande preocupação com os acionistas.

Com o desenvolvimento de corporações cada vez maiores e a ocorrência de fraudes envolvendo valores vultosos, houve maior preocupação com a adoção de boas práticas e o deslocamento do foco de preocupação de apenas acionistas para uma abordagem mais abrangente, envolvendo outras partes interessadas. (ANDRADE E ROSSETTI, 2012)

Com isso, a versão mais recente, de 2004, cria regras contra conflitos de representação e busca separar a propriedade da companhia de sua gestão, inclusive abrindo espaço para acionistas minoritários. Ademais, definiu com clareza as responsabilidades dos conselhos de administração e de direção executiva das corporações, aspectos que colaboram para maior controle e equilíbrio entre os *stakeholders*. (WORLD BANK, 2004)

Posteriormente, baseando-se nos princípios aplicáveis às empresas privadas e em relatórios especificamente desenvolvidos a partir de estudos voltados para o setor público, a OCDE elaborou diretrizes sobre governança corporativa voltadas para as empresas de controle estatal.

3. Governança corporativa nas empresas públicas

Conforme ensina Fábio Nusdeo (2010), as empresas estatais são criadas pelo Estado com o objetivo de intervir de forma direta no cotidiano econômico, participando como agentes e concorrendo com os particulares. Em alguns casos, tais companhias chegam a deter o monopólio de certas atividades.

Considerando a relevância dessas empresas, e ciente de sua participação na economia dos países, em abril de 2005, a OCDE apresentou proposta de diretrizes para promover melhores práticas de governança na atuação das empresas estatais, adequando os princípios formulados para o setor privado às características das empresas estatais e do próprio Estado atuando como controlador (OECD, 2005).

Os trabalhos efetuados pela OCDE ao longo de dois anos envolveram tanto representantes dos trinta países-membros, quanto de países não-membros, e contaram com diversos fóruns de discussão e várias consultas públicas até resultarem nas Diretrizes da OCDE sobre Governança Corporativa para Empresas de Controle Estatal. (OCDE, 2005)

Dentre outros pontos relevantes, as Diretrizes especificam que deve existir uma separação clara entre as funções de propriedade do Estado e outras funções estatais que possam influenciar as condições das empresas de propriedade estatal, particularmente no que diz respeito às regulamentações do mercado. Está claro que as estatais são utilizadas para intervir na economia, porém o que se pretende é manter um ambiente saudável e competitivo para as empresas privadas.

Os administradores públicos devem se empenhar em simplificar e otimizar as práticas operacionais e os formatos legais sob os quais as estatais operam, não colocando tais companhias em categorias privilegiadas, afastado a viabilidade jurídica de que credores possam entrar com ações e iniciar procedimentos de insolvência.

Outro ponto muito importante refere-se ao tratamento legal isonômico. As estatais não devem ser isentas da aplicação de leis gerais e regulamentações. As partes interessadas, incluindo competidores, devem ter acesso a reparações eficientes e decisões justas quando considerarem que seus direitos tenham sido violados.

Nessa mesma linha, também deve haver isonomia sob a perspectiva econômico-financeira. Assim, as estatais devem enfrentar condições competitivas com relação ao acesso a recursos financeiros, estabelecendo suas relações com bancos e instituições financeiras de propriedade do Estado e outras empresas estatais em níveis puramente comerciais, sem se valer de sua natureza.

Há várias outras propostas valiosas nas Diretrizes, porém é necessário tratar de um tema bastante espinhoso que adentra esse cenário: os obstáculos que podem ser enfrentados para a adoção dessas disposições no cotidiano dessas companhias tão peculiares.

3.1 Desafios para adoção de governança em estatais

Em que pese os benefícios que a adoção das diretrizes possam trazer às empresas e às partes interessadas, a própria OCDE tem claro que essa iniciativa encontra obstáculos. (OCDE, 2005)

Isso se deve às especificidades do setor público e a relação umbilical do Estado com a empresa. Por conta disso, as empresas estatais estão sujeitas a restrições mais brandas em termos orçamentários, se comparadas às empresas privadas, pois podem ser socorridas pelos cofres estatais. Assim, estão menos sujeitas a ações de insolvência e falência.

Outro ponto diz respeito à falta de competitividade, pois há estatais que operam em áreas nas quais a competição com o setor privado é pequena ou inexistente, por deter o monopólio da atividade. A pouca ou nenhuma competição gera um natural estado de conforto, afastando percepção da necessidade de aprimoramento.

No que se refere ao princípio de *accountability*, os padrões de transparência e prestação de contas são diferentes daqueles aplicáveis ao setor privado, pois são orientados primordialmente para o controle dos gastos públicos.

Além disso, na qualidade de instrumento de intervenção estatal direta (GRAU, 2010), essas empresas têm diferentes graus de autonomia administrativa, e seus objetivos apresentam características estratégicas que, não necessariamente, serão convergentes com as opções gerenciais mais lucrativas.

Um dos motivos que alicerçam essas peculiaridades é o entendimento de que a economia não pode ter um fim em si mesma, mas deve voltar-se para bem comum.

Também vislumbrando objetivos maiores, Vicente Bagnoli (2007) defende que devem ser elaboradas políticas econômicas mais preocupadas em desenvolver a economia das nações, e não se limitar apenas ao crescimento econômico. O entendimento do autor alinha-se com o propósito da OCDE, no sentido de que desenvolver a economia deve significar desenvolver o país e a sociedade, e em contrapartida haverá melhora econômica.

Sendo assim, ainda que difícil, ainda que desafiadora, a adoção de boas práticas pelas empresas públicas pode ser um bom começo para que se galguem alvos maiores, que beneficiem a coletividade.

Considerações finais

A governança corporativa é uma prática que só tende a crescer em uma dinâmica empresarial, uma vez que a transparência, a ética corporativa e a sustentabilidade já integram modelos de negócio e compõem o valor agregado das empresas. Além disso, a governança corporativa é elemento basilar para que uma empresa traga para si o capital reputacional.

A governança, por sua vez, não é somente um conceito que é um desafio para a esfera privada ou empresas de capital aberto, mas sim para qualquer atividade empresarial, inclusive no setor público.

Os trabalhos desenvolvidos pela OCDE são importantes para auxiliar desenvolvimento econômico mundial. As recomendações sobre governança corporativa propiciam um sistema adequado para o controle das empresas, tanto públicas como privadas, estimulando políticas de transparência, *accountability*, *compliance* e iniciativas anticorrupção.

As Diretrizes da OCDE sobre Governança Corporativa para Empresas de Controle Estatal trazem elementos relevantes para o incremento da confiança e solidez dessas companhias.

Caso as empresas públicas adotem essas propostas e aderirem às boas práticas de governança, promoverão um ambiente salutar para a atividade empresarial e aprimorarão suas estruturas operacionais.

Há dificuldades para que isso ocorra devido às vicissitudes do próprio setor público, mas os resultados positivos certamente compensam esses obstáculos.

A viabilização dessas práticas colabora não só para o aprimoramento da confiabilidade nas empresas estatais, mas no Estado como um todo, o que certamente fortalece as instituições e colabora para o progresso econômico e social do país.

Bibliografia

ANDRADE, Adriana; ROSSETTI, José Paschoal. **Governança Corporativa: fundamentos desenvolvimento e tendências**. São Paulo: Atlas, 2012.

BAGNOLI, Vicente. **Direito e Poder Econômico**. São Paulo: Atlas, 2005.

BEZERRA, Filipe. **Stakeholders: do significado à classificação.** Disponível em: <http://www.portal-administracao.com/2014/07/stakeholders-significado-classificacao.html>, último acesso em 01 Mai 2018.

BMF&Bovespa. **Novo Mercado.** Disponível em: http://www.bmfbovespa.com.br/pt_br/listagem/acoes/segmentos-de-listagem/novo-mercado/, último acesso em 04 Mai 2018.

_____. **Segmentos de listagem.** Disponível em: http://www.bmfbovespa.com.br/pt_br/listagem/acoes/segmentos-de-listagem/sobre-segmentos-de-listagem/, último acesso em 04 Mai 2018.

BRITO, Ivana e HADDAD, Hamilton. **A formulação do conceito de homeostase.** In Filosofia e História da Biologia, v. 12, n. 1, p. 99-113, 2017. Disponível em http://www.abfhib.org/FHB/FHB-12-1/FHB-12-01-06-Ivana-Brito_Hamilton-Haddad.pdf, último acesso em 04 Mai 2018.

CHIAVENATTO, Idalberto. **Introdução à Teoria Geral da Administração.** 4. ed. São Paulo: Makron Books, 1993.

FREEMAN, Robert Edward. **Stakeholder, capitalismo and value chain.** E.M.Journal, vol. 15, pp. 289-290.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988.** São Paulo: Malheiros, 2010.

Instituto Brasileiro de Governança Corporativa – IBGC. Código das Melhores Práticas de Governança Corporativa. Disponível em: http://www.ibgc.org.br/user-files/2014/files/codigoMP_5edicao_web.pdf, último acesso em 03 Mar 2018.

_____. **Governança Corporativa.** Disponível em: <http://www.ibgc.org.br/index.php/governanca/governanca-corporativa>, último acesso em 01 Mar 2018.

JONES, Ian e POLLITT, Michael. **Understanding how issues in corporate governance develop: Cadury Report to Higgs Review.** Cambridge: ESRC Centre for Business Researcher University of Cambridge. Working Paper n. 277, 2003.

LANG, Jean. **Mitos Universais.** 1ª. Edição, Editora Landy, 2003.

NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia – Introdução ao Direito Econômico.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE). **OECD Principles of Corporate Governance.** Disponível em: <http://www.oecd.org/corporate/ca/corporategovernanceprinciples/31557724.pdf>, último acesso em 22 Mai 2018.

_____. **Diretrizes da OCDE sobre Governança Corporativa para Empresas de Controle Estatal.** Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/ca/corporategovernanceofstate-ownedenterprises/42524177.pdf>, último acesso em 22 Mai 2018.

WORLD BANK. **Reforming Public Institutions and Strengthening Governance: A World Bank Strategy, Implementation Update, Parts 1 and 2.** Washington D.C.: World Bank, 2002. Disponível em: <http://www1.worldbank.org/publicsector/Reforming.pdf>, último acesso em 25 Mai 2018.

Breve apontamento da teoria de sistema de Niklas Luhmann: destruição do direito pela corrupção sistêmica da mídia na sociedade.

Abílio Osmar dos Santos

Introdução

A ideia introdutória a conceitos essenciais de direito e mídia advém da acentuada tendência de aproximações que esses dois subsistemas o direito e mídia, para tanto busca nas definições sociológicas entre direito e mídia e de certa demanda por referências sobre o processo de construção racional da teoria de sistemas de Niklas Luhmann e entre relação à compreensão de corrupção sistêmica criando uma alopoiese. O esforço desse breve estudo, parte do conceito de sistema e sobre os determinantes de uma sociologia da mídia quando

aliada ao direito pela observação sociológica “luhmaniana”, com ênfase na apreensão do conceito de corrupção sistêmica.

Temos que a proposta dessa análise afeta o sistema social, independe de Estados Nacionais e de legislação local, trata-se de um tema multidisciplinar afeto ao mundo e a todos os Estados que o compõem.

A teoria social sistêmica proposta por Luhmann, tem-se como distinção fundamental a relação entre “sistema” e “meio-ambiente”, essa distinção de auto referencial se organiza em torno da noção de diferença, possibilitando o fechamento do sistema em relação ao ambiente e estabeleceu recursividade e circularidade como suas características fundamentais, assim temos que os sistemas possuem capacidade de organizar e mudar suas estruturas por meio de referências internas e determinando suas próprias operações se autoproduzem.

A distinção entre sistema e seu meio ambiente é utilizado para explicar tudo entre o que pertence a determinado sistema e o que esta fora (GUERRA FILHO e CARNIO, 2016), cada sistema, à sua diferença, produz-se e reproduz-se conforme a capacidade de vincular os elementos estruturais que lhe são próprios e lhe confere a unidade a partir das prestações captas da relação com o ambiente, são de natureza cognitiva e tem a potência de comunicar conjuntos de sentidos na realização do sistema. A relação de vínculos entre sistema e ambiente proporciona a elaboração do conceito de sistema como uma via de mão dupla, de um lado define o sistema conforme sua operacionalidade e na medida da percepção cognitiva que lhe abre a relação como o ambiente de outro. Implica que a identidade semântica do sistema é a identidade dele em contraposição à identidade captada do ambiente.

Existe uma combinação entre o sistema e ambiente que permite que ambos caminhem em evolução conjunta, assim

os sistemas na sociedade moderna, altamente complexa, revela sentido mais próximo da capacidade de estabelecer vínculos entre sistema e ambiente.

A proposta da teoria dos sistemas é descrever a sociedade complexa atual, distanciando-se, contudo, das concepções que pretendem normatizá-la prescrevendo soluções para os supostos problemas sociais e que desejam ensinar como deve ser.

1. Observação sobre sistema do direito

O direito como sistema social, possui a comunicação como elemento base, mas não podemos achar que eles formam um único sistema, sua diferenciação do meio ambiente ocorre pelo controle do código binário “direito/ não direito”, esse código produz a autopoiese do sistema, o código é uma diferença e guia, essa diferença serve de modelo de orientação servindo a para classificar as comunicações no sistema.

O código, portanto, implica no fechamento operacional do sistema, mas as escolhas do que é direito/ não direito depende do meio ambiente, ou seja, o direito possui um autocontrole do código, mas ao mesmo tempo, também possui uma abertura cognitiva, pois depende do meio social para definir o que vem a ser direito ou não direito.

Portanto, o direito define internamento em conceitos, para possibilitar o seu fechamento normativo.

Pode-se afirmar, portanto, que o direito atua na função de sistema imunizador para a sociedade, já que permite tentar resolver a situação imprevistas sem um conhecimento completo dos fatores que levaram ao transtorno. A estrutura paradoxal do direito, assim como a de qualquer outro sistema, permitindo que permaneça sensível à realidade e, portanto, desenvolva sua função.

O direito evolui e constrói as próprias estruturas na medida em que se põe em autor referência, na exata medida em que o direito calibra, repele ou confirma as próprias estruturas na apreensão do sentido normativo pela decisão judicial, o que permite afirmar que os próprios elementos do direito a construir e desenvolver o próprio sentido do direito.

Um sistema mantém seu caráter autopoietico na medida em que se refere a si mesmo e ao seu ambiente. As mais diversas determinações do ambiente, no entanto, somente serão inseridas no sistema quando filtradas pelo código-diferença específico de cada uma das espécies dos subsistemas sociais.

Para Luhmann, um subsistema social tem como estrutura um código-diferença através do qual elementos externos (extrasistêmicos ou do “ambiente”) são inseridos (LUHMANN, 2006). O direito, como subsistema social, pode ser interpretado como controle do código diferença “lícito/ ilícito”. Na teoria de Luhmann pode-se dizer que o direito não passa de “um sistema normativamente fechado, mas cognitivamente aberto”.

O direito pode assimilar, de acordo com seu código-diferença, os fatores do ambiente (abertura cognitiva), não sendo diretamente influenciado por eles, porquanto a vigência jurídica de expectativas normativas depende de processos seletivos de filtragem no interior do sistema jurídico.

Nesse sentido, as diversas determinações do ambiente só são inseridas no sistema (abertura) quando este, de acordo com seus próprios critérios e código/diferença, atribui-lhes forma (fechamento). É a chamada autopoiese no direito (LUHMANN, 2006). Assim, “todos os valores que circulam o discurso geral da sociedade são, após a diferenciação de um sistema jurídico, ou juridicamente irrelevante, ou valores próprios do direito” (NEVES, 2007). O fechamento operacional, o qual garante a autopoiese no direito, dá-se pelo có-

digo/diferença “lícito/ilícito: o responsável pela comutação dos fatos externos e a respectiva inserção no sistema.” (NEVES, 2007). Se, e somente se, um elemento “passar” por tal filtro, estar-se-á ante um sistema jurídico autopoiético.

O poder econômico, político, religioso, por exemplo, para exercerem influência num direito organizado autopoieticamente, deve, sempre, passar por tais filtros, de modo que, se o direito não lhe autoriza a entrada, será mero “ambiente”. Segundo Arnaud: O código jurídico regula todas as comunicações internas, mas tão somente a comunicação interna do sistema jurídico.

Não existe nem *input* do direito para o interior do sistema, nem tampouco *output* do direito para o exterior do sistema. Fora do direito não se pode fazer nada com o direito. O contato do direito com seu ambiente social deve ser tratado sob outro sentido como sendo suas oportunidades políticas, sua utilidade econômica, sua perturbação pelo contato do sistema em movimento, etc., assim, em torno de cada sistema é que se localizam os casos concretos (ARNAUD e LOPES JÚNIOR, 2004).

Por outro lado, a “corrupção” do sistema significa exatamente o oposto disso: os elementos de outro sistema, sem passarem pelo filtro do código-diferença de um determinado subsistema, entram e permanecem neste. Quando as fronteiras entre um subsistema e o ambiente diluem-se, todavia, está-se diante da chamada alopoiese. Do grego *alô*s (“um outro”, “diferente”) e *poieses* (“produção”, “criação”), o termo designa que o sistema se reproduz por critérios do ambiente. O direito alopoiético, nesse contexto, perde sua autonomia operacional.

Os agentes do sistema jurídico põem de lado o código-diferença lícito/ilícito e passam a conduzir-se com base em injunções diretas da economia (ter/não-ter), da política (poder/não poder), da ciência (verdadeiro/falso), da religião (transcendente/imanente).

Não se trata, portanto, de bloqueios eventuais na reprodução autopoiética do direito positivo, superáveis através de mecanismos imunizatórios complementares do próprio sistema jurídico. O problema implica o comprometimento generalizado da autonomia operacional (NEVES, 2007).

O comportamento deixa de orientar-se primariamente pela semântica jurídica dos modelos textuais da Constituição, da lei, para orientar-se primariamente por outros modelos sociais de conduta. “O paradoxo ‘lícito porque ilícito’ é desparadoxizado pelas fórmulas ‘lícito porque rico’, ‘lícito porque amigo’, etc.” Em síntese, o conceito de autopoiese é o contrário ao de alopoiese, de modo que a negação de um implica na presença do outro (ARNAUD E LOPES JÚNIOR, 2004).

2. A corrupção sistêmica e alopoiese pela mídia

A modernidade periférica latino-americana é alopoiética, sendo intransponível o modelo luhmaniano da autopoiese a esta realidade jurídica. A miscelânea social, implica dificuldades na construção da identidade da esfera de juridicidade, o que resulta na falta de autonomia das respectivas conexões sociais de ação (NEVES, 1993).

Na sociedade, a sobreposição dos códigos econômico e político às questões jurídicas impossibilita a autonomia do sistema jurídico. O direito passa a ser instrumento da política, “seja por meio da mutação casuística das estruturas normativas, principalmente durante períodos autoritários, ou através do jogo de interesses particularistas bloqueadores do processo de concretização normativa” (NEVES, 1993).

A mídia em certa medida, traz uma corrupção sistêmica dos sistemas da economia e da política, ou seja, a mídia já é um subsistema alopoiético, que irá corromper o sistema do

direito, criando uma nova alopoiese por meio de nova corrupção sistema, logos os códigos (ter/não ter) da economia, misturado como (poder/ não poder) da política, irá dizer o que será lícito ou ilícito, o código do direito ficará a mercê dos interesses da mídia, que julgará pelos critérios políticos e econômicos o que é lícito ou ilícito.

Por meio de estrutura alopoiética, coloca-se o direito e a mídia como líderes e parceiros de um mesmo modo de leitura e interpretação da realidade. Essa conexão “Mídia-Direito” não é nova e muito menos ocasional ou ingênua.

3. A mídia e a democracia

Da antiga sociedade de polícia, na qual o juízo a respeito das pessoas estava de acordo se dava por meio de preconceitos já estabelecidos, para a sociedade moderna, aberta, muita coisa mudou. Pode-se afirmar que vivemos hoje em um Estado Democrático de Direito, composto por instituições regidas pelos ideais da democracia e seus princípios.

Nesse cenário, a mídia, como instituição que é, tem relevante papel a cumprir na para consolidar a democracia, temos que na atualidade, o sentido de apreço, de autoimagem que gozamos no ambiente social, sempre se leva em conta a opinião do outro, afetando todos os aspectos da vida, criando a imagem do indivíduo.

Não só o direito à vida, mas também o direito de ter acesso à felicidade, são garantias fundamentais da pessoa humana. Essa é a essência da ordem jurídica. Mas esse direito fica comprometido na sociedade aberta em razão da imagem negativa. Quando essa imagem negativa é formada em razão de fatos verdadeiros, cabe ao indivíduo suportá-lo; isso é consequência do exercício de sua autonomia e liberdade.

O grande problema é que, na sociedade informacional criada pela mídia, a maioria dos fatos nesse universo de signos em que vivemos não é de ocorrência da realidade, mas sim construções linguísticas. Não decorrem de nossas condutas, mas de construções linguísticas dessas condutas.

No Estado Democrático a liberdade é garantida, através da contenção do poder. Numa sociedade aberta e livre, uma das mais importantes formas de poder é a construção de mecanismos linguísticos que irão incidir sobre a imagem das pessoas.

Nesse ponto, temos a mídia como principal veiculadora e articuladora dessas construções linguísticas, interferindo de forma decisiva no processo de criação, preservação ou destruição de imagens.

Logo, temos que os poderes do Estado, acaba sendo pressionado pela mídia, o clamor público, por exemplo, invocando muitas vezes como justificativa para uma prisão sem garantias mínimas de defesa ao acusado, a tal ponto que podemos dizer que a mídia cria conceitos normativos próprios. Por meio dele, ela interfere no elemento do direito, fazendo que o direito se torne refém da mídia.

Nesse aspecto, o conceito de corrupção sistêmica é assertivo, pois o código binário de referência, da mídia é diverso do direito, criando a alopoiese, quando o direito não conseguir lidar com a complexidade do sistema da mídia, ele poderá se desfazer.

Alguns sistemas da sociedade, adaptam-se com maior facilidade a pressão da mídia, não é o caso do direito, que tem por base, entre outros princípios, o da garantia do devido processo legal, o que demanda, entre outros recursos, tempo um tempo que a mídia não tem.

Temos na mídia produção de informação de modo quase instantâneo, importante de garantir a lisura da apuração, o direito de devesa e contraditório, a razoabilidade que um

processo exige, essa rapidez produz injustiças por omissões e até mesmo por ação deliberada, a exemplo atual temos a denominada *Fake News* que é plantada de forma deliberada e preordenada na cadeia de produção da mídia para favorecer determinada coisa e ou pessoa.

Para que a mídia possa exercer com eficácia seu papel no Estado republicano é preciso discutir novos procedimentos, que tenha ampla participação de toda sociedade.

4. A construção da realidade

A questão da construção da realidade no mundo moderno e de seu sistema social. Na vida cotidiana, as pessoas geralmente pressupõem que o mundo é como ele é e as divergências de opinião seriam um resultado de perspectivas “subjetivas” distintas, de experiências e de lembranças. Deve-se pensar no conhecimento do mundo que o sistema dos meios de comunicação produz e reproduz.

A questão agora é: que descrição da realidade produz a mídia quando parte do fato de que eles atuam em todas as áreas. E se nós estivéssemos em condições de extrair um julgamento a respeito disso, apareceria, então, imediatamente, a questão seguinte: que sociedade surge quando ela se informa corrente e continuamente sobre si mesma dessa maneira (LUHMANN, 2005).

Experiências e comunicação na vida moderna, pode se tonar cultura e criação de pensamento coletivo, por meios das mais variadas formas que a mídia apresenta, jornais, publicidade, internet, filmes etc., se forem oferecidas como signos de cultura, e exatamente isso remete de volta à institucionalização da observação de segunda ordem no sistema dos meios de comunicação.

Os meios de comunicação, com suas contínuas construções de realidade, acabam destruindo o entendimento até hoje dominante de liberdade. Liberdade continua sendo entendida, como no direito natural, como ausências de coerções. Tanto a ideologia liberal quando a socialista utiliza o conceito de liberdade e só divergiram sobre as fontes de coerção, para um Estado de Direito e para outra sociedade capitalista. A “inocência” social dos meios de comunicação, seu caráter inofensivo, baseia-se no fato de que eles não forçam ninguém a nada.

Em realidade, contudo, a liberdade baseia-se nas condições cognitivas da observação e da descrição de alternativas que mostram um futuro aberto, a ser decidido, mas, por isso mesmo, desconhecido. (LUHMANN, 2005).

A construção da realidade construída pela mídia tem por isso efeitos de instituir uma ordem em relação àquilo que em sociedade pode ser observado como liberdade e, com isso, principalmente, em relação à questão de como são distribuídas as chances do agir que é atribuível a cada um em sociedade. Se ainda se define a liberdade como ausência de coerção, essa função dos meios de comunicação de construir a liberdade permanece latente, pelo menos ela não questionada. Pode-se apenas supor que a mídia conduz à sobrevalorização da liberdade dos outros, ao passo que cada um isoladamente está bem consciente das barreiras cognitivas do próprio espaço de liberdade (LUHMANN, 2005).

E esse desequilíbrio da atribuição da liberdade pode ter muito mais consequências numa sociedade que ampliou imensamente o âmbito da tomada de decisões e produziu incertezas correspondentes do que a questão: quem definitivamente está sendo forçado a agir ou se omitir em ações determinadas.

5. A influência da mídia para direito internacional perante a opinião pública

A mídia produz sua própria realidade, isso gera o conteúdo midiático veiculados pelos meios de comunicação produzem a chamada homogeneização, que corresponde a “certa ‘massificação’ da opinião pública mundial, em consenso generalizado” (POLITSCHUK E TRINTA, 2003).

Esse impacto, não é afeto a uma temática doméstica dos Estados Nacionais, mas de toda aldeia global, para tanto temos na análise Luhmann, uma ferramenta de análise social vigorosa. O impacto desta forma de comunicação generalizada pode ser percebido em todos os domínios da vida, por ser adotado como paradigma, como uma noção central exemplar, no intuito de que dá destaque a determinados fenômenos e situações em detrimento de outros.

Trata-se da utilização da comunicação de modo a universalizar um sentido único, conferindo identidade ou modelo a ser seguido pela multiplicidade, por ser uma mensagem com conteúdo de princípio ordenador, como um quadro de referência, seja para o bem ou para o mal.

Um paradigma tanto fornece uma visão lógica, quanto prescreve um viés ideológico. Adotar um paradigma significará firmar um ponto de vista, a mídia pelos seus mais diversos canais tornam-se, portanto, portadores do afloramento da reflexão, porque são, por constituição própria e em princípio, socializantes e populares. São genericamente as organizações que produzem e distribuem simbologia, movimentando e moldando a opinião pública.

Afinal, a palavra latina *medium* (de onde deriva mídia, e seu correspondente em inglês *media*) pode significar “lugar para onde tudo converge, logo ‘praça pública’” (POLITSCHUK E TRINTA, 2003). Assim, é o modo de dizer que algo/alguém/alguma coisa está ao alcance de todos, em razão da visibilidade social conferida, utilizada por estes veículos de modo eficiente para a difusão coletiva.

Ao disseminar de modo rápido e generalizado uma mensagem, a mídia populariza este conteúdo, dando a ele repercussão e tornando-o onipresente aos atores sociais relevantes (o que difere de torná-lo onipotente).

A mídia desempenha importante papel de existência e multiplicação do psicossocial coletivo, ao orientar a vida no cotidiano, através da imposição de condições de transformação, sendo fonte de poder social e instrumento de exercício efetivo. Os meios de comunicação vêm disputando com as instituições tradicionais o domínio hegemônico da construção de sentidos socialmente valorizados (POLISTCHUK E TRINTA, 2003).

Isso porque, os veículos de comunicação são formadores de opinião (*opinion leaders*) e, por esta razão, influenciam atitudes individuais e formam padrões coletivos de comportamento.

A mídia afeta o público pelos conteúdos que dissemina. Os efeitos produzidos equivalem a reações manifestas do público. Essas reações compreendem: atenção, compreensão, fruição, avaliação e ação. As reações do público dependem de identificações projetivas, anseios e expectativa, latentes ou não, dos membros que o compõem.

A clara influência do contexto (social, cultural, ideológico) e de predisposições especiais nas reações manifestas pelo público. Os conteúdos disseminados pela mídia estão inseridos no contexto. Os conteúdos disseminados constituem, portanto, um dos fatores que provocam reações por parte do público. São representantes e também intérpretes da opinião pública, ao formar uma memória cultural coletiva, exercendo controle social.

Logo, tem-se que a mídia não pode ser censurada, contudo o direito de informar não é absoluto, mas o melhor em termos democráticos, é que essa ponderação seja conformada por amplo debate e discussão social, ao nosso ver a cargo do Direito Internacional, vez que a sociedade informacional não compreende os limites de um estado nacional.

Este ato de pertencimento público criado pela simbologia veiculada pela mídia tem o potencial de gerar participação e inserção/inclusão, isso é inegável, mas a responsabilidade pela produção do conhecimento e posterior disseminação desta informação deve ser compartilhada entre todos os atores sociais, incluindo-se não somente o Poder Público, a comunidade científica e a sociedade, mas também os veículos de comunicação.

Conclusão

A partir da fixação dos conceitos pela teoria de Niklas Luhmann, podemos identificar na análise social que o subsistema da mídia ao utilizar dos códigos da economia e da política, corrompe o direito, pois não se presta aos fins normativo-jurídico, implica numa alopoiese do direito.

Aquele que foi definido como a reprodução do sistema do direito como base no código diferença “direito/não direito”. Por sua vez, a alopoise quando o sistema jurídico perde sua capacidade de releitura das determinantes do ambiente pelo seu código diferença, conduzindo-se primariamente com base nas injunções diretas de outros subsistemas, produzindo algo que nada tem a vez com a lógica do direito.

Assim, o direito como ator principal, aliando-se a mídia numa sociedade de imagem, distorce a cidadania, retira a igualdade entre os cidadãos e torna-se o próprio “Soberano”, apontando quem seria ou não inimigo (o não igual), estabelecendo assim a corrupção sistêmica que pode acabar com o direito. Afina-se seus desejos e anseios da mídia, pautados por sua ideologia e totalmente afastado do direito.

Buscou-se explicitar de que forma sucinta com a mídia influencia os indivíduos, sobretudo em questões que estão sendo tratadas pelo direito. Nesse sentido, destacamos também que o modo como a mídia trata a questão acaba gerando uma percepção distorcida do fenômeno sob *judice* no senso comum,

amedrontando as pessoas, acentuando a sensação de insegurança no tecido social. Nota-se que a mídia possui influência direta na análise incorreta sobre o que está sendo julgado.

Discussões sobre o controle social da mídia não pode ser confundido com censura, esse discurso tolo prestasse a esvaziar uma discussão necessária própria de uma sociedade democrática e evoluída, só assim a mídia cumprirá seu importante papel na sociedade, não se pode confundir controle social com controle do Estado.

Como a sociedade informacional é global, aponta-se ao Direito Internacional a importante missão de assegurar democracia na mídia, evitando-se que outros subsistemas sejam refém de interesses antidemocráticos.

Por fim, mas não menos importante, antes pelo contrário, vivemos numa sociedade mais moderna (ou “pós-moderna para outros”), essa sociedade que produz a corrupção sistêmica do direito pela mídia é antes da mais nada “informacional”, por entender ser na atualidade uma característica mais adequada.

Referência Bibliográfica

ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ARNAUD, André-Jean; LOPES JÚNIOR. Dalmir. (Organizadores). *Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2004.

CARVALHO, José Murilo. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013

DEBORD, Guy. *A Sociedade do Espetáculo*. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997.

GUERRA FILHO, Willis Santiago; CARNIO, Henrique Garbelini. *Teoria Política do Direito*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2013.

_____. *Introdução à sociologia do direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Mexico: Editorial Herder, 2006.

_____. *O direito da sociedade*. Tradução Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes selo Martins, 2016.

_____. *A realidade dos meios de comunicação*. Tradução Ciro Marcondes Filho. São Paulo: Paulus, 2005.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. *Entre têmis e leviatã: uma relação difícil*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

_____. *Do pluralismo jurídico à miscelânea social: o problema da falta da(s) esfera(s) da juridicidade na modernidade periférica e suas implicações na América Latina*. Trabalho apresentado do II Encontro Internacional de Direito Alternativo, realizado em Florianópolis, SC, 29 de setembro de 1993.

POLISTCHUCK, Ilana; TRINTA, Aluizio Ramos. *Teorias da comunicação: o pensamento e a prática do jornalismo*. Rio de Janeiro: Campus, 2003.

SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. *Autoritarismo e golpe na América Latina: breve ensaio sobre jurisdição e exceção*. São Paulo: Alameda, 2016.

_____. *Justiça na Sociedade do Espetáculo*. São Paulo: Alameda, 2015.

Investimento por estrangeiros: questões atuais

Andirá Cristina Cassoli Zabin Bonini e Nilo Junior de Oliveira

Introdução

São diferentes os prismas pelos quais são recorrentes e renovadas as questões acerca de investimentos em mercado de capitais realizados por não residentes. São questões que se pautam principalmente no aspecto fiscal, cambial ou mesmo do cumprimento de obrigações regulatórias impostas pela administração pública direta e indireta. Visto o longo período já percorrido desde a edição das primeiras normas que diziam respeito ao tema e as alterações regulatórias, nascem novas questões práticas decorrentes da interpretação do arcabouço regulatório disponível, as quais por vezes são esclarecidas formalmente pelos agentes reguladores, e por outras, quando estas últimas não são apresentadas, são “resolvidas” segundo as práticas de mercado. No presente artigo, buscou-se, além de traçar, muito brevemente, as diferenças entre as formas de investimento por investidores não residentes no

mercado de capitais brasileiro, também apresentar situações não reguladas, assim como as soluções dadas a elas.

1. Evolução regulatória dos investimentos por estrangeiros no Brasil

No dia 3 de setembro de 1962, entrou em vigor a Lei n.º 4.131 (“Lei 4.131”), a qual dispõe, dentre outros temas, sobre o registro de capital estrangeiro em empresas brasileiras, tornando-se desde então o principal texto legal a tratar sobre o tema, mesmo com as diversas alterações sofridas. É comumente mencionada na doutrina como *Estatuto do capital estrangeiro*.

Referida lei dispõe sobre o investimento direto de não residentes no capital social de uma sociedade empresária nacional que, no todo ou em parte, seja constituído mediante ingresso no país de recursos financeiros via operação cambial, ingresso de bens, ou mediante o reinvestimento dos rendimentos desses capitais.

Atualmente a referida lei é regulamentada pela Resolução n.º 3.844/2010, no seu Anexo I, e a Circular n.º 3.689/2013, com as alterações instituídas pela Resolução n.º 4.533/2016, e pelas Circulares n.º 3.814/2016, e n.º 3.822/2017, do Conselho Monetário Nacional (“CMN”) e Banco Central do Brasil (“BACEN”).

As normas pertinentes estabelecem que são as empresas receptoras de tais investimentos estrangeiros, as responsáveis pelo registro tratado na Lei 4.131. Esse registro é realizado diretamente no sistema de Registro Declaratório Eletrônico - Investimento Estrangeiro Direto (RDE-IED), no sítio eletrônico do BACEN. Tal registro por ser feito diretamente pelas empresas receptoras ou por intermédio de mandatários.

Além do investimento direto, a regulamentação infralegal brasileira trata especialmente dos investimentos em

mercado de capitais, precisamente em mercado organizado, de modo a propiciar a captação de recursos à economia junto ao público internacional.

Os valores mobiliários podem ser tomados como instrumentos de captação de recursos em massa, abarcando os títulos, mercadorias e contratos em geral.⁸

Sendo assim, no arcabouço de suas competências, o CMN editou em 2000, a Resolução n.º 2.689 (“Res. 2.689”), abrindo de forma mais ampla a possibilidade de investidores estrangeiros participarem no capital social das empresas brasileiras.

A Res. 2.689 trouxe como principais novidades, as seguintes condições:

- i - Os investidores não residentes passaram a poder investir nos mesmos produtos disponíveis para os investidores locais. Podendo também aplicar em fundos de investimento regulamentados pela Comissão de Valores Mobiliários (“CVM”), tornando-se livre o trânsito de investimentos em renda variável para a renda fixa e vice-versa;
- ii - Investidores institucionais e individuais passaram a poder investir no Brasil;
- iii - Investidores não residentes passaram a ter que nomear um representante, que fica responsável pela prestação de informações e registros junto ao BACEN e à CVM;
- iv - Os ativos financeiros e valores mobiliários negociados, bem como as demais modalidades de aplicações, devem estar registrados, custodiados ou mantidos em contas de depósito em instituição autorizada, ou ainda em sistemas de registro, liquidação e custódia; e

8. A Lei n.º 6.385 de 1976, em seu artigo 2º, traz o rol de títulos e negócios considerados como valores mobiliários.

- v - v- Como forma de dar maior incentivo a esta espécie de investimento, a União isentou de Imposto sobre a Renda os ganhos auferidos (diferença positiva entre compra e venda de ações em bolsas) pelo investidor não residente.

Os investimentos realizados com fulcro na Res. 2.689 passaram a denominarem-se Investimento em Portfólio.

Deve-se esclarecer que se diferenciam os investimentos feitos via a Lei 4.131 daqueles sob a égide da Res. 2.689. Apesar de ambas tratarem do investimento em empresas brasileiras por investidores estrangeiros, os investimentos que as tomam por base apresentam as seguintes diferenças:

- Lei. 4.131
 - a) Não apresenta benefício fiscal em relação ao ganho de capital pelo investidor não residente;
 - b) Os investimentos são feitos fora dos mercados de bolsa ou de balcão organizado;
 - c) O registro do ingresso junto ao BACEN é de responsabilidade da empresa receptadora;

- Res. 2.689
 - a) Há benefício fiscal na modalidade de isenção de Imposto sobre a Renda incidente sobre o ganho de capital do investidor não residente;
 - b) Os investimentos são feitos necessariamente em valores mobiliários negociados em mercado de bolsa ou de balcão organizado

- c) O investidor deve obter registro junto à Comissão de Valores Mobiliários – CVM;
- d) Os registros junto ao BACEN e CVM são de responsabilidade do representante do investidor.

De forma simplificada, a bem do melhor esclarecimento, podemos dizer que os investimentos diretos (Lei 4.131), em regra, visam os investimentos em empresas fora do ambiente de bolsa e de balcão, ou seja, em transações diretas entre o investidor e a empresa receptora. Já os investimentos sob o amparo da Res. 2.689 (investimentos em portfólio) são feitos no ambiente de bolsa ou de balcão organizado. Ocorre que em ambas as modalidades, o registro do ingresso no BACEN é indispensável. Esse registro é eletrônico, feito através da funcionalidade denominada Registro Declaratório Eletrônico (RDE), mais especificamente RDE-IED ou RDE-Portfólio, a depender das espécies aqui mencionadas. O registro inicial e suas atualizações subsequentes constituem requisito obrigatório para quaisquer movimentações com o exterior e devem ser providenciados antes do seu início.

A Res. 2.689 foi revogada pela **Resolução n.º 4.373, de 29 de setembro de 2014, do CMN (“Res. 4.373”)**, vigente desde 30 de março de 2015 até os dias atuais.

Assim como a Res. 2.689, a Res. 4.373 também trata do investimento por estrangeiro em portfólio. Porém, esta última trouxe inovações em relação a primeira, a qual se destacam as seguintes:

- Permissão para que os investimentos sejam feitos a partir de recursos em Reais mantidos no País nas contas de não-residentes desses investidores estrangeiros;

- Permissão expressa para a realização, independentemente de prévia autorização pelo BACEN, de operações simultâneas de câmbio e de transferências internacionais em Reais sem entrega efetiva dos recursos nos casos de (i) conversão de haveres de não residentes em investimento nos mercados financeiro e de capitais, (ii) transferência de aplicação de investidor não residente por meio do mecanismo de DRs para investimento estrangeiro direto e para aplicação nos mercados financeiro e de capitais, e (iii) transferência de aplicação de investidor não residente nos mercados financeiro e de capitais para a modalidade de investimento estrangeiro direto, e vice-versa; e

- O representante de investidor estrangeiro no Brasil deve ser uma instituição financeira ou instituição autorizada a funcionar pelo Banco Central.

Em meio a *vacatio legis* da Res. 4.373, a CVM editou a tão esperada Instrução n.º 560, de 27 de março de 2015 (“ICVM 560”), dispondo do registro, das operações e a divulgação de informações de investidor não residente no País, para investimentos regulados por aquela resolução.

Com base em tal instrução, algumas operações fora dos mercados organizados são permitidas, por exemplo: subscrição; bonificação; conversão de debêntures ou de outros títulos em ações; e pagamento de dividendos em valores mobiliários.

A ICVM 560 manteve praticamente as mesmas exceções a vedação a transferência, fora do Brasil, de posição entre Investidores Não Residentes, ou seja, aquelas oriundas de operações de cisão, fusão, incorporação, sucessão *causa mortis*, incorporação de ações e demais operações societárias que não resultem na modificação dos titulares finais dos ativos. Destaca-se que, por outro lado, afim de simplificar o procedimento, o representante legal deve apenas informar tais

transferências à CVM, dispensando-se que se postule, nesses casos, a autorização prévia da CVM, a qual restará apenas a fiscalização *a posteriori* do ato, podendo impor sanções quando identificar irregularidades.

2. Das recentes questões

O mercado de capitais se dirige à poupança interna e externa do setor produtivo, permitindo a realocação dos riscos, envolvendo tanto as entidades particulares quanto públicas que buscam a captação de recursos junto ao público, inclusive pela captação de recursos do exterior.

A Res. 4.373 tem como base fundamental a origem externa dos recursos ingressados no país para investimento em ativos em ambiente de bolsa de valores.

Comparando-se tal resolução à Res. 2.689, verifica-se que, a primeira ampliou o escopo do regulamento de seu Anexo I para alcançar aplicações nos mercados financeiro e de capitais dos recursos externos ingressados no País, por parte de investidor não residente, inclusive a partir das contas em moeda nacional de residentes, domiciliados ou com sede no exterior.

Tal acréscimo poderia ser entendido como de *dúbia interpretação*, especialmente, nos casos de investidores que deixaram de ser residentes no país, mas mantiveram no Brasil investimentos de origem nacional sem que tivesse ocorrido qualquer ingresso de recursos externos no país.

Tal situação levou a Advocacia Geral da União, através de sua Procuradoria Especializada, a se manifestar sobre o caso no âmbito da consulta realizada pela Superintendência de Relações com Investidores (SIN)⁹.

9. Processo CVM 19957.003456/201545

Em parecer emitido em 21 de janeiro de 2015, a Procuradoria Especializada entendeu que a necessidade de registro do investidor não residente e o conseqüente cumprimento das obrigações da Res. 4.373 dependeria do local de residência do investidor.

Deste modo, mesmo nos casos em que o investidor deixasse de residir no país, deveria, obrigatoriamente, providenciar o registro de não residente, a nomeação de representante no Brasil, e cumprir com as demais condições exigidas. O mesmo raciocínio se aplicaria nos casos de transferência de valores mobiliários por sucessão hereditária.

Este entendimento da norma teve implicações operacionais e poderia levar ao engessamento situações simples, como nos casos em que o investidor pretendesse meramente realizar tão e simplesmente a alienação dos ativos

Em abril de 2016, por meio do Despacho n. 00200/2016, tal posicionamento foi revisto pela Procuradoria Geral da União.

A divergir do posicionamento originalmente direcionado, a Procuradoria Geral da União entendeu que a redação do artigo 1º da Res. 4.373 exige a adaptação do investidor estrangeiro às exigências procedimentais da norma unicamente nos casos em que, efetivamente, ocorra o ingresso de recursos externos no Brasil com o fim de investimento portfólio.

Segundo tal entendimento a mudança textual da norma teve por objetivo permitir que investidores não residentes possam investir suas disponibilidades em reais nos mercados financeiro e de capitais sem a necessidade de converter a moeda nacional em estrangeira, por meio da contratação de câmbio.

Existem situações peculiares que devem ser analisadas a luz das normas aplicáveis ao investimento portfólio realizado por não residentes, porém, diante de suas particularidades, acabaram por exigir uma flexibilização de procedimentos e da própria interpretação das normas aplicáveis.

Um caso que deve ser tratado de acordo com suas peculiaridades diz respeito a situação do investidor que, quando residente no país, constituiu seu portfólio de investimentos em bolsa, porém, por questões diversas, assume uma condição de expatriado ou deixa de estabelecer residência no Brasil.

Com base no Despacho emitido pela Procuradoria Geral¹⁰, aos investidores que por qualquer motivo tenham deixado de manter residência no país, e que, antes da declaração de saída, possuísem investimentos em bolsa, não se poderá exigir a adequação de perfil e registro nos moldes da Res. 4.373.

O que justifica tal posicionamento, é a inexistência de ingresso de recursos no país para viabilizar a compra de ativos.

Tal raciocínio deve ser aproveitado para outras situações, como nos casos em que investidor não residente receba por força de sucessão hereditária ou doação, de ativos negociados no mercado financeiro e de capitais, mesmo que não deseje manter suas posições, desejando somente aliená-las para posterior remessa dos recursos para o exterior.¹¹

Outra situação peculiar diz respeito ao investidor não residente que tenha adquirido ativos no mercado nacional fora do ambiente bolsa de valores, seja por questões especiais, tal como por exemplo por atendimento a condições de planos de *stock option*, ou doação com finalidade de levantamento de legítima.

Nestes casos, seguindo as mesmas premissas aqui expostas, avaliando-se a existência ou não de ingresso de recursos no Brasil, não haveria necessidade de registro e o cumpri-

10. Idem

11. Brasil. Advocacia Geral da União. PROCURADORIA FEDERAL ESPECIALIZADA JUNTO À COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. DESPACHO n. 00200/2016/PFE CVM/PFECVM/PGF/AGU. 19957.003456/201545 Disponível em: < <http://www.agu.gov.br>>. Acesso em: 10 abril de 2017.

mento de demais condições legais da Res. 4.373 para a venda de posição em ações.

Em havendo o ingresso de recursos externos no Brasil, e não se tratando de permissões de transferência de ativos fora de ambiente organizado nos termos da ICVM 560, o interessado poderá solicitar autorização para aquisição ou alienação de valores mobiliários fora de bolsa de valores com utilização dos recursos externos ingressados no País.

Nos autos do Processo SEI 19957.004954/2016-96, a CVM analisou pedido especial de autorização para transferência de participação em companhia aberta fora do mercado organizado, nos termos do art. 19, § 1º, e art. 20, parágrafo único, da ICVM 560.

Tal solicitação se baseou na necessidade de alienação de ações mediante doação a seus herdeiros legais para fins de adiantamento de legítima. Tomando-se por base a natureza privada e gratuita da operação de doação, preservando-se a liquidez, transparência do negócio e supervisão, o Colegiado, por unanimidade, acompanhando a manifestação da área técnica, deliberou o deferimento do recurso interposto, autorizando a transferência de ativos nos termos do pedido apresentado.

No caso em questão, a doação aos herdeiros seria uma antecipação da transferência por sucessão *causa mortis* (cuja previsão consta no artigo 20 da ICVM 560), uma operação que (i) não configuraria propriamente uma negociação, com preço, comprador e vendedor; (ii) a doação é um negócio jurídico gratuito, e por isso não é passível de ser efetuada em qualquer tipo de mercado, que pressupõe a existência de preço; (iii) a transparência da operação não seria afetada, pois a doação seria informada à companhia, que divulgaria fato relevante sobre a questão.

Em havendo a aquisição de novos ativos no mercado brasileiro, necessário se fará o registro na CVM como investidor não residente, via Res. 4.373.

Tal posicionamento da CVM denota uma preocupação quanto a garantia da segurança jurídica das relações de mercado envolvendo investidores não residentes.

Conclusão

A progressiva internacionalização do mercado de capitais, tanto pelo aspecto de abertura para investidores estrangeiros no Brasil, quanto pelo acesso de companhias abertas em bolsas do exterior forçam a um controle do Estado sobre a fiscalização do mercado, e da Bolsa de Valores em si.

A qualidade do mercado brasileiro depende da criação de mecanismos adequados de funcionamento, da existência real do *full disclosure*, da transparência completa, especialmente, sobre a segurança dos negócios da bolsa.

O Direito deve acompanhar a evolução e adequação dos sistemas a nova realidade econômica, de forma a proporcionar seu aperfeiçoamento frente à economia, o Estado pode fortalecer a segurança do mercado.

Neste sentido, na medida em que novos fatos surjam, o mercado, e por consequência o regulador deverá buscar soluções de flexibilização da norma para assim permitir o avanço do Direito, e se evitar o engessamento do mercado.

O ingresso de valores no Brasil é fator determinante para se avaliar a necessidade do investidor se enquadrar às normas atinentes a investidores não residentes no Brasil.

A CVM tem se mostrado razoável em suas respostas relativas aos investimentos por estrangeiros, sempre apresentando, de forma muito técnica, as bases legais pertinentes aos seus posicionamentos, e interpretação, via de regra, protetiva aos interesses dos investidores e do mercado que regula, garantindo maior transparência a esta espécie de operação.

Bibliografia

ANDRADE JÚNIOR, Átila de Souza Leão. *O capital estrangeiro no sistema jurídico brasileiro*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

CASAGRANDE NETO, Humberto. *A abertura do capital de empresas no Brasil*. São Paulo: Atlas, 1989.

FONTENELE, Leopoldo C. *Aspectos do investimento internacional*. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1960.

PERRONE-MOISÉS, Cláudia. *Direito a desenvolvimento e investimentos estrangeiros*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

ROCHA, Bolívar B.M. As conseqüências institucionais do novo conceito de valor mobiliário: as competências do CMN, do Bacen e da COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. In: *Aspectos atuais do mercado financeiro e de capitais*. Coordenador Roberto Quiroga Mosquera. São Paulo: Dialética, 2000.

Sítios eletrônicos institucionais consultados:

BRASIL. Advocacia Geral da União. PROCURADORIA FEDERAL ESPECIALIZADA JUNTO À COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. DESPACHO n. 00200/2016/PFE CVM/PFECVM/PGF/AGU. 19957.003456/201545. Disponível em: <http://www.agu.gov.br>. Acesso em: 10 janeiro de 2018.

BRASIL. Advocacia Geral da União. PROCURADORIA FEDERAL ESPECIALIZADA JUNTO À COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. Memorando nº 98/2016. Disponível em: <<http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/decisoes/anexos/2016/20161004/0372.pdf>>. Acesso em: 15 de janeiro de 2018.

BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. Processo Administrativo SEI 19957.004954/2016-96. Disponível em: <http://www.cvm.gov.br/decisoes/2016/20161004_R1.html>. Acesso em 15 de janeiro de 2018.

<www.anbima.com.br>. Acesso em 15 de janeiro de 2018.

A contribuição dos pensadores jusracionalistas para a formação do Direito Internacional

Arthur Gustavo Saboya de Queiroz

Introdução

O Direito Internacional tem como finalidade regular, sem o poder de uma autoridade maior que o imponha, as relações entre Estados. Para realizar essa tarefa, tem sua construção assentada em preceitos universais, necessários para a convicção sobre a sua validade e observância.

Precisando fundamentar-se em um arcabouço filosófico que justificasse a sua existência, a formação do Direito Internacional sofreu grande influência do direito natural. Era o Direito das Gentes, dos povos. Isso ocorreu sobretudo a partir das reflexões de históricos jusnaturalistas, como os membros da Escola de Salamanca, Francisco de Vitória e Francisco Suárez, ciosos da necessidade de um direito universal.

A partir dos séculos XVII e XVIII, como ensina Carlos Santiago Nino, teve origem, a partir do movimento iluminista, o chamado jusnaturalismo racionalista. Essa perspectiva, embasada nos trabalhos de pensadores como Pufendorf e Wolff, propunha que o direito natural não derivaria desses mandamentos divinos, mas da própria estrutura da razão humana (NINO, 2015, p. 33).

O presente artigo se propõe a rever as contribuições desses elementos de jusnaturalismo no direito internacional, a partir da análise de alguns dos mais relevantes pensadores da chamada escola do jusnaturalismo racionalista. Para tanto, se baseará na divisão das três fases do movimento propostas por Franz Wieacker (WIEACKER, 1967, p. 303). Em um primeiro momento, abordará o diálogo entre o direito natural e o então direito das gentes a partir da obra de alguns dos pais fundadores do direito internacional, Francisco de Vitória, Francisco Suárez e Hugo Grotius. Após, passará a discorrer sobre o pensamento corrente em momento paradigmático para o direito natural, de maior difusão do jusnaturalismo racionalista a partir da obra de Grotius. Nesse contexto, serão trabalhados os filósofos Samuel Pufendorf e Gottfried Leibniz. Finalmente, em último tópico, serão avaliados dois dos pensadores inseridos na terceira fase do movimento, Christian Wolff e Christian Thomasius.

1. Direito Natural e das gentes na primeira fase do jusracionalismo

O direito natural do século XVI e início do século XVII foi espaço de grandes contribuições para a formulação do direito das gentes. É o chamado jusnaturalismo moderno (em contraposição ao jusnaturalismo antigo), cuja característica básica “consiste na face subjetivista que apresenta,

apartada do objetivismo antigo e medieval (FALCÃO, 2014, p. 177). Buscava-se ali um direito universalmente válido e de coerência que ensejasse o seu reconhecimento por seus destinatários. O ser humano deixa de ser visto como passivo receptor de suas normas, adquirindo o direito natural um caráter de norma humana, posta pela autonomia e atividade do sujeito (FALCÃO, 2014, p. 177). É nesse contexto em que são estabelecidas as ideias de alguns dos pais fundadores do direito internacional, dentre os quais podemos citar Francisco de Vitória, Francisco Suárez e Hugo Grotius.

Nesse tópico, serão abordadas as obras e reflexões desses três pensadores, sempre de forma a frisar elementos de sua doutrina de direito natural dialogando com a de direito das gentes, lançando assim as bases do que viria a ser o direito internacional sistematizado de fato.

1.1 Direito Natural e Direito das Gentes em Francisco de Vitória

O diálogo do direito natural com o direito das gentes se torna mais claro a partir dos estudos desenvolvidos na Escola de Salamanca, ainda na interseção entre o jusnaturalismo antigo e o moderno, e que teve o teólogo Francisco de Vitória como um de seus principais expoentes. Para esse pensador, a sociedade internacional seria orgânica e solidária, decorrendo dessa percepção a soberania limitada dos Estados (MELLO, 2004, p. 176). Esse pensamento é noção crucial para o direito internacional contemporâneo, pois enuncia não apenas a necessidade de comunhão entre as nações enquanto componentes de um mesmo espaço maior, como a própria existência desses outros Estados como um fator limitador do expansionismo, ensejando assim essa limitada soberania.

Foi, ademais, um crítico da interferência da teologia no direito *inter gentes* (MELLO, 2004, p. 176). Era Francisco de Vitória um defensor da noção de igualdade humana. A partir desses preceitos, chegava a criticar o avanço espanhol e a ingerência papal sobre o Novo Mundo, cujas terras deveriam pertencer aos seus nativos. Sobre o tema, envolto na noção de guerra justa, fez importantes apontamentos: a diversidade de religião e a ampliação do império não são causas para uma guerra justa, mas o recebimento de uma injúria, onde nem toda injúria seria suficiente para a declaração de uma guerra considerada justa (VITÓRIA, 2016, pp. 168-169). Percebe-se o grande avanço em relação à filosofia jusnaturalista medieval, motivadora, por exemplo, das cruzadas pela tomada de Jerusalém e subjulgo do império islâmico.

Percebe-se aí uma clara vinculação com o ideal de autodeterminação dos povos, tolhendo a sanha colonialista europeia. Esse posicionamento foi muito importante por partir a oposição à Coroa e ao papado de um influente pensador espanhol de tradicional universidade ibérica, ainda que a academia não tenha sido capaz de mudar a postura política dos monarcas.

Nessa seara, contudo, encontram-se algumas incongruências. Se Vitória defende o direito dos índios sobre suas terras, os insere ainda assim como alvo de uma possível guerra justa, que teria como um dos fundamentos a sua conversão. Conforme Vitória, caso as lideranças indígenas impedissem o trabalho de cristianização dos missionários espanhóis, poderiam ser alvo de deposição, sendo suplantados por príncipes cristãos afetos à catequização (NUSSBAUM, 1954, 81). Percebe-se aí uma concessão ao catolicismo, a despeito de frisar a proibição de qualquer catequização imposta, dada a invalidade da conversão forçada.

Percebe-se também concessões de Vitória ao reinado espanhol. Se apenas injúrias motivariam uma guerra justa, elas

seriam razoavelmente ambíguas, ainda que ele mesmo as limite. Diz-se isso porque acabou tolerando certa intrusão colonialista europeia na sociedade nativa. Ao assentir a humanidade dos nativos americanos, negava a existência de uma jurisdição universal e assentia a propriedade dos indígenas de suas terras, mas em um contexto que os sujeitava a certos preceitos que não eram seus. Poderiam sofrer de guerra justa, portanto, se violassem algumas dessas prerrogativas que julgava básicas entre as comunidades: o direito de comunicação e compartilhamento, que permitiria o casamento interracial, o direito de acesso a territórios, de aquisição de nacionalidade. Se os nativos impedissem, por exemplo, o ingresso espanhol no continente, poderiam ser algo de guerra justa, posto que estariam violando um preceito universal elementar (FASSBENDER, PETERS, 2012, p. 802). Ao final, apesar de perceber a sistematização lógica de um direito para os povos, acaba-se por concluir pela instrumentalização em prol dos interesses imperiais, ainda que racionalizados de forma mais restrita e sofisticada.

Francisco de Vitória é por muitos considerado um dos fundadores do direito internacional, ocupando o seus nomes de qualquer manual sobre a disciplina com alguma completude. Contudo, há fortes críticas a essa abordagem, que, segundo Paulo Emílio Borges de Macedo, seria fruto da ânsia de encontrar um pai fundador para o direito internacional, algo que a sua filiação à Ordem Dominicana e a posição pró conversão no tema da guerra justa tornaria controversa (MACEDO, 2012). Se mostra correto o posicionamento do autor. Apesar de reconhecer alguma sistematização internacionalista em sua visão jusnaturalista, ela parece algo adequada ao propósito do seu tempo. Impede-se algumas distorções, atualizando a doutrina conforme as reflexões de Tomás de Aquino. Não obstante, são criadas justificativas que abrem brecha à dominação de um povo por outro. Apesar disso,

se reconhece a sua importância para a formação do direito internacional através de posições convergentes com a visão jusnaturalista, tema igualmente tratado por Francisco Suárez, outro pensador da mesma escola.

1.2 Direito Natural e Direito das Gentes em Francisco Suárez

Com o pensamento de Francisco Suárez, é possível ver uma maior tentativa de separação entre direito natural e direito das gentes. Isso porque, segundo Suárez, o *ius gentium* seria antes direito positivo que direito natural, se baseando não na razão, mas no costume (CASELLA, 2014, p. 103). Seria um meio caminho entre o direito natural e o direito civil. Ainda que, à primeira leitura, isso represente uma ruptura, Suárez ainda tinha o direito natural como relacionado e importante influência para a formação desse sistema, de modo que muitos de seus escritos terão menções evidentes a aspectos jusnaturalistas.

Para Suárez, toda associação de seres humanos teria uma base moral. Toda *rule of law* criaria uma obrigação natural, onde violar a boa fé seria violar o direito natural (CANÇADO TRINDADE, 2016, p. 39). Com efeito, a noção de boa fé no cumprimento das obrigações possui forte base moral, elemento que se torna ainda mais preponderante ao nos depararmos com a dificuldade na imposição do cumprimento das obrigações acordadas no âmbito do direito internacional, dada a sempre frisada inexistência de autoridade capaz de exercer o legítimo uso da força para forçar o adimplemento do que foi pactuado.

Também para o direito internacional são as reflexões de Suárez sobre o bem comum, que em muito influenciaram a Grotius. Para ele, por três razões poderia a lei dizer-se um preceito comum: por ser produzida em comum acordo; porque deve ser comum a todos; porque deve ser conforme ao

bem comum (MACEDO, 2009, p. 116). Caminhava-se, assim, rumo ao universal. Se buscava-se uma disposição com vigência extraterritorial, essa formulação não deveria ser imposta, mas produzida conjuntamente, e pautada em benefícios à totalidade de seus direcionados.

Para Suárez, o fundamento, a razão de ser desse direito, seria o gênero humano. Apesar das divisões territoriais, existiria, no gênero humano, uma certa unidade, quase política e moral. Uma comunidade política, por sua vez, por mais perfeita que seja, não pode se bastar por si, demanda entre em relações com as demais, de forma que determinadas regras são necessárias (BARTHÉLEMY et al, 1904, p. 101).

Também é relevante a sua contribuição para a criação de um conceito de direito subjetivo, em torno de um poder ou faculdade moral que cada um tem sobre o que é seu e sobre aquilo que lhe devem. O direito natural moderno confere ao homem um determinado poder diante de toda a sociedade, uma liberdade que o indivíduo possui mesmo que outro ordenamento jurídico não lhe atribua (DAL RI JR. et al, 2014, p. 168). É um grande avanço em relação ao direito natural medieval, que representava um ordenamento, um conjunto de deveres impostos aos homens, designando meramente tarefas de caráter obrigatório, e, em certa medida, se opondo à liberdade do ser humano (DAL RI JR.; VELOSO; LIMA, 2014, p. 168)

Percebe-se com Francisco Suárez um claro avanço na formulação do jusnaturalismo rumo a um jusracionalismo. Entende-se que as formulações de Suárez não guardam o elemento político evidente em Vitória, formulando elementos de um direito das gentes mais atento às necessidades humanas. Para tanto, fortalece a importância da moral e da subjetividade. Como crítica, a ainda forte presença da religiosidade, ainda influenciando os rumos do direito. Com o início de um novo paradigma na relação entre os Estados, a Paz de Westfá-

lia, a cristandade deixará de ser elemento a nortear as relações internacionalistas (não obstante a religiosidade rotineiramente se manteve entre os principais pensadores jusnaturalistas). Nesse contexto, a sociedade internacional passa a evoluir ainda mais a partir das reflexões de Hugo Grotius, calcadas no aludido contexto político que por ele foi estudado.

1.3 Direito Natural e Direito das Gentes em Hugo Grotius

Com Hugo Grotius, o direito das gentes começa a tomar mais substância. Autor de grandes obras, como “O Direito da Guerra da Paz” (*de iure belli ac pacis*) e “Sobre o Mar livre” (*mare liberum*), Grotius sistematizou mais a fundo ideias que a partir daí se consolidariam no âmbito do direito internacional, influenciando autores como Emer de Vattel.

Grócio buscou ainda mais que seus antecessores remover a teologia do direito do direito natural. Para ele, o direito natural seria válido mesmo se admitido que não houvesse Deus (e Grotius era cristão) ou que os assuntos humanos não o interessassem (NUSSBAUM, 1954, p. 108). Como ensinam Eduardo Bittar e Guilherme Almeida, não é mais Deus ou a ordem divina o substrato do Direito, mas a natureza humana e a natureza das coisas, onde não haveria a possibilidade de uma sanção religiosa e o Direito Natural não mudaria seus ditames caso Deus não existisse, e nem por ele poderia ser modificado (BITTAR; ALMEIDA, 2015, p. 309).

Sua obra sobre a prática da guerra decorre de sua experiência como negociador no contexto da Guerra dos Trinta Anos (1618-1648), em que auxiliou, como diplomata, na conclusão dos tratados de paz que a puseram fim. Nesse contexto, discorreu, em *de iure belli ac pacis*, sobre temas como a soberania e o império. Conforme explica Casella, entendia

Grotius necessário manter o foco em relação ao conteúdo da soberania, lecionando que um povo seria livre quando não submetido à dominação de nenhuma outra nação (CASELLA, 2014, p. 369). É esse o momento de afirmação do Estado moderno, do Estado soberano.

Sobre a mesma obra, entende Celso Mello que é o primeiro estudo sistemático de Direito Internacional, dando início à moderna doutrina no tema. Não obstante, frisa o seu ecletismo, admitindo um direito natural e um direito voluntário, onde o segundo não pode ter normas em contradição com o primeiro (MELLO, 2004, p. 178). Assim, para Grotius, a despeito da existência de um direito assentido entre as partes, deve haver, para a sua validade, a plena conformidade de seus dispositivos.

O *mare liberum* é obra marcante, capítulo de outro trabalho seu, o “Do Direito da Presa” (*de jure praedae*). Nesse trecho, discorre sobre a liberdade nos mares, em oposição ao preceito do *mare clausum*, defendido pelas potências dos mares Portugal e Espanha. Da mesma forma que o *de iure belli ac pacis* se insere em um contexto de consagração da soberania estatal, o *mare liberum* é, igualmente, uma obra inserida no contexto de seu tempo. Nesse momento de grandes navegações, os Países Baixos, por meio de suas companhias de comércio, buscava ascender nesse tipo de intercâmbio. Por isso, defende Celso Mello que esse posicionamento de Grotius visava basicamente a defesa dos interesses holandeses no comércio marítimo (MELLO, 2004, p. 177). Não obstante as controvérsias sobre a suposta motivação política do trabalho, a ideia de um alto mar livre em livre navegação consolidou-se no direito internacional, sendo hoje consubstanciada hoje no princípio da liberdade de navegação.

Defendia Grotius que o mar era insuscetível de apropriação, posto que associado ao direito natural de comunicação, deveria ser respeitada a sociabilidade humana. Assentava sua

tese em três posições: os portugueses não tinham a soberania sobre os países e as populações das regiões conquistadas, isso era vedado a qualquer nação; os portugueses não podiam possuir mar algum; nenhuma nação tinha o direito de monopolizar o comércio de além-mar (ZANELLA, 2017, p. 60).

O pensamento de Hugo Grotius foi paradigmático para a formação do direito internacional. Ainda que os seus antecessores tenham parcela de contribuição para a disciplina, com Grotius ela foi mais sólida, passando a estabelecer temas até hoje frequentes no âmbito dos estudos internacionalistas, como os mencionados Direito da Guerra e Direito do Mar. Sua obra acabou por influenciar cabalmente os juristas que o sucederam na evolução da disciplina, entre os quais aqueles inseridos no jusnaturalismo racionalista, que será agora abordado.

2. O Direito Natural e das Gentes na segunda fase do jusnaturalismo

A partir da obra de Grotius, as reflexões sobre o direito natural e o direito das gentes evoluíram em sua sustentação, baseando-se em pressupostos cada vez menos cristãos e mais atentos aos problemas de ordem prática. Esse contexto contribuiu para a consolidação do jusnaturalismo racionalista, sobretudo a partir da obra de autores alemães, como Pufendorf e Leibniz, que em muito se aproveitaram da obra de seus antecessores, além de contribuírem para a evolução da corrente.

Assim, nesse tópico, serão brevemente comentadas algumas das reflexões desses dois pensadores, com vistas em esclarecer a sua relevância para a construção do direito internacional, considerando sempre as suas posições inseridas nesse âmbito de pensamento juracionalista.

2.1 Samuel Pufendorf

Samuel Pufendorf foi catedrático de direito internacional e natural da Universidade de Heidelberg. Discípulo de Grotius, também pode visualizar a construção da Paz de Westfália, que também impactou sua filosofia.

Na obra *Elementa iuris prudentiae universalis*, de 1660, Pufendorf já inseria o direito das gentes como fundamentado no direito natural. Adepto da guerra justa, dizia que nesta, somente o direito natural a poderia determinar, pois não teriam caráter jurídico as práticas costumeiras, já que os conflitos como regra se faziam por ambição e visando o lucro (CASELLA, 2015, p. 419).

Para Pufendorf, o homem entregue à condição natural estaria reduzido a pouco mais que um animal: mudo, desprovido de proteção, em luta. Por isso, a comunidade seria fundamental, o que enseja que qualquer vantagem será devida à ajuda humana que os homens dão uns aos outros (BITTAR, ALMEIDA, 2015, p. 313). O direito natural seria uma lei de garantia da sociabilidade. Diferentemente do estado de natureza, a condição social traria, portanto, compensações. “Em um estado de natureza todo homem deve contar apenas com sua própria força; enquanto, em uma comunidade, todos estarão do seu lado” (BITTAR, ALMEIDA, 2015, p. 314).

Entendia Pufendorf, fortemente influenciado por Grócio, que o fundamento do Direito Internacional era a *Socialitas*, a sociabilidade, uma categoria universal da forma objetiva e ética do valor da humana. A sociabilidade compreende a totalidade dos comportamentos sociais, com valor ético (MENEZES, 2014, p. 86).

O fundamento do direito internacional possuiria uma dimensão axiomática, a qual é dotada de uma universalida-

de acerca de um atributo do gênero humano: a possibilidade de sua imputabilidade. Na medida em que o fundamento é entendido como as razões de fato e de direito que obriam ao cumprimento das normas de direito internacional, o ser humano tem o dever de cumpri-las, por força dessa dimensão axiomática que Pufendorf entende ser a base de toda a convivência social entre seres humanos a partir do direito (MENEZES, 2014, p. 91). O direito não seria propriamente internacional, mas universal, e atemporal.

Pufendorf frequentemente seguiu uma postura voluntarista. Entendia que, se a bondade e a maldade são características das condutas humanas derivadas da conformidade como uma norma ou lei ou da desconformidade com ela, e já que a lei é o comando do superior, não seria possível conceber a bondade ou a maldade com anterioridade à lei e à imposição de um superior (FALCÃO, 2014, p. 180).

A característica marcante da teoria da ordem internacional de Pufendorf é reconhecível a partir dos fundamentos de sua filosofia moral. Nesse pensamento, Estados soberanos, enquanto entidades naturais, realizariam suas ações, como a ampliação de seu espaço físico, em um estado de natureza. As relações entre entidades soberanas, assim, se inseririam nesse contexto, um estado de natureza dito qualificado, real, não fictício (KADELBACH et al, 2017, p. 200). Importante ponto a se notar acerca da teoria do direito das nações de Pufendorf, portanto, é que ele compartilha as ideias de Hobbes de que o direito não é nada mais que o direito natural aplicado ao Estado (FASSBENDER, PETERS, 2012, p. 813). É possível traçar um paralelo dessa reflexão com a própria construção das relações internacionais, onde imperaria uma anarquia, entendida essa como a ausência de uma autoridade que exerça um poder central.

O direito natural de Pufendorf é concebido através do comando divino, mas, não obstante, seu conteúdo decorre da experiência empírica e da inferência que parte dessas observações (FASSBENDER, PETERS, 2012, p. 813). Percebe-se claramente a tentativa de racionalizar o direito natural, elemento típico de sua corrente filosófica, que segue abordada nesse artigo, agora através de breves considerações sobre o pensamento de Leibniz.

2.2 Gottfried Leibniz

Leibniz se propôs a estudar uma concepção de paz para a Europa. Esse posicionamento, contudo, como leciona Casella, partiria da constituição de um império equitativo, de modo que ele não propunha um modelo de convivência harmônica, mas a conveniência de que os europeus, aos invés de utilizarem a sua força uns contra os outros, deveriam fazê-lo contra outros povos, rumo a uma expansão da cristandade (CASELLA, 2015, p. 660).

De fato, Leibniz possui forte vinculação do seu jusnaturalismo aos preceitos cristãos, atrelando-os a um vasto conhecimento político, de modo que sua obra se direciona em boa parte a vida político-internacional de seu tempo (TRUYOL Y SERRA, 1970, p. 183). Seu interesse nessa seara é demonstrado pelo seu interesse pelo estudo sistemático dos tratados, dos quais foi um grande compilador, tendo com esse propósito realizado a obra *Codes Iuris Gentium Diplomatici*, em 1693 (NEFF, 2014, p. 190).

O pensamento de Leibniz no campo do direito das gentes gerou frutos. Dentre os difusores de suas obras, esteve seu aluno Wolff, de quem trataremos no próximo tópico, iniciando os comentários sobre a terceira fase do jusnaturalismo e finalizando o trabalho.

3. O Direito Natural e das Gentes na terceira fase do jusnaturalismo

Podemos ver nessa terceira fase do movimento jusracionalista uma consolidação do direito das gentes, já em processo de sistematização desde Grotius. Sobre esse momento, foram selecionados os filósofos Wolff e Thomasius, os quais serão objeto de breves considerações acerca de seu papel nesse movimento.

3.1 Christian Wolff

É possível ver Christian Wolff como um segundo Grotius, onde o primeiro teria elevado o direito internacional à condição de ciência autônoma, enquanto Wolff teria estabelecido a ordem completa, inscrevendo o direito internacional em um sistema (NEFF, 2014, p. 705).

Cumprir destacar a sua premissa central, onde a fonte de todo o direito residiria na natureza humana. Assim aborda nas suas “Institutas de direito natural e das gentes”, afirmando que na própria natureza humana em nexo contínuo são deduzidos todos os direitos e todas as obrigações (FASSBENDER, PETERS, 2012, p. 623). Percebe-se aí novamente uma clara eliminação da natureza divina do direito natural, tendo inclusive as suas reflexões acerca da desnecessidade da crença em uma divindade para uma fundamentação calcada na moral lhe causado fortes perseguições e ensejado a sua expulsão do território da antiga Prússia (NEFF, 2014, p. 183). Com efeito, a obra de Grócio influenciou a noção de *civitas maxima*, pois seriam as leis naturais a elaboração de um Direito Natural das Nações, que formariam as leis dessa grande sociedade civil, desde que adaptadas aos novos sujeitos de direito (MENEZES, 2014, p. 86).

O conceito de sistema internacional preconizado por Wolff, onde a *civitas maxima*, o superestado, incluiria a comu-

nidade de Estados que partilharia de elementos e características comuns a todos eles, não permitiria que qualquer Estado ou civilização fosse excluída da teoria. Nesse sentido, não seriam apenas os Estados europeus do sistema pós-vestfaliano que deveriam ser considerados, mas toda a comunidade internacional reconhecida à época (MENEZES, 2014, p. 103-104). Percebe-se nessa reflexão um enfoque trans-civilizacional, tema ainda abordado modernamente por autores que se contrapõem a um direito internacional de base europeia.

As nações devem pautar suas relações como entre as pessoas livres vivendo em estado de natureza. Isso deve ocorrer porque, assim como entre os indivíduos, existe entre os Estados uma lei natural, de onde decorrem os mesmos direitos e obrigações. Esse sistema de direitos e obrigações, por sua vez, constituiria o direito das gentes natural ou necessário (BARTHÉLEMY et al, 1904, p. 459). Percebe-se aqui uma clara vinculação com o pensamento de Pufendorf, remetendo a circunstância das relações entre nações a um contexto de ausência de imposição pelo uso da força, mas tão somente por critérios morais.

Fala também Wolff em um direito internacional “voluntário”, dividido em três ramos. O primeiro seria o *jus gentium pactitium*, que vincula somente os estados, que o tenham contratado, sob a forma de tratados e obrigações. É um consentimento expresso do Estado. O segundo, *jus gentium consuetudinarium*, corresponde ao direito costumeiro, consentimento tácito dos Estados. O terceiro, baseado no consentimento presumido dos Estados, seria o *jus gentium voluntarium*, que, além de abranger o direito internacional propriamente dito, englobaria também a cortesia internacional (CASELLA, 2015, p. 622).

Wolff, apesar de menos discutido que seus contemporâneos, foi um grande pensador dessa terceira fase do jusnaturalismo racionalista. Passemos agora a outro filósofo desse momento, Christian Thomasius.

3.2 Christian Tomasius

Ainda no âmbito do jusnaturalismo racionalista, importante foram as contribuições de Christian Tomasius. Definindo o direito das gentes como aquele que é utilizado por todos os povos, afirma que este se aproximaria mais do direito natural que do direito positivo por ser geralmente imutável, consequência de não ter um legislador (CABRAL, 2016).

Livre da influência de Pufendorf, proclama o direito natural como a lei inscrita no coração de todos os seres humanos e que os obriga a fazer aquilo que é necessariamente conforme a natureza do ser humano racional e a abster-se daquilo que repugna à citada natureza humana (FALCÃO, 2014, p. 181).

Para Tomasius, o direito das gentes não era nem *justum*, o direito, nem *honestum*, a moral. Seria, na verdade, uma regra de cortesia diplomática (*decorum*). Apesar desse desconsideração da capacidade do direito internacional de se fazer valer, percebe-se nessa reflexão uma defesa de seu cumprimento, posto que, enquanto regra de cortesia, se valeria de elementos que direcionassem à sua observância, sob pena de realizar uma atuação em dissonância com o esperado nesse espaço de tratativas (KADLWACH, KLEINLEIN, ROTH-ISIGKEIT, 2017, p. 392).

Após esse período, o jusnaturalismo racionalista acabou por entrar em decadência, tendo enfrentado forte embate perante os críticos de sua vinculação com o direito natural, que passou a entrar em decadência, até ser definitivamente suplantado pelos ideais positivistas. Não obstante, a contribuição de Tomasius, ainda que na esfera da mera influência filosófica, permanece, bem como dos demais partícipes do movimento jusracionalista.

Considerações finais

Pretendeu-se, nesse trabalho, abordar alguns elementos do pensamento jusracionalista que viriam a influenciar na

formação do moderno direito internacional. Nesse sentido, traçou-se o desenvolvimento dessa corrente em três fases, conforme a obra de Franz Wieacker.

Percebe-se nesse desenvolvimento uma clara evolução, saindo de um direito primitivo para um direito universal. Promoveu-se um processo de estabelecimento do pensamento jusracionalista, que desaguardaria na própria sistematização do direito internacional. Não obstante, ainda percebia-se uma clara interferência dos assuntos de Estado nesse direito, atento aos interesses das monarquias soberanas. Aos poucos, essa interferência foi amenizada, bem como foi dissipada a interferência religiosa.

Referências

BARTHÉLEMY, J. *et al.* **Les Fondateurs du Droit International**. Paris: Libraires-Éditeurs, 1904.

BITTAR, E. C. B; ALMEIDA, G. A. **Curso de Filosofia do Direito**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CABRAL, G. C. M. Thomasius e o Direito Natural. **Sequência**, Florianópolis, n. 72, p. 145-168, abr. 2016. Disponível em: <<http://bit.ly/2uM0fSX>>. Acesso em 29 jun. 2017.

CANÇADO TRINDADE, A. A. Prefácio. In: VITÓRIA, Francisco de. **Relectiones sobre os índios e sobre o poder civil**. Brasília: FUNAG, 2016.

CASELLA, P. B. **Direito Internacional no Tempo Clássico**. São Paulo: Atlas, 2015.

CASELLA, P. B. **Direito Internacional no Tempo Moderno**: de Suárez a Grócio. São Paulo: Atlas, 2014.

DAL RI JR. Arno.; VELOSO, P. P. A.; LIMA, L. C. **A formação da Ciência do Direito Internacional**. Ijuí: Unijuí, 2014.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Curso de Filosofia do Direito**. São Paulo: Malheiros, 2014.

FASSBENDER, Bardo; PETERS, Anne (Orgs.). **The Oxford Handbook of the History of International Law**. Oxford: Oxford University Press, 2012

KALDELBACH, Stefan; KLEINLEIN, Thomas; ROTH-ISIGKEIT, David (Orgs.). **System, Order and International Law: the early history of international legal thought from Machiavelli to Hegel**. Oxford: Oxford University Press, 2017.

MACEDO, P. E. V. B. O mito de Francisco de Vitória: defensor dos direitos dos índios ou patriota espanhol? **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 9, n. 1, p. 1-13, jan/jun. 2012. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/1602/1591>>. Acesso em 30 jun. 2017.

MACEDO, P. E. V. B. **O nascimento do Direito Internacional**. São Leopoldo: UNISINOS, 2009.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Fundamentos do Direito**. São Paulo: Atlas, 2010.

MELLO, C. D. A. **Curso de Direito Internacional Público**. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

MENEZES, Wagner (Org.). **Direito Internacional Clássico e seu fundamento**. Belo Horizonte: Arraes, 2014.

- NEFF, Stephen C. **Justice Among Nations: A History of International Law.** Cambridge: Harvard University Press, 2014.
- NINO, Carlos Santiago. **Introdução à Análise do Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2015.
- NUSSBAUM, Arthur. **A Concise History of Law of Nations.** 2. ed. Londres: MacMillan, 1954.
- TRUYOL Y SERRA, António. **Fundamentos de Derecho Internacional Público.** 3. ed. Madrid: Tecnos, 1970.
- VITÓRIA, Francisco de. **Relectiones: sobre os índios e sobre o poder civil.** Brasília: Funag, 2016.
- WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado.** 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1967.
- ZANELLA, Tiago Vinicius. **Manual de Direito do Mar.** Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

A adesão do Brasil a organização para cooperação e desenvolvimento econômico

Rafael de Paiva Matias

Introdução

Este trabalho aborda a Adesão do Brasil na Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), assim sendo uma forma dos países membros, buscarem uma convergência normativa no que tange a defesa da concorrência. Contudo, este fato passa a trazer a necessidade de ser avaliado pelos pesquisadores do direito, bem como uma maior análise acerca da defesa da concorrência em termos internacionais.

A partir disso, o presente trabalho trará uma reflexão sobre a seguinte questão: a ordem jurídica brasileira está preparada para receber as recomendações da OCDE? Desta forma o desenvolvimento desta pesquisa descritiva e bibliográfica, justifica-se pela necessidade de entender se os mecanismos regulatórios adotados na OCDE são de fato, compatíveis com os institutos

brasileiros, e se não existe na ordem econômica internacional mecanismos mais condizentes para a adesão brasileira.

O presente trabalho é composto por três partes, na qual a primeira remete-se a um relato histórico sobre a legislação antitruste brasileira, partindo do decreto Malaia e caminhando pelas constituições que passaram a considerar cada vez mais o antitruste até a atual Lei 12.529/2011, que regula o antitruste no Brasil. Na segunda parte do trabalho uma descrição detalhada da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE). Na terceira parte será analisada as vantagens e desvantagens na adesão a OCDE, com o intuito de chegar a conclusão se isto será mais ou menos benéfico ao Brasil.

1 Evolução do sistema de proteção à concorrência no Direito Brasileiro

1.1 O antitruste no Brasil

Para iniciar a abordagem deste tema é importante, entender que após a revolução industrial as normas anticoncorrenciais começam a ser necessárias. Mediante a árdua briga de mercado, os lucros passam a decair de maneira expressiva para os comerciantes, tornando-se mais lucrativa a formação de cartéis, para que seja mantido o preço e, por conseguinte, um lucro entendido como razoável. Com isso passou-se a observar que o mercado, agindo de forma livre, acabava por gerar distorções, sendo necessário a regulação estatal com o intuito de não lesionar a população de forma geral, e ainda, possibilitar o desenvolvimento da economia com o incentivo que apenas um mercado, no qual a concorrência seja praticada de forma ampla, pode oferecer.

Nesse sentido, duas escolas de pensamento tiveram bastante influência no direito concorrencial, sendo a primeira, a

escola de Harvard, que “parte do pressuposto que empresas com poder econômico estão propensas a utilizar sua posição dominante, para ofuscar a competitividade de mercado.” (FORGIONI, 2016, p. 172-173).

E por outro lado, a escola de Chicago, “defende a menor participação possível do Estado na regulamentação da economia, sendo assim a concorrência deveria desenvolver-se livremente. Observado também o uso de um direito positivo e sem interferências políticas.” (FORGIONI, 2016, p. 175).

Cabe destacar que o Brasil foi colônia de exploração, ou seja, não houve qualquer interesse em desenvolver o local explorado pela metrópole. E esta configuração manteve-se até a invasão napoleônica em Portugal, que forçou a vinda da família real portuguesa para o Brasil.

Não se pode prosseguir o estudo do antitruste brasileiro sem mencionar Agamemnon Magalhães (ministro do trabalho, na segunda parte da “Era Vargas”), que instituiu o Decreto-Lei 7.666/1945 (ficou conhecida como Lei Malaia¹²), com o intuito de disciplinar de forma firme e direta os abusos de poder econômico. Apesar do Decreto-Lei ter sido revogado com menos de três meses pelo presidente provisório José Linhares após a queda de Getúlio Vargas, ressalta-se que esta foi a primeira norma brasileira de orientação ao antitruste.

Faz-se necessário destacar que no Brasil não há impedimento para a posição dominante em si, sendo esta decorrente de sua eficiência natural. Mas é ilícito utilizar do poder econômico para restringir a concorrência como anteriormente mencionado. (FORGIONI, 2016, p. 275).

12. Paulo Germano Magalhães afirmou que, devido a traços e características orientais, Agamemnon Magalhães era conhecido pelo apelido de Malaio, decorrente daí o nome “Lei Malaia”. (REVISTA DO CADE, n. 4, p.11 apud FORGIONI, 2016, p. 106).

Desta forma, observa-se que a posição dominante em si não é causa de infração a ordem econômica, porém abusar dela, sim. Essa posição dominante pode ocorrer de várias formas, tais como: detenção de parcela substancial de mercado¹³, barreiras à entrada de novos agentes econômicos¹⁴, dependência dos consumidores¹⁵, potência econômica da empresa¹⁶, estrutura avançada da empresa¹⁷, domínio de tecnologia¹⁸ e domínio dos canais de distribuição¹⁹, contudo, deixa-se claro que esta não é uma lista exaustiva dos tipos de posições dominantes, porém procura-se estabelecer, alguns dos fatores de posicionamentos dominantes.

1.2 A constituições de 1934 e 1937

A constituição de 1934, em seu artigo 115, eleva a um nível constitucional a defesa da liberdade econômica, *in verbis*:

13. Conhecida como *Market Share*.

14. Quando existem barreiras à entrada de novos concorrentes com preços competitivos, por exemplo, em caso de alta tributação, isso pode favorecer as empresas que já atuam no mercado geográfico e com isso pode favorecer uma posição dominante. (FORGIONI, 2016).

15. Por vezes a posição dominante se dá, quando os consumidores pela confiança demasiada em determinado produto, torna-se dependente do mesmo. (FORGIONI, 2016).

16. Ocorre que, a empresa ou o conglomerado de empresas podem possuir tanta potência econômica que passa a estar em posição dominante. (FORGIONI, 2016).

17. Nesse contexto, a empresa passa a executar todas as áreas do processo, com isso o seu preço passa a ser muito menor do que os demais concorrentes. (FORGIONI, 2016).

18. Em determinado momento a empresa pode estar com o domínio de tecnologia de forma tão apurada, que isto a coloque em situação diferenciada no mercado. (FORGIONI, 2016).

19. Nesse quesito, é necessário ressaltar que quando a empresa detém domínio dos canais de distribuição, pode significar o controle de mercado. (FORGIONI, 2016).

“A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica”. Porém, conforme Eduardo Gaban e Juliana Domingues, “nesse período não houve a elaboração de lei específica, para regular a competição no mercado, salvo exceção do Código de Propriedade Intelectual” (2016, p.83). Contudo, torna-se mais expressivo esta defesa, com a constituição de 1937, pois está abarcado nos artigos 135 e 141, cumpre destacar, que além de estes dois artigos consagrarem a defesa da liberdade econômica, não seria o bastante sem o Decreto-lei 869/1938, que consagra o início do antitruste no Brasil, em sua forma constitucional, uma vez que traz a punição para atividades que sejam anticoncorrenciais, na seguinte forma:

Art. 1º Serão punidos na forma desta lei os crimes contra a economia popular, sua guarda e seu emprego.

Art. 2º São crimes dessa natureza:

[...]

III - promover ou participar de consórcio, convênio, ajuste, aliança ou fusão de capitais, com o fim de impedir ou dificultar, para o efeito de aumento arbitrário de lucros, a concorrência em matéria de produção, transporte ou comércio;

IV - Reter ou açambarcar matérias primas, meios de produção ou produtos necessários ao consumo do povo, com o fim de dominar o mercado em qualquer ponto do país e provocar a alta dos preços;

V - Vender mercadorias abaixo do preço de custo com o fim de impedir a concorrência (grifo nosso).

Contudo, esses dispositivos nascem não da ligação entre liberalismo econômico e a atividade concorrencial, porém sob a ótica de tutelar o consumidor das práticas abusivas do mercado.

1.3 Leis de defesa da concorrência e a criação do CADE

A Comissão Administrativa de Defesa Econômica (CADE), foi criada, inicialmente pelo ministro do trabalho, Agamennon Magalhães, pela Lei Malaia²⁰, com o objetivo de averiguar as práticas contrárias aos interesses da economia nacional²¹, porém a mesma foi revogada após Getúlio Vargas ter sido deposto.

Apesar desse aparente atraso na criação do referido órgão, observa-se que na constituição de 1946, em seu artigo 148, frisou-se a repressão ao abuso do poder econômico, contudo, o Projeto 122/1948, proposto pelo então Agamenon Magalhães em 1948, só foi sancionado, em 10 de setembro de 1962, quando foi finalmente criado o Conselho Administrativo de Defesa Econômica, conforme estabelece a Lei 4.137/62, “com a incumbência de apurar e reprimir os abusos do poder econômico, nos termos desta lei”. (BRASIL, 1962).

Porém não demorou para que este órgão fosse fortemente desacreditado, segundo Paula Forgioni (2016), Eduardo Gaban e Juliana Domingues (2016), tendo em vista que até 1974, o CADE só havia julgado 11 casos e em somente um

20. Art. 19. A fim de dar cumprimento ao disposto neste decreto-lei, fica criada a Comissão Administrativa de Defesa Econômica (C.A.D.E.), órgão autônomo, com personalidade jurídica própria, diretamente subordinado ao Presidente da República. (Lei 7.666/1945)

21. Estas seriam, a elevação dos preços de venda dos respectivos produtos, supressão da liberdade econômica ou a influência do mercado de modo favorável ao estabelecimento de um monopólio. (FORGIONI, 2016, p. 108).

houve a condenação. Nas palavras de Bandeira (1979, p. 136), naquele período: “(...) o CADE, em todos os seus anos de existência sempre se caracterizou pela inoperância, jamais tomando qualquer atitude para coibir os abusos do poder econômico, que lhe chegaram ao conhecimento”

Urge salientar que em 1991, o novo governo, sem revo-
gar a Lei 4.137/62, promulgou a Lei 8.158/91, que instituiu
a Secretaria Nacional de Direito Econômico (SNDE) vincu-
lada ao Ministério da Justiça e depois denominada de Secre-
taria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE/
MJ), passando a atuar conjuntamente com o CADE.

Ainda assim, promulgou-se em 1994 a Lei 8.884, que
trouxe uma sistematização da matéria antitruste e transfor-
mou o CADE em uma autarquia federal, conforme pode-se
verificar, pelo artigo 3º, desta Lei:

**Art. 3º O Conselho Administrativo de Defesa
Econômica (CADE), órgão judicante com juris-
dição em todo o território nacional, criado pela
Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962, passa a
se constituir em autarquia federal, vinculada ao
Ministério da Justiça, com sede e foro no Distri-
to Federal, e atribuições previstas nesta lei.**

Posteriormente, com a promulgação da Lei 12.529/2011,
manteve-se o sistema de defesa da livre concorrência, admi-
tido pela Lei 8.884/94²², assim como o triplo foco de atua-
ção, qual seja: (i) o controle de estruturas, (ii) o controle de

22. Art. 54. Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do CADE. (Revogado pela Lei nº 12.529, de 2011).

condutas anticoncorrenciais e a (iii) a advocacia da concorrência. Por consequência disto, o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), no sistema atual²³, é composto pelo CADE²⁴ e Secretaria de Acompanhamento Econômico, vinculada ao Ministério da Fazenda (SEAE).

O objetivo do CADE é reprimir os abusos do poder econômico, no que tange aos prejuízos que venham a ser causados pelas empresas aos consumidores. As práticas consideradas lesivas aos consumidores recebem sanções que vão desde multas até a cisão de sociedade. Para respaldar e dar efetividade a suas decisões, o CADE conta com ampla soma de prerrogativas, sendo-lhe facultado solicitar informações às empresas quando desejar, examinar sua contabilidade e aplicar sanções no caso de não ser atendido.

Não obstante, pode solicitar a assistência e a colaboração das autoridades e serviços federais ou autárquicos, sujeitando-os à pena de suspensão ou demissão caso venham a difi-

23. Principais inovações: (i) Restruturação do SBDC, ao passo que secretaria de acompanhamento econômico do Ministério da Fazenda, teve suas funções diminuídas, cabendo a ela promover a concorrência junto a própria administração, enquanto o CADE incorporou a SDE, e passou a ser composto por um Tribunal Administrativo e Superintendência-Geral. (ii) Imposição de dever de apresentação prévia dos atos de concentração, ou seja, sem a aprovação do CADE os atos de concentração não podem ser consumados (art. 88, §3º). (iii) Aumento do poder da Administração Pública, principalmente no que tange aos poderes que envolve o ato investigatório em relação ao disposto em lei anterior. (iv) Modificação da forma de cálculo das multas por infração à ordem econômica, desta forma passou a ser de 0,1% a 20% do valor de faturamento bruto do último faturamento anterior a instauração do processo administrativo (v) Aumento dos recursos materiais à disposição do CADE, com a criação de 200 cargos de “especialistas em políticas públicas e gestão governamental” para exercício no CADE. (FORGIONI, 2016, p. 127-128).

24. Composto por três órgãos: (i) Tribunal Administrativo de Defesa Econômica. (ii) Superintendência-Geral. (iii) Departamento de Estudos Econômicos.

cultar ou retardar sua ação. Para instruir os processos, conta com o apoio da Secretaria de Direito Econômico (SDE), do Ministério da Justiça, e da Secretaria de Assuntos Econômicos (SEAE), do Ministério da Fazenda.

1.4 A lei 12.529 de 2011

A entrada em vigor da nova lei antitruste brasileira, reformulou o funcionamento do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), definindo um novo esquema organizacional, sendo agora composto pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (SEAE/MF).

O CADE passou a ser composto por três órgãos: Tribunal Administrativo, Superintendência-Geral e Departamento de Estudos Econômicos. O Tribunal Administrativo assumiu as atribuições do plenário do CADE, julgando os processos administrativos de infração à ordem econômica e avaliando os atos de concentração. A Superintendência-Geral assumiu as atribuições da atual SEAE/MF, conduzindo as investigações e propondo as possibilidades de acordo ou restrições aos atos de concentrações. O Departamento de Estudos Econômicos tem uma função exclusivamente técnica, sendo dirigido por um economista-chefe e com a obrigação de elaborar estudos e pareceres econômicos. Com isso, a SEAE/MF adota o papel de advocacia da concorrência, opinando sobre os aspectos concorrenciais de normas e políticas em vigor

Ainda, dentre as principais mudanças da nova lei antitruste, salienta-se a necessidade da aprovação prévia do CADE nas operações de fusões e aquisições. Na lei anterior, a análise do CADE ocorria após o ato “concretizado”, porém essa sistemática foi alterada, conforme salientado anteriormente.

Também se alterou a forma de punir os atos anticoncorrenciais, através da cobrança de um percentual de faturamento do ramo de atividade da infração. Isso se mostra mais justo frente ao que antes ocorria, pois, o parâmetro utilizado recaio sobre o percentual do faturamento bruto da empresa, independente das atividades econômicas que a empresa tinha como objetivo social.

Outra exigência que perdeu o efeito foi o fim da necessidade de empresas que possuam mais de 20% do mercado relevante terem que notificar ao CADE sobre possíveis atos de concentrações. Com a nova legislação, isto só é exigido para empresas que tenham registrados no faturamento bruto, do último balanço ou volume de negócios, a quantia de 400 milhões e o outro grupo envolvido tenha registrado o valor de 30 milhões, dentro do País. Conforme verifica-se no artigo 88 da atual lei antitruste:

Art. 88. Serão submetidos ao Cade pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente:

I - pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais); e

II - pelo menos um outro grupo envolvido na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais).
(BRASIL, 2011)

Também se modificou o prazo que antes era de 120 dias, para a tomada de decisões pelo CADE, havendo a interrupção na contagem dos prazos sempre que novas informações eram solicitadas, o que atualmente não ocorre. O prazo em vigor é de 240 dias, podendo ser prorrogado até mais 90 dias, sem interrupção da contagem.

Nessas diversas mudanças, é possível observar que a Superintendência-Geral pode a qualquer momento inspecionar empresas, mesmo sem autorização judicial ou notificação prévia. O que não ocorria na antiga legislação onde devia-se notificar com 24 horas de antecedência.

Na Lei 8.884/94, não havia previsão de acordo de leniência para os casos de cartéis em licitação ou crime de formação de quadrilha - condutas que passam a ter previsão na nova legislação. A pena não é tão somente de multa, o que culmina na ausência de suspensão condicional do processo.

2. Defesa da concorrência no cenário internacional

Em âmbito internacional, a defesa da concorrência vem alcançando cada vez mais seu lugar de discussão, sendo certo que isso decorre em grande parte de existirem infrações à ordem econômica cujos os efeitos negativos atingem vários países ao mesmo tempo, como colaciona o ilustre Eduardo Gaban (2016, p. 259), “[...] é o caso dos cartéis internacionais *hard core*²⁵.”

Cabe destacar, que com a globalização as linhas da fronteira entre países tem se percebido cada vez mais tênues e por vezes imperceptíveis, o que culmina em problemas na órbita internacional e devido o não saneamento pelas normais na-

25. Quando empresas multinacionais que fornecem algum tipo de produto combinam ou fixam preços, em escala internacional.

cionais da concorrência, visto que pode ser conflitante com as normas do outro país relacionado, faz-se necessário uma regulação internacional desta matéria.

Por isso, o objetivo primordial preliminar para a convergência das leis da concorrência, seria permitir as relações comerciais internacionais, pautadas em maior segurança jurídica, uma vez que previamente regulamentadas.

2.1 Organização para cooperação e desenvolvimento econômico - OCDE

A Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico, também conhecida por OCDE, é uma organização internacional, com sede em Paris, que tem por finalidade primordial a discussão, o desenvolvimento e o fomento de políticas econômicas e sociais de interesse de seus países-membros.

Neste diapasão, é importante destacar que foi fundada em 1961, sendo constituída atualmente por 34 países considerados democráticos e de elevado desenvolvimento industrial, sendo eles: Alemanha, Austrália, Áustria, Bélgica, Canadá, Chile, Coreia do Sul, Dinamarca, Espanha, Estados Unidos, Estônia, Finlândia, França, Grécia, Hungria, Islândia, Irlanda, Israel, Itália, Japão, Luxemburgo, México, Nova Zelândia, Noruega, Países Baixos (Holanda), Polônia, Portugal, República Eslovaca, República Tcheca, Eslovênia, Suécia, Suíça, Turquia e Reino Unido. (OCDE, 2018, [internet]²⁶).

Não obstante esclarece-se que participam além dos países membros, mais de 70 países, além de organizações não governamentais e sociedades civis, conforme aponta Eduardo Gaban (2016, p. 261), desta forma busca-se auxiliar os

26. Disponível em: <<https://www.oecd.org/centrodemexico/paisesmiembros.htm>>.

membros e não membros a lidarem com problemas que abrangem tanto temas econômicos e sociais como educação, ciência e desenvolvimento.

Cabe ressaltar o fomento pela discussão a outros países, mesmo que não membros, no que concerne a defesa da concorrência, passando a globalizar os debates, e ainda auxilia estes países quando necessitam obter informações e desenvolver suas políticas de concorrência, e isto só é possível através do Comitê de Direito e Política da Concorrência (CDPC).

Urge destacar, que desde 1967 a OCDE, conforme aduz Eduardo Gaban (2016, p. 262), “[...] promove um trabalho de recomendação aos seus membros, para a elaboração de normas voltadas ao controle de práticas e negócios potencialmente restritivos a concorrência.”, ou seja, pode-se dizer que as recomendações funcionam como um guia para serem seguidos na edição das normas internas dos Estados-membros, a fim de que estas Leis possuam certa convergência.

Outro fator importante, é o destaque da atuação do Fórum sob a organização do CDPC, que promove diálogos regulares sobre as políticas da concorrência, e inclui a participação de outras organizações internacionais, como o Banco Mundial e a Organização Mundial do Comércio, isto demonstra a importância em se falar da concorrência em um nível internacional, consubstanciado nas palavras de Eduardo Gaban:

Atualmente já se chegou a um consenso de que a concorrência não pode mais ser pensada apenas em nível local, ou seja, em nível nacional. A aproximação e o intercâmbio entre as autoridades é um desafio necessário para que respostas sejam produzidas às dúvidas concernentes aos meios de combate às práticas anti-competitivas. A concorrência pensada de forma global também representa força complementar aos processos

em andamento, nas diversas nações, para que, contando com informações que transcendem os limites nacionais, as autoridades possam obter um mapeamento eficiente das condutas anticoncorrenciais perpassadas no plano internacional, irradiantes de efeitos negativos às diversas economias nacionais. (2016, p. 262).

Desta forma, fica nítido que a OCDE promove e incentiva a discussão coordenada da matéria antitruste. Sendo assim, considerada importante para a busca dos melhores meios de suporte a eficácia das leis nacionais de seus países-membros, especialmente aqueles que não conseguem confrontar as atividades anticoncorrenciais que ocorrem fora de seus territórios, ainda que possuam ligação com o mesmo.

A OCDE emite recomendações com o objetivo de os países-membros incorporem em seu sistema jurídico, e caso os países não membros que desejam seguir as façam, porém, antes de adentrar com maior profundidade nas recomendações do OCDE, cabe ressaltar o conceito das *Soft Laws*.

Nessa perspectiva, cabe destacar que essas normas nascem após os anos de 1960, com a necessidade de embasar juridicamente as decisões e não simplesmente buscar soluções para os casos internacionais de forma rápida e eficiente, porém sem embasamento jurídico. Para Eduardo Gaban (2016), o uso das soft Laws deriva pela atuação da diplomacia multilateral em três subtipos²⁷.

Conforme, fica nítido pelo entendimento de Frederico do Valle Magalhães Marques (2006), não deve haver a tra-

27. (i) nas relações internacionais realizadas em congressos e conferências internacionais; (ii) nas relações internacionais realizadas no interior das organizações intergovernamentais; e (iii) em reuniões periódicas previstas em tratados e convenções internacionais ou acordadas *ad hoc*.

dução ao “pé da letra”, uma vez que a tradução adequada poderia ser “direito flexível”, ou seja, na *soft law*, existem normas cujo o cumprimento é recomendado nos Estados e não há a obrigatoriedade de aplicação, e isto é exatamente o que ocorre com as recomendações da Organização para Cooperação de Desenvolvimento Econômico.

Isto posto, verifica-se que os Membros da OCDE não têm o dever de aplicar as recomendações, podendo inclusive agir dessa forma, sem sujeitarem-se a possíveis sanções, forma, não há força impositiva, mas sim uma conveniência política por parte dos Estados.

3 A adesão brasileira na OCDE

Desde 2014, o Brasil é considerado como um país de renda média-alta pela OCDE, passando a receber menos recursos a nível Federal dos países do Norte e de Organizações Internacionais, como a União Europeia. Por ter atingido esse patamar, a OCDE e os países do Norte acabaram colocando o enfoque da Cooperação para o Desenvolvimento brasileiro na mão de atores não-estatais, como organizações da sociedade civil. Além disso, o Brasil tem alcançado um papel de doador, ou ao menos redirecionado de recursos externos, promovendo desenvolvimento nos países do Sul por meio da chamada cooperação trilateral.

O Brasil oficializou um pedido de adesão a OCDE no dia oito de dezembro de 2017, durante o Fórum Global sobre Concorrência, realizado em Paris, o presidente do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Alexandre Barreto, entregou pessoalmente ao chefe da Divisão de Concorrência da OCDE, Antônio Gomes, carta com o pedido de adesão do Brasil como membro permanente do Comitê de Concorrência. (CADE, 2017).

Com isso, o Brasil poderá participar mais ativamente no Comitê de Concorrência e poderá dar continuidade e estreitamento dos laços de cooperação com a OCDE, e com isso busca-se favorecer a interação com as autoridades nacionais de defesa da concorrência de diversos países e a exposição das posições brasileiras em matéria concorrencial, influenciando o debate internacional na matéria e futuros trabalhos da Organização.

A OCDE é estruturada em diversos Diretórios, subdivididos em Comitês que se reúnem periodicamente para discutir diferentes temas como macroeconomia, comércio, desenvolvimento, educação, ciência e inovação. Criado há mais de cinquenta anos, o Comitê de Concorrência conta com dois grupos de trabalho que tratam da interface entre concorrência e regulação e da cooperação e implementação das leis antitrustes.

O pedido de adesão do Brasil no Comitê de Concorrência é percebido como uma consequência natural da participação do CADE nos encontros anuais sobre concorrência da OCDE, apesar de não ser um país membro da Organização, o Brasil, por intermédio do CADE, atua, na condição de membro observador, nos fóruns e apresenta regularmente, contribuições escritas para subsidiar as discussões. A Lei Brasileira de Defesa da Concorrência, inclusive, foi largamente inspirada nas recomendações, estudos e revisões feitas pela Organização.

Há de ser considerar uma ponderação acerca das vantagens e desvantagens do ingresso do Brasil na OCDE, sendo assim cabe destacar que a adesão poderá influenciar na percepção de outros países ou investidores que não conhecem o Brasil, contudo considera-se que as políticas públicas dos países da OCDE não são sigilosos e o país pode optar por adotar esses tipos de padrões e comportamentos sem ser um membro pleno, como atualmente ocorre.

Todavia, observa-se que esta adesão pode ser um risco perante o cenário econômico, pois isso terá um custo adi-

cional no nosso orçamento já que o Brasil também terá que contribuir financeiramente para a organização.

Ressalta-se que o México foi o primeiro país da América Latina a entrar para a OCDE, em 1994. Desde então, segundo o próprio órgão, houve um fortalecimento na fiscalização e implementação das políticas públicas do país. Em 2010, o Chile seguiu os passos dos mexicanos e concretizou sua aderência ao grupo, algo que vinha sendo estudado desde 2007. Para se adequar ao acordo, o país introduziu medidas contra a corrupção, como uma lei que acaba com o sigilo bancário de forma a eliminar evasões tributárias.

Desde então, a taxa de desemprego do Chile caiu significativamente, segundo relatório da própria OCDE. O Produto Interno Bruto (PIB) do país avançou de US\$ 12,7 bilhões para US\$ 13,3 bilhões em cinco anos no acordo, segundo o Banco Mundial. Já o PIB do México saltou de US\$ 5,6 trilhões em 1994 para US\$ 9 trilhões em 2015.

Caso seja aceito, o Brasil deverá adequar-se a um conjunto de medidas fiscais e econômicas, e essa etapa pode demorar de meses a anos para ser concluída já que irá depender da adequação do Brasil com as metas a serem estabelecidas. Contudo, deve ser considerado que isto pode significar uma aproximação com os EUA e a União Europeia, ao mesmo tempo que perde parte de sua autonomia política ao abrir seus rumos para o grupo.

Destaca-se que o discurso do atual Presidente da República brasileira, Michel Temer, segue diretrizes próximas à da OCDE, considerando as reformas econômicas propostas no seu mandato, como a trabalhista e a da Previdência são evidências disso.

Considerações finais

Após todo o exposto, neste trabalho que se encontra em curso, pode-se verificar que existem diversas ponderações

para o ingresso do Brasil na OCDE, assim como destaques positivos e negativos, contudo observa-se que o país deve adequar-se para que essa adesão possa ser finalizada.

Todavia, a exposição poderá despertar o interesse de investidores estrangeiros, após a adesão na OCDE, e isso deve ser considerado, contudo não pode excluir as demais desvantagens, como abertura do Brasil para legislações internacionais, ou seja, pode ser que deixem de instituir leis voltadas ao campo exclusivamente nacional, pois também passará a ter de observar as recomendações da OCDE, mesmo que não vinculativas, não faria sentido o país tornar-se membro e não cumprir as principais recomendações desta organização.

Não obstante, outro fator que deve ser observado, versa sobre o atual momento da política e economia brasileira não são estáveis para arcar com todos os custos da adesão, por isso até o presente momento, o autor deste trabalho entende que a OCDE não é o melhor caminho para o Brasil, neste momento.

Referências bibliográficas

DE PLÁCIDO E SILVA, **Vocabulário Jurídico**, 27^a edição, 4^a tiragem, RJ: Forense, 2008.

FORGIONI, Paula. **Os Fundamentos do Antitruste**. 9ed ver., atualiz. e ampl. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2016.

GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito Antitruste**. 4 ed. São Paulo: saraiva, 2016.

MARQUES, Frederico do Valle Magalhães. **Direito Internacional da Concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2016.

- MELLO, Celso Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 2016.
- MENEZES, Wagner. **Estudos de Direito Internacional**. Volume XXI. Anais do 9º Congresso Brasileiro de Direito Internacional. Juruá, 2011.
- MENEZES, Wagner. **Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional**. Arraes Editores. Ano 103, v. 103, n. 125-130, jul./dez. 2017. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017.
- NUSDEO, Fábio. **O Direito econômico na atualidade**. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2015.
- NUSDEO, Fábio. **Curso de economia – introdução ao direito econômico**. 7 ed. Ver e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- PEREIRA, José Matias. **Manual de Defesa da Concorrência: política, sistema e legislação**. São Paulo: Atlas, 2014.
- RIZZO, Guilherme Franzen. **A nova Lei de Defesa da Concorrência brasileira - Lei nº 12.529/11**. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 3094, 21 dez. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/20688>>. Acessado em 11/10/2017.

Enquadramento Jurídico do Bitcoin no Ordenamento Brasileiro

Thamires de Souza Cantareli

Introdução

Na obra “A História do Dinheiro”, Weatherford (1999) mostra o valor metafórico do dinheiro quando diz que este representa uma criação humana com vários fins. Para o autor, o dinheiro constitui um caminho para que a sociedade possa estruturar sua existência, bem como suas relações.

De acordo com Rossetti (2012) a moeda nas economias modernas desempenha um conjunto relevante de funções, notadamente a função de ser uma intermediária de trocas, ser uma medida de valor, também servindo como uma reserva de valor, por motivo de ser, como ele mesmo diz “liquida por excelência”. Sua última função é a de ser o padrão para pagamentos diferidos.

Os sistemas nacionalistas do final do século XIX e início do século XX para escaparem do processo de tributação

da população chegaram a conclusão de que o melhor meio era promover zonas cambiais, protecionismo e o controle de capitais, removendo, assim, o universalismo da moeda comum no mundo antigo. De acordo com Tucker (2014) os governos nacionalistas do início do século XX promoveram a nacionalização da moeda, removendo-a do setor de forças competitivas do mercado, surgindo então a figura do banco central como gestor do dinheiro cuja destinação final ficava por conta dos governos.

Esse sistema que já vinha sendo questionado há anos por economistas de todo o mundo, apresenta uma mudança relevante: É criada a primeira criptomoeda, um tipo de moeda digital, conhecida como Bitcoin.

A criptografia e as redes ponto-a-ponto são as bases que fundamentam o desenvolvimento de seu conceito. Elas são tipos de moedas virtuais que são utilizadas para transações que ocorrem na internet, tendo como base a criptografia que são basicamente números em série ou sinais utilizados em cédulas que servem para impedir falsificações, por exemplo. Essa segurança é obtida porque é utilizada uma tecnologia denominada *blockchain*, que funciona como um “livro contábil” onde são registradas todas as transações e registros.

Moeda eletrônica e moeda virtual são duas coisas diferentes. Moeda eletrônica é simplesmente a aplicação da tecnologia na administração do dinheiro. É o que acontece quando alguém deposita dinheiro numa conta bancária, por exemplo.

Isso é diferente do conceito de moedas digitais. As moedas digitais têm como características básicas a ausência de um controle central mediado por um governo ou instituição financeira bem como a privacidade durante seu uso. Portanto, a emissão é descentralizada e não é decidida por políticos, mas por aspectos técnicos, geralmente bem definidos. Por exemplo, os bitcoins usa um algoritmo criptográfico para

gerar a moeda, que é feito pelos usuários da rede e não por um órgão do governo centralizado.

Assim, seguindo o Comunicado nº 31.379/17 do Banco Central, moeda eletrônica é um modo de expressão de créditos denominados em reais, já as moedas virtuais não são referenciadas em reais ou em outras moedas estabelecidas por autoridades governamentais.

Neste estudo, será apresentado o sistema Bitcoin, suas concepções tecnológicas, suas vantagens e desvantagens, além de seus impactos no mundo jurídico no plano externo e interno. O objetivo é mostrar suas principais características alertando sobre a mudança que isso gera no sistema atual, seus impactos e suas consequências atuais e prováveis, e tentar definir uma natureza jurídica para o nosso ordenamento jurídico.

1. Visão geral – Bitcoin

Até 2008, ao fazer transações online, necessariamente utilizava-se um terceiro intermediário. Em seu livro, Ulrich (2014) exemplifica essa movimentação da seguinte forma: Se Maria quiser enviar 100 unidades de moeda (u.m) a João por meio da internet, ela teria que depender de serviços de terceiros como PayPal²⁸ ou Mastercard, que mantem um registro de saldos em conta de clientes. Esses intermediários debitam a quantia em sua conta, creditando-a na de João, sendo que sem tais facilitadores, Maria poderia simplesmente anexar um arquivo de dinheiro em uma mensagem, como por exemplo, ocorre na anexação de arquivos de e-mails, o que acarretaria o problema que se denomina problema do

28.O PayPal é uma Instituição de Pagamento, da modalidade Emissor de Moeda Eletrônica, e um Instituidor de Arranjo de Pagamento, nos termos da Lei n.º 12.865, de 9 de outubro de 2013, atualmente em processo de autorização perante o Banco Central do Brasil.

“gasto duplo”, pois assim como nos e-mails, uma cópia do arquivo ficaria retida com Maria, o que permitiria que ela enviasse esse mesmo arquivo para outras pessoas. Até o advento do Bitcoin, essa questão não tinha sido solucionada.

Eis que em 2008 é criada a criptomoeda denominada Bitcoin. Fora desenvolvida pelo programador não identificado, conhecido apenas como Satoshi Nakamoto. Segundo Nakamoto (2008), o Bitcoin é uma moeda eletrônica definida como uma cadeia de assinaturas digitais e as transferências de valores ocorrem com o envio do código assinado digitalmente para o próximo proprietário, pois a rede Bitcoin mantém um arquivo contendo todas as transações efetuadas de todos os endereços públicos do sistema, podendo o recebedor verificar as assinaturas para confirmar a cadeia de propriedade. Nessa transferência é necessária a existência de uma chave privada associada aos endereços públicos (são duas chaves, portanto) e esta chave privada só é de conhecimento do criador desse endereço público ou chave pública. Utilizando-se do exemplo de Ulrich, quando Maria decide transferir bitcoins a João, ela cria uma mensagem chamada “transação” que contém a chave pública de João, assinando com sua chave privada. Olhando a chave pública de Maria, qualquer um pode verificar que a transação foi de fato assinada com sua chave privada, sendo a transação autenticada. A transação é, dessa forma, registrada, carimbada e datada em um bloco do *block-chain*, garantindo que todos os computadores na rede tenham um registro constantemente atualizado e verificado dentro da rede Bitcoin. Assim, solucionou-se o problema do “gasto duplo” sem a intervenção de uma instituição financeira.

É importante ressaltar que as transações realizadas na rede Bitcoin não são feitas em dólares ou euros como seriam no PayPal, por exemplo. Além de ser uma rede descentralizada de pagamentos, o Bitcoin também é uma moeda, cujo valor

não deriva da bolsa financeira ou do peso do ouro como os antigos, mas sim do que as pessoas atribuem à ela. Portanto, para definir o valor em reais de um bitcoin, depende-se do mercado aberto, da mesma forma que as taxas de câmbio são estabelecidas no mercado mundial.

Como não existem autoridades centrais fiscalizadoras das transações ou criadoras de bitcoins, essa rede depende basicamente de seus usuários para que essa tarefa seja feita. Bitcoins são criados, através dos chamados “mineradores”, usuários que através de sua força computacional realiza essas tarefas em troca de bitcoins recém-criados para lhes recompensar pelo trabalho. Esses computadores dispersos se propõem a solucionar problemas matemáticos complexos que verificam as transações no *blockchain*. Ulrich (2014) expõe que a medida que mais capacidade computacional é dedicada à mineração, o protocolo projetado para esse sistema incrementa a dificuldade das operações, limitando assim a mineração dos bitcoins. A quantidade arbitrária escolhida, de acordo com o autor, foi a de 21 milhões de bitcoins.

2. Vantagens e desvantagens (ou desafios) do uso de Bitcoins

Por não ser utilizado um terceiro intermediário entre vendedor e comprador, as transações são relativamente mais baratas e rápidas do que feitas por pagamentos tradicionais. Os cartões de crédito, por exemplo, apesar de terem a vantagem da agilidade na forma de pagamento, pecam pelas altas taxas destinadas aos vendedores, o que faz com que o preço do produto sobe, já que não aceitar o pagamento com cartão pode lhe causar um prejuízo muito maior.

Além disso, o Bitcoin proporciona estímulo a pessoas que se encontrem em situações de opressão, seja pelas con-

dições econômicas de seu país, como é o caso de diversos argentinos que tem investido em bitcoins para fugir das altas taxas inflacionárias do país, seja pelas condições políticas, pois diante de governos despóticos os investimentos privados tornam-se cada vez mais escassos, e o anonimato conferido pelo sistema, permitiria assim a “fuga” perfeita.

Com a quebra da barreira internacional, o Bitcoin torna-se um sistema versátil de pagamento, quebrando as barreiras artificiais, tornando equivalente os compradores de todo o mundo.

Contudo, com todas essas mudanças, logicamente o sistema não é infalível. Há varias criticas ao uso das criptomoedas, sobretudo, aos bitcoins e que fazem necessária uma análise detida.

Em primeiro lugar, a sua volatilidade é muito preocupante. De acordo com Piropo (2014) os governos não veem com bons olhos o crescimento de um sistema monetário sobre o qual não tem controle, isto é, poder interferir na emissão de moedas, delimitar o fluxo de negociações internacionais e taxar operações financeiras.

Além disso, o problema da violação de segurança e ação de hackers é levantado. Uma vez perdido o arquivo digital, o dinheiro está perdido para sempre, tal como as cédulas monetárias. Há um ataque conhecido como *phising*, que consiste em enganar o usuário para pensar que ele está em um site legítimo, mas na verdade os usuários mal-intencionados são os donos do site, que roubam dados como senhas como ocorreu em 2015 quando um grupo de hackers roubou o equivalente a 160 milhões de reais em bitcoins, através de anúncios do Google Adwords, clonando a página do *blockchain*. Outro grupo de hackers agiu em duas empresas vendedoras de bitcoins na Coreia do Sul neste ano, roubando o equivalente à 18 mil dólares, levando as empresas à falência. Nota-se diante do

exposto, que a segurança, apesar da criptografia e do sistema de verificação pelos mineradores, ainda é fator preocupante.

Outro aspecto relevante, é que os bitcoins geram um enorme desperdício de recursos computacionais, na utilização do processamento de dados, que poderiam ser utilizados de maneira mais proveitosa como no processamento de dados de pesquisas médicas, por exemplo. Mas, de fato, já existem algumas criptomoedas que usam parte do poder de processamento para outros fins. Por exemplo, as *Gridcoins* transferem parte dos processadores da mineradora para cálculos científicos, através da rede *BOINC*.

Salienta-se também a respeito dos custos de transação com bitcoins. De acordo com os críticos, há falta de conhecimento sobre a mecânica desses custos, o que leva muitos a acreditar que as transações são gratuitas. Na verdade, de acordo com Levine (2014) os mineiros levavam para casa cerca de 3,5% do valor das transações processadas. O que é mais do que as empresas de cartão de crédito.

Por fim, e talvez a maior crítica, é que ao permitir o anonimato, e pela ausência de regulamentação, o sistema acaba por favorecer a lavagem de dinheiro e o tráfico de drogas além de outros tipos de crimes correlatos. Existem várias técnicas para ocultar o endereço IP real, como o uso de proxies, que dificultam o rastreamento de usuários ruins, o que deixa o sistema aberto para todo tipo de abuso. Em março deste ano, em um dos desdobramentos da Operação Lava-Jato, descobriu-se um esquema de lavagem de dinheiro que funcionava na secretaria de administração penitenciária do Rio de Janeiro, através de um contrato para fornecimento de pães para os presos em penitenciárias do estado.²⁹ Em 2017 uma mulher

29. A operação ficou conhecida como Pão Nosso e dos R\$ 73 milhões desviados com o contrato de fornecimento de pães, apenas R\$ 300 mil foram transformados em Bitcoin. A intenção dos criminosos seria recu-

foi sequestrada em Florianópolis sendo que em seu pedido de resgate se exigiu que fosse feito pagamento em criptomoedas.

3. A regulamentação jurídica dos bitcoins no plano externo

Vasconcellos e Garcia (2008) conceitua a moeda como um instrumento ou objeto aceito pela coletividade para intermediar as transações econômicas, para pagamento de bens e serviços. Essa aceitação é garantida por lei, ou seja, tem “custo forçado”.

O conceito clássico de Estado, como um povo sobre determinado território no qual deve ter soberania está sofrendo diversas mudanças, principalmente no que tange ao território, com fenômenos como a globalização e os avanços da tecnologia. A internet permite que as fronteiras geográficas sejam superadas. Diante somente dessa premissa, nota-se que para definir regras de um sistema descentralizado como as moedas virtuais é muito incerto, visto que cada ordenamento jurídico tem sua própria maneira de lidar com seus aspectos monetários e financeiros.

O primeiro país a regulamentar e proibir os bitcoins foi a Tailândia, no ano de 2013. Ao final do mesmo ano, foi a vez da China proibir o uso de criptomoedas, mas apenas para instituições financeiras (indivíduos ainda podem transacionar com elas) desvalorizando-a bastante (cerca de 54,4%). Entretanto no ano seguinte, o valor voltou a subir devido ao confisco em que o país do Chipre sofreu, fazendo com que muitos investidores buscassem essa saída para seus capitais que seriam congelados se ficassem no banco.

perar o dinheiro no exterior, uma vez que a criptomoeda é quase sempre impossível de rastrear e não é regulada na maior parte dos países.

De acordo com uma pesquisa levantada pelo instituto financeiro Thonsom Reuters em 2017, o bitcoin tem tratamento jurídico muito diferenciado em cada país. Segue abaixo a relação dos principais países regulamentadores do bitcoin e seu respectivo tratamento:

1. **Argentina** - A Bitcoin não é considerada uma moeda estritamente legal, já que não é emitida pela autoridade monetária do governo nem pode ser aceita como instrumento oficial de pagamento. Portanto, pode ser considerada dinheiro, mas não moeda legal, uma vez que não funciona como meio de legal de pagamento para dívidas e encargos.
2. **Austrália** - Eximindo a bitcoin da política de dupla tributação, o governo acabou por legalizar a criptomoeda, permitindo que seja utilizada como dinheiro
3. **Bangladesh** - O Banco Central de Bangladesh emitiu uma advertência contra a realização de transações com cripto-currencies, o que pode acarretar em até 12 anos de prisão.
4. **Bolívia** - O governo boliviano proibiu o uso da bitcoin alegando que ela propicia evasão fiscal e instabilidade monetária.
5. **Bulgária** - A Bulgária aceitou a moeda digital. A Agência de Receita Nacional do país emitiu novas diretrizes de tributação, nas quais especifica que qualquer receita gerada pela venda de moedas digitais, como o bitcoin, será vista como receita da venda de ativos financeiros, e tributada com uma taxa de 10%.
6. **Canadá** - Em novembro de 2013, a Agência de Receita do Canadá declarou que pagamentos em bitcoin

- deveriam ser tratados como transações de troca. O governo federal canadense também já anunciou sua intenção de regular o bitcoin com base em sua legislação contra a lavagem de dinheiro e terrorismo.
7. **Chile** - O primeiro serviço de câmbio de bitcoin no Chile, onde os cidadãos podem adquirir a moeda digital com pesos, foi lançado ainda em 2015 com financiamento do governo chileno. Essa iniciativa vai de acordo com a ambição do governo chileno de se transformar em um centro de inovação e empreendedorismo para a América Latina. O governo do país também se comprometeu com a regulação e fiscalização para as criptomoedas sob a forma de auditorias financeiras e novos regulamentos contra a lavagem de dinheiro.
 8. **Equador** - O governo equatoriano proibiu o uso do bitcoin com a intenção de instituir sua própria moeda digital.
 9. **Alemanha** - O governo alemão divulgou um relatório em agosto de 2013 dizendo que os bitcoins devem ser tratados como uma operação de negociação. Dessa forma, estão sujeitos a impostos sobre ganhos de capital a menos que tenham sido mantidos por um ano ou mais. Logo depois, o Ministério Federal das Finanças alemão esclareceu sua posição, afirmando que o bitcoin deveria ser visto como uma unidade de conta e dinheiro privado e, portanto, deveria estar sujeito a impostos sobre vendas.
 10. **Japão** - O Japão eliminou o imposto sobre o comércio de bitcoins em 1° de abril de 2017, quando declarou oficialmente a bitcoin como uma moeda legal no

país. O Japão também eliminou a possibilidade de dupla tributação sobre o comércio de bitcoins.

11. **Cazaquistão** – O país almeja se tornar um centro regional para criptomoedas. Em junho de 2017, o Cazaquistão anunciou planos para começar a vender títulos baseados em *blockchain*, e o presidente do país anunciou que “já é tempo de examinar a possibilidade de lançar a unidade de pagamento internacional. Isso ajudará o mundo a se livrar das guerras monetárias e do mercado negro, além de diminuir a volatilidade nos mercados”.
12. **Luxemburgo** – Em abril de 2016, o país concedeu uma licença de instituição de pagamento para um serviço de câmbio de bitcoins, criando assim a primeira empresa de câmbio de bitcoins no mundo licenciada a nível nacional.
13. **Turquia** – As autoridades turcas emitiram uma orientação dizendo que o bitcoin não atende aos padrões de moeda eletrônica e que a volatilidade deixa os usuários em alto risco. Uma grande empresa de câmbio de bitcoins teve de encerrar suas operações depois que os bancos locais fecharam as contas da empresa sem aviso prévio.
14. **Venezuela** – O governo chega a prender e até a torturar pessoas envolvidas com operações de bitcoin, apesar da crescente popularidade entre os cidadãos.

No caso dos Estados Unidos, sendo o país com maior número de usuários de criptomoedas, o maior número de caixas eletrônicas de bitcoin e também o maior volume de negociação de bitcoin em todo o mundo, esperava-se uma regulamentação permissiva e avançada no que tange os bitcoins. No

entanto, o panorama muda em cada estado, sendo necessário analisar o sistema de precedentes judiciais de cada ente federado para saber como cada um tem enquadrado a moeda. De acordo pelo Internal Revenue dos Estados Unidos (órgão tributário nos Estados Unidos), o bitcoin foi tratado como uma propriedade para fins de impostos federais (IRS, 2014).

Na União Europeia, nem as diretivas europeias sobre direito do consumidor e, comércio eletrônico enquadram a Bitcoin. O assunto mereceu um relatório especial do Banco Central Europeu (BCE) em outubro de 2012, que foi atualizado em fevereiro de 2015. Apesar de concluir pela desnecessidade da introdução imediata de uma regulação mais ativa sobre as moedas virtuais, tal relatório aponta um conjunto de riscos que devem ser devidamente monitorados.

4. O tratamento jurídico das moedas digitais no sistema jurídico brasileiro

A lei 12865/13 que dispõe dentre outras coisas, sobre os sistemas de arranjos de pagamento e as instituições de pagamento integrantes do Sistema de Pagamentos Brasileiro (SPB), disciplinou pela primeira vez o conceito de moeda eletrônica, que não se confunde com o conceito de moeda virtual, como já dito antes.³⁰

Em consulta solicitada pelo Senado Federal naquele ano, apontou-se neste tempo, a desnecessidade de regulamentação da Bitcoin devido sua inexpressividade econômica no atual momento, mas não descartando a possibilidade de num

30. Art. 6º Para os efeitos das normas aplicáveis aos arranjos e às instituições de pagamento que passam a integrar o Sistema de Pagamentos Brasileiro (SPB), nos termos desta Lei, considera-se:

VI - moeda eletrônica - recursos armazenados em dispositivo ou sistema eletrônico que permitem ao usuário final efetuar transação de pagamento.

futuro não distante vier a ser regulamentado. E parece que esse futuro não está tão distante, já que tramita desde 2015 o projeto de lei nº2303 que visa a regulamentar o tratamento jurídico desse novo sistema tecnológico.

Em 2017 a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) se dispôs a regular a oferta inicial da moeda (initial coin offering – ICO) por meio de uma nota técnica. Além de alertar para os diversos perigos de investir através de emissores e ofertas não registradas na CVM, diz ser irregular as ofertas de ativos virtuais que se enquadrem na definição de valor mobiliário. Mesmo assim, atenta para o fato da evolução do ICO e que tomará no momento apropriado as medidas cabíveis.

Passemos a verificar a natureza jurídica das criptomoe-das e tecer críticas quanto ao tratamento dado pelo nosso ordenamento pátrio.

Analisando o projeto de lei 2303/15 conjuntamente com a nota técnica emitida pela CVM em 2018 que dispunha sobre a vedação de fundos em investimentos privados em criptomoe-das, depreende-se que o tratamento legal dado para os Bitcoins tem sido o mesmo que se refere na lei 12865/13 sobre os arranjos de pagamentos, comparando-o como na própria dicção do projeto com o programa de milhagens aéreas, sendo ambos supervisionados pelo Banco Central.

Ao classificá-lo como uma espécie de arranjo de pagamento, acaba que o legislador confunde os requisitos da moeda virtual com a moeda eletrônica. Pela lei 12865/13, definida no art 6º inciso I, arranjo de pagamento trata-se de um “conjunto de regras e procedimentos que disciplina a prestação de determinado serviço de pagamento ao público aceito por mais de um recebedor, mediante acesso direto pelos usuários finais, pagadores e recebedores;”. A moeda eletrônica era vinculada a um banco de dados desse modo, mantidos por um intermediário, a exemplo do PayPal, que

armazenava e controlava as informações neles contidas, responsabilizando-se pela segurança desses dados. Essa dinâmica não se dá com as criptomoedas, pois sua premissa básica é justamente a liberdade com que esta é emitida e enviada, não necessitando de um intermediário.

Seguindo esse entendimento, Franco e Neto (2018), concluem que somente *blockchains* privadas com autoridades discerníveis, ou seja, criptomoedas que se utilizam de um sistema diferenciado do bitcoin, poderiam enquadrar-se na definição do Banco Central e do projeto de lei como arranjos de pagamentos. Caso contrário, quando for o caso de *blockchains privadas* que não possuírem autoridades discerníveis ou quando se tratar de *blockchains* públicas, como o bitcoin, tem a natureza jurídica de bem móvel que, a despeito de *sui generis*, se encontra inserto no art. 83, III, do CC/2002, que dispõe que “consideram-se móveis para os efeitos legais: III – os direitos pessoais de caráter patrimonial e respectivas ações”. A própria Receita Federal vinha entendendo desde 2017 a natureza de bens móveis incorpóreos das criptomoedas sendo obrigatório declará-las no Imposto de Renda.

Ainda buscando estruturar a natureza jurídica dos bitcoins, nota-se que não se enquadra como um título de crédito eletrônico, pois não possui os seus requisitos de criação e circulação definidos nos artigos 887 a 926 do Código Civil. Também não se pode enquadrar como moeda como fez o ordenamento jurídico do Japão, pois para ser definida como tal tem de estar instituída por lei.³¹

Parece-se que ao defini-la como um bem móvel incorpóreo, os negócios jurídicos envolvendo criptomoedas,

31. No Brasil a emissão de moeda resta disciplina pela Constituição Federal que diz em seu art. 21, VI que tal função compete à União, a ser realizada exclusivamente pelo Banco Central conforme o art. 164.

mais especificamente bitcoins, se enquadrariam como troca ou permuta, tal como fez o ordenamento jurídico canadense. Esse tipo contratual é caracterizado quando ambas as partes possuem direitos e obrigações (bilateral, portanto), onde uma transfere o domínio de certo bem para a outra. Sob este prisma, é parecido com o contrato de compra e venda, mas ao invés de fazê-lo pela transferência mediante dinheiro, faz-se mediante um bem de outra espécie. Assim se Maria quer comprar uma pizza de João, ao invés de pagá-lo quantia em reais, faz-se a permuta por determinada quantidade de bitcoins.

Esse deve ser o melhor entendimento para classificar essa e as demais criptomoedas em nosso ordenamento jurídico, não sendo seu uso feito para substituir os pagamentos na moeda corrente (real), mas simplesmente ser uma nova modalidade enquadrada no contrato de troca ou permuta. As tentativas de regulamentar o tema devem recair sobre esse sentido, sendo ilógico e até mesmo autoritário que o sistema financeiro repudie essa evolução do dinheiro.

Considerações finais

Diante do exposto, nota-se a importância de se aprofundar os conhecimentos sobre as moedas virtuais, pois a despeito de seus riscos, o maior deles parece ainda ser a falta de regulamentação.

Friedrich Hayek (2011) conclui que a maior falha da estrutura de mercado, qual seja, sua suscetibilidade à depressão e ao desemprego periódicos, é consequência do milenar monopólio governamental sobre a emissão da moeda. Segundo o autor, o aparecimento de várias moedas concorrentes traria como novidade apenas a possibilidade de fazer uma escolha, mas não mudaria em nada a maneira com que se habitualmente lida com o dinheiro. Num processo gradativo, os ban-

cos logo ofereceriam aos comerciantes varejistas o equipamento de cálculo apropriado para eliminar as barreiras contábeis.

Proibir o uso das criptomoedas como fizeram diversos países é um tiro no escuro. Isso porque a novidade traz muitas inseguranças, mas também numerosas vantagens para a competitividade do mercado internacional, e vedá-la seria muito mais um retrocesso do que um avanço. Até porque essa tecnologia parece que veio para ficar, vide as grandes bolhas especulativas de seu valor na bolsa de Nova York, fazendo os lucros aumentarem em até 140% no ano de 2017 e a criação de um Estado denominado *Liberland* situado entre a Croácia e a Sérvia (ainda não reconhecido como nação), cujo sistema jurídico está totalmente baseado em *Blockchain* e cuja moeda “nacional” será uma criptomoeda ainda em fase de criação.

Ulrich (2014) traz em seu livro que se o bitcoin fosse usado como unidade de valor ou reserva de conta, de fato, a volatilidade seria um problema difícil de ser contornado, ameaçando o futuro das criptomoedas. Não só a volatilidade, mas também o problema de soberania nacional. Mas se ele é empregado como meio de troca, apenas, tanto a volatilidade quanto a soberania não são afetadas. Comerciantes podem definir o preço de seus produtos em termos de moedas tradicional e aceitar o equivalente em bitcoins, tal como lojas cadastradas no programa de milhagens aéreas, aceitam o pagamento pelo acúmulo de pontos.

Dessa forma, o projeto de lei nº2303/15 acertadamente compatibilizou os dois institutos, entretanto pecou ao enquadrar todos os tipos de criptomoedas como arranjos de pagamento. É que como visto, tratando-se de uma *blockchain* pública, tal como a principal criptomoeda, o bitcoin utiliza, seria incompatível com sua natureza a submissão ao controle do Banco Central por não se ter por certo o dono desta. O

mesmo se daria no caso de *blockchain* privada com impossibilidade de identificação.

Assim, restaria a definição da natureza jurídica dos bitcoins como bens móveis *sui generis* de caráter patrimonial, sendo empregados em negócios jurídicos contratuais de troca ou permuta.

Referências bibliográficas

AGRELA, Lucas. 2017. *Hackers roubam bitcoins e empresa declara falência*. Revista Exame. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/tecnologia/hackers-roubam-bitcoins-e-empresa-declara-falencia/>>. Acesso em: 13/05/2018.

BRASIL. Lei nº 12.865/13; 09/10/2013. Dentre outras disposições, estabelece as formas de arranjo de pagamento. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12865.htm>. Acesso em: 18/05/2018.

BRASIL. Lei nº 12.965/14; 23/04/2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 18/05/2018.

BRASIL. Projeto de lei nº 2303/15. 08/07/2015. Dispõe sobre a inclusão das moedas virtuais e programas de milhagem aéreas na definição de “arranjos de pagamento” sob a supervisão do Banco Central. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1555470>>. Acesso em: 18/05/2018.

COMISSÃO DE VALORES IMOBILIÁRIOS. 2017.

Initial Coin Offering (ICO). Notas da CVM. Disponível em: < <http://www.cvm.gov.br/noticias/arquivos/2017/20171011-1.html>>. Acesso em: 18/05/2018.

CRIPTOMOEDAS FACIL. 2018. *Liberland uma nação construída com Bitcoin e com sistema jurídico em Blockchain*.

Associação Brasileira de Lawtechs e Legaltechs. Disponível em: <<https://www.ab2l.org.br/liberland-uma-nacao-construida-com-bitcoin-e-com-sistema-juridico-em-blockchain/>>. Acesso em: 13/05/2018.

DIARIO CATARINENSE. 2017. *Mulher de Florianópolis é resgatada de sequestro com pedido de resgate em moeda virtual*.

Diário catarinense. Disponível em: <<http://dc.clicrbs.com.br/sc/noticias/noticia/2017/04/mulher-de-florianopolis-e-resgatada-de-sequestro-com-pedido-de-resgate-em-moeda-virtual-9783424.html>>. Acesso em: 13/05/2018.

FERREIRA, Natasha. *Incertezas jurídicas e econômicas da bitcoin como moeda*. Revista Publica Direito. p.2-25. 2016.

FRANCO, Paulo Fernando. NETO, Oswaldo. 2018. *Afinal, o que é um bitcoin para o direito?*. Associação Brasileira de Lawtechs e Legaltechs. Disponível em: < <https://www.ab2l.org.br/afinal-o-que-e-um-bitcoin-para-o-direito/>>. Acesso em: 18/05/2018.

HAYEK, Friedrich A. *Desestatização do Dinheiro*. São Paulo :

Instituto Ludwig von Mises. Brasil, 2011.

INTERNAL REVENUE SERVICE. 2014. *IRS Virtual Currency*. Disponível em: < <https://www.irs.gov/uac/newsroom/irs-virtual-currency-guidance>>. Acesso em: 16/05/2018.

LOPES, João. ROSSETTI, José Paschoal. *Economia Monetária*. 9.ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MULLER, Leonardo. 2018. *PF descobre 1º esquema de lavagem de dinheiro envolvendo Bitcoin no Brasil*. Tecmundo. Disponível em: <<https://www.tecmundo.com.br/mercado/128146-pf-descobre-1-esquema-lavagem-dinheiro-envolvendo-bitcoin-brasil.htm>>. Acesso em: 13/05/2018.

OLIVEIRA, F.; TOTTI, M.E.; NEY, V. Bitcoin: *O dinheiro com tecnologia de fonte aberta em rede ponto-a-ponto*. In: ENCONTRO VIRTUAL DE DOCUMENTAÇÃO EM SOFTWARE LIVRE E CONGRESSO INTERNACIONAL DE LINGUAGEM E TECNOLOGIA ONLINE, n. 1, 2012. Realizado Online. *Anais...* Periodicos Letras UFMG: Texto livre, 2014, p.1-3.

PAYPAL. 2018. *Contrato do Usuário do Paypal*. Paypal. Disponível em: <<https://www.paypal.com/br/webapps/mpp/ua/useragreement-full>>. Acesso em: 13/05/2018.

PIROPO, Benito. 2013. *Bitcoin: oscilações da cotação*. Techtudo. Disponível em: <<http://www.techtudo.com.br/artigos/noticia/2014/02/bitcoin-oscilacoes-da-cotacao.html%20>> . Acesso em 13/05/2018.

ROHR, Altieres. 2018. *Com anúncios no Google, hackers roubam 160 milhões em Bitcoin*. G1. Disponível em: <<http://g1.globo.com/tecnologia/blog/seguranca-digital/post/com-anuncios-no-google-hackers-roubam-r-160-milhoes-em-bitcoin.html>>. Acesso em: 13/05/2018.

ROLIM, Luciano. 2017. *As dez vantagens de usar a moeda digital Bitcoin*. Atlas digital. Disponível em: <<https://atlasproj>.

com/blog/vantagens-moeda-digital-bitcoin/>. Acesso em: 13/05/2018.

ROSSETTI, José Paschoal. *Introdução à Economia*. 20.ed. São Paulo: Atlas, 2012.

SOUZA, Matheus Wilson. 2014. *Bitcoin uma análise jurídica dessa moeda virtual*. JusBrasil. Disponível em: <<https://daniellixavierfreitas.jusbrasil.com.br/artigos/147062295/bitcoin-uma-analise-juridica-dessa-moeda-virtual>>. Acesso em: 18/05/2018.

TEIXEIRA, Rodrigo. SILVA, Felipe. *Bitcoin e a (im)possibilidade de sua proibição: uma violação à soberania do Estado?*. Revista Brasileira de Políticas Públicas. Vol. 7, n. 3, 2017.

THOMSON REUTERS FINANCIAL E RISK.2017. *Como o mundo está lidando com as moedas digitais*. Disponível em: <<https://www.thomsonreuters.com.br/pt/financeiras/blog/como-o-mundo-esta-lidando-com-as-moedas-digitais.html>>. Acesso em: 16/05/2018.

ULRICH, Fernando. *Bitcoin: A moeda na era digital*. 1.ed. São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises, 2014.

VASCONCELLOS, Marco Antonio. GARCIA, Manuel. *Fundamentos de Economia*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

WEATHERFORD, John. *A História do Dinheiro – Do arenito ao cyberspace*. São Paulo, Negócio Editora, 1999.

1ª EDIÇÃO *Agosto de 2018*
FORMATO *14x21cm*
MIOLO *Papel Offset 75 g/m²*
CAPA *Papel Supremo 250 g/m²*
TIPOGRAFIA *Bergamo Std*
IMPRESSÃO *Gráfica Multifoco*