

**ANDRÉ MACHADO MAYA**  
Organizador

**ANAIS DO**

# **II GRUPE**

II Encontro Interinstitucional  
de Grupos de Pesquisa



**FMP**

Fundação Escola Superior  
do Ministério Público

2019

**ANAIS DO**

**IIEGRUPE**  
II Encontro Interinstitucional  
de Grupos de Pesquisa



**ANDRÉ MACHADO MAYA**  
Organizador

**CONSELHO ADMINISTRATIVO**

David Medina da Silva – Presidente

Cesar Luis de Araújo Faccioli – Vice-Presidente

Fábio Roque Sbardellotto – Secretário

Alexandre Lipp João – Representante do Corpo Docente

**DIREÇÃO DA FACULDADE DE DIREITO**

Fábio Roque Sbardellotto

**COORDENADOR DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

Luis Augusto Stumpf Luz

**CONSELHO EDITORIAL**

Anizio Pires Gavião Filho

Fábio Roque Sbardellotto

Guilherme Tanger Jardim

Luis Augusto Stumpf Luz

**ANAIS DO**



2019

© FMP 2019

CAPA: Marcelo Mariante de Queiroz

DIAGRAMAÇÃO: Liquidbook | tecnologias para publicação

REVISÃO DE TEXTO: Liquidbook | tecnologias para publicação

EDITOR: Rafael Martins Trombetta | Liquidbook

RESPONSABILIDADE TÉCNICA Patricia B. Moura Santos

Fundação Escola Superior do Ministério Público

Inscrição Estadual: Isento

Rua Cel. Genuíno, 421 – 6º, 7º, 8º e 12º andares

Porto Alegre – RS – CEP 90010-350

Fone/Fax (51) 3027-6565

E-mail: fmp@fmp.com.br

Website: www.fmp.edu.br

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação  
CIP-Brasil. Catalogação na fonte

E56a Encontro Interinstitucional dos Grupos de Pesquisa  
(2. : 2018 : Porto Alegre, RS)  
Anais do II Encontro Interinstitucional dos Grupos  
de Pesquisa – EGRUPE [recurso eletrônico] / André  
Machado Maya, organizador. – Dados eletrônicos –  
Porto Alegre: FMP, 2019.  
440 p.

Modo de acesso: <<https://www.fmp.edu.br/publicacoes/>>  
ISBN 978-85-69568-17-9

1. Direitos Fundamentais. 2. Políticas Públicas. 3. Segurança Pública. 3.  
Política Criminal. I. Maya, André Machado. II. Título.

CDU: 342.7

Bibliotecária Responsável: Patricia B. Moura Santos – CRB 10/1914

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfílmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de qualquer parte desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições aplicam-se também às características gráficas da obra e à sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 e parágrafos, do Código Penal), com pena de prisão e multa, conjuntamente com busca e apreensão e indenizações diversas (arts. 101 a 110 da Lei 9.610, de 19.02.1998, Lei dos Direitos Autorais).

## Apresentação

O Encontro de Grupos de Pesquisa surgiu no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Direito da FMP, com o objetivo de fomentar o diálogo entre os diferentes grupos de pesquisa e a produção acadêmica conjunta. Na primeira edição, foram realizados dois Grupos de Trabalho - GTs, um para cada linha de pesquisa do Programa, e apresentados trabalhos representativos dos Grupos de Pesquisa do PPGD da FMP. Nesta segunda edição, o Encontro teve seu âmbito ampliado para além dos limites do Mestrado da FMP, com a participação de grupos de pesquisa em desenvolvimento nos Programas de Pós-Graduação da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC e da Universidade do Extremo Sul Catarinense - UNESC. O evento, realizado na FMP em Outubro de 2018, contou com quatro GTs, os quais abordaram três temáticas, representativas das linhas de pesquisa dos Programas de Pós-Graduação envolvidos: (GT01) políticas públicas em direitos fundamentais e jurisdição: interconexões cambiantes; (GT02) Estado, mercado e sociedade: equações de equilíbrios, e (GT03) segurança pública e política criminal: a expansão da intervenção penal na sociedade contemporânea. No total, foram apresentados cinquenta e quatro trabalhos, sendo que trinta e nove foram aprovados para publicação em anais do evento. Os números revelam a adesão do público acadêmico e o êxito da metodologia de trabalho, apta a fomentar o relacionamento acadêmico entre os Programas de Pós-Graduação cujas linhas temáticas são fins, e assim também o diálogo interno entre docentes e discentes dos Programas de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da FMP, UNISC e UNESC. Dessa maneira, pretende-se contribuir para o aprimoramento dos projetos de pesquisa em desenvolvimento no âmbito das linhas de pesquisa que compõem seus respectivos programas; promover o intercâmbio de conhecimentos e relações entre pesquisadores das Instituições participantes; e incentivar a interação entre professores e alunos de mestrado e os acadêmicos da graduação em Direito.

André Machado Maya  
Organizador



## SUMÁRIO

**CAPÍTULO 1**  
**GT1: POLÍTICAS PÚBLICAS EM**  
**DIREITOS FUNDAMENTAIS E JURISDIÇÃO:**  
**INTERCONEXÕES CAMBIANTES**

Famílias acolhedoras e a impossibilidade de adoção: a não observação do princípio do superior interesse da criança e do adolescente Gláucia Borges e Ismael Francisco de Souza.....	16
A educação para os direitos humanos em crise: a ausência de formação em Direitos Humanos para os operadores do direito nos cursos de graduação em Direito do Rio Grande do Sul Jadir Zaro e Leonardo Jensen Ribeiro .....	33
O tratamento dado ao argumento orçamentário nas decisões do tribunal de justiça do rio grande do sul nos casos de contratação de monitores Marcia da Silveira Moreira e André Inacio Silva Lopes.....	49
A textura aberta do direito e a aplicabilidade dessa a diferentes casos Brenda Wetter Ipé da Silva e Pietra Mikaela Gaeier Alves.....	72
A necessidade da efetiva integração operacional do sistema de garantia de direitos em todo o país para a real promoção de ações em benefício de crianças e adolescentes Fabiana Koinaski Borges e Ismael Francisco de Souza.....	86
Coerência, argumentação e decisão judicial Pietro Cardia Lorenzoni e Lucas Moreschi Paulo.....	103
<b>Resumos</b>	
Da função social à função econômica da terra: impactos da Lei nº 13.465/17 sobre as políticas de regularização fundiária e o direito à cidade no Brasil Betânia de Moraes Alfonsin, Pedro Prazeres Fraga Pereira, Débora Carina Lopes, Marco Antônio Rocha e Helena Boll Corrêa .....	132
Os atos de improbidade dos municípios em matéria de saúde pública segundo julgados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul Ricardo Hermany e Betieli da Rosa Sauzem Machado .....	136

A eficácia vinculante da <i>ratio decidendi</i> em sede de recursos extraordinários Guilherme Candido e Eduardo Gonçalves Spitaliere .....	143
O exercício da democracia através dos movimentos sociais e a tentativa de silenciamento com os projetos de lei nº 5.065/2016 e 9.604/2018 Aneline Kappaun e Laura Vaz Bitencourt .....	148
As atribuições dos conselhos tutelares na prevenção e erradicação do trabalho infantil no tráfico de drogas André Viana Custódio e Matheus Denardi Paz Martins.....	154
A (im)possibilidade da candidatura avulsa à luz do elemento gramatical Maurício Martins Reis e Thomás Henrique Welter Ledesma .	160
A proteção dos grupos em situação de vulnerabilidade sob a ótica da Corte Interamericana de Direitos Humanos Mônia Clarissa Hennig Leal e Sabrina Santos Lima .....	165
As teorias dialógicas e da margem de apreciação (nacional e do legislador) sob a ótica da Corte Interamericana de Direitos Humanos e do Supremo Tribunal Federal Mônia Clarissa Hennig Leal e Maria Valentina de Moraes....	172
Pobreza na infância e adolescência brasileira: a atuação do UNICEF e o princípio da municipalização Johana Cabral e Maria Carolina dos Santos Costa.....	179
O processo na modernidade: uma análise/crítica acerca do excessivo protagonismo da magistratura e da necessidade de se democratizar os processos judiciais Fernando Barros Martinhago e Reginaldo de Souza Vieira ..	185
O princípio da juridicidade no controle da Administração Pública do Estado Democrático de Direito Vinícius Filipin .....	190
O papel do Supremo Tribunal Federal e a candidatura avulsa no Brasil Marília Medeiros Piantá.....	196

## CAPÍTULO 2

### GT2: ESTADO, MERCADO E SOCIEDADE: EQUAÇÕES DE EQUILÍBRIOS.

A possibilidade de impetração do mandado de segurança coletivo pelo Ministério Público Marina Gomes de Souza.....	202
Governança digital e democracia em tempos de inovação tecnológica Laís Michele Brandt e Fernanda Schwertner .....	231
<b>Resumos</b>	
O sistema democrático-participativo suíço como referência: uma comparação com as possibilidades de participação no contexto brasileiro Roberta de Moura Ertel e João Felipe Lehmen .....	250
O planejamento do enfrentamento ao trabalho infantil a partir da identificação de pontos vulneráveis no âmbito municipal Maria Eliza Leal Cabral e Rafael Bueno da Rosa Moreira .....	257
A impossibilidade de utilizar a prova diabólica como um limitador para a distribuição do ônus da prova nas tutelas das garantias transindividuais ao meio ambiente Gabriella Guimarães Moita.....	264
A ação comunicativa como instrumento de melhoria nos serviços prestados pela Administração Pública Carolina da Silva Ruppenthal Weyh Fernanda Tavares Sonda.....	270
Da resolução nº 1.236/2018 do Conselho Federal de Medicina Veterinária como parâmetro para definição de maus-tratos: perspectivas desde o direito dos animais Júdsen da Silva Bahia Nascimento Rodrigo Ruiz Carvalho .....	276
O acesso à informação pública como meio de adequada participação social na tutela individual e coletiva de direitos Catharine Black Lipp João .....	281

A viabilidade de aplicação dos programas de <i>compliance</i> na Administração Pública Guilherme Oliveira Weber .....	288
O direito à informação e a tutela do consumidor no comércio eletrônico sob a luz do princípio da boa-fé objetiva Arthur Künzel Salomão .....	292
O ser e o outro: direitos humanos fundamentais além do ocidente Raquel Fabiana Lopes Sparemberger Bruno Ruiz de Souza .....	299
Abolição dos testes em animais como imperativo para superação do especismo e do antropocentrismo: argumentos a partir de um pensamento pós-abissal Bianca Pazzini e Geórgia Manfroi .....	306
O índio como sujeito político: análise sob a perspectiva decolonial do exercício da cidadania indígena Camila Neis Pinheiro.....	313

### CAPÍTULO 3

#### **GT 3: SEGURANÇA PÚBLICA E POLÍTICA CRIMINAL: A EXPANSÃO DA INTERVENÇÃO PENAL NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA.**

A corrupção política e os reflexos desta na democracia brasileira Rogério Gesta Leal e Pedro Guilherme Ramos Guarnieri ....	320
Direito penal e povos indígenas no Brasil: drogas, infanticídio, tortura, meio ambiente e estupro Bruno Heringer Júnior, Anuska Leochana Menezes Antonello, Flávia Miranda Falcão, Deisi Quintana de Souza Marina Medim Cansan .....	340
Os Limites da Busca por Celeridade Processual pela via do Instituto da Colaboração Premiada Mateus Augusto Bohrz Klein .....	364
Discriminação de gênero sob o enfoque da criminologia feminista: breves considerações sobre o papel da mulher no tráfico de drogas e a punição desta pelo sistema penal Juliano Sartor Pereira e Maiara Caetano Daniel.....	381
Efeitos da homologação - Questão de Ordem na Petição 7074 Vera Fischer Macarthy .....	413
<b>Resumos</b>	
A luta internacional contra a corrupção e os reflexos no Brasil Gabriel Maciel e Matheus Prato da Silva.....	420
Direito fundamental à segurança e imperativos implícitos de tutela processual penal: possibilidades e limites Pietro Cardia Lorenzoni .....	426
A palavra da vítima como prova única nos crimes de estupro sem conjunção carnal Éder Renato Martins Siqueira.....	431



**CAPÍTULO 1**  
**GT1: POLÍTICAS PÚBLICAS EM DIREITOS**  
**FUNDAMENTAIS E JURISDIÇÃO:**  
**INTERCONEXÕES CAMBIANTES**

# Famílias acolhedoras e a impossibilidade de adoção: a não observação do princípio do superior interesse da criança e do adolescente

Gláucia Borges<sup>1</sup>  
Ismael Francisco de Souza<sup>2</sup>

## Resumo

Este trabalho aborda o serviço de Acolhimento Familiar e os fundamentos do sistema da adoção no Brasil. Teve como objetivo investigar a impossibilidade legislativa de famílias participantes do serviço de acolhimento familiar, denominado Família Acolhedora, estarem no cadastro de adoção nacional brasileira, sob a ótica do princípio do melhor interesse das crianças e adolescentes. Neste sentido, analisa os requisitos legais exigidos para a adoção, bem como os fundamentos do Acolhimento Familiar, demonstrando que a impossibilidade do acolhido ser adotado prejudica diretamente as próprias crianças e adolescentes. O método de base do procedimento foi o dedutivo, tendo sido utilizada a pesquisa bibliográfica.

**Palavras-chave:** Adoção. Crianças e adolescentes. Família acolhedora. Princípio do melhor interesse.

1 Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC). Especialista em Direito Civil e Processo Civil e graduada em Direito pela UNESC. Integrante do Núcleo de Pesquisa em Estado, Política e Direito (NUPED) e do Núcleo de Pesquisa em Direito da Criança e do Adolescente e Políticas Públicas da UNESC. Bolsista da Fundação de Amparo à Pesquisa e Inovação do Estado de Santa Catarina (FAPESC). E-mail: glauciaborges@icloud.com.

2 Doutor em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), mestre em Serviço Social pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação - Mestrado em Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC). Líder do Grupo de Pesquisa em Direito da Criança e do Adolescente e Políticas Públicas e colíder do Núcleo de Estudos em Política, Estado e Direito, ambos certificados pelo CNPq e pela UNESC. E-mail: ismael@unes.net.

## Abstract

This paper approaches the warm family program and the fundamentals of the adoption system in Brazil. It aims to investigate the legislative impossibility of families participating in the family shelter service called the family helping program to be registered in the Brazilian national adoption, under the perspective of the principle of best interests of children and adolescents. In this sense, it analyzes the legal requirements required for the adoption, as well as the foundations of the family warm-up program, demonstrating that the impossibility of adoption is directly prejudicial to children and adolescents themselves. The basic method of the procedure was the deductive, and the bibliographic research was used.

**Keywords:** Adoption. Children and adolescents. Welcoming family. Principle of best interest.

## 1 Considerações iniciais

A Constituição Federal Brasileira de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente trouxeram como direito fundamental à população infantojuvenil o direito à convivência familiar e comunitária, visando garantir, entre outros atributos, que crianças e adolescentes vivam sob o amparo de uma família. Sob esta ótica, visando a proteção de crianças e adolescentes cujas famílias naturais encontram-se com o poder familiar suspenso, foi criado o serviço de Acolhimento Familiar, embasado na possibilidade dada pelo Estatuto, de crianças e adolescentes serem colocadas provisoriamente em serviços de acolhimento familiar, preferencialmente ao acolhimento institucional.

Em caso de destituição do poder familiar, após o acolhimento por família acolhedora, o acolhido será encaminhado para uma instituição de acolhimento ou para colocação em outra família, visando adoção. A família que o acolheu, no entanto, não pode adotá-lo, pois sequer pode estar no cadastro nacional da adoção, conforme positivado no art. 34, § 3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, deixando-se de levar em consideração os vínculos socioafetivos criados durante o período de tempo do acolhimento.

Neste sentido, faz-se importante analisar quais critérios foram estabelecidos para que esta regra fosse criada, a qual impede que a criança ou o adolescente acolhido seja adotado pela família acolhedora que previamente, com a qual já possui convivência, rotina e vínculos, bem como verificar os possíveis desafios que dita regra causa na vida dos acolhidos.

Para a busca dessas respostas, este trabalho está dividido em três partes. A primeira abordará o conceito de Família Acolhedora e a sua regulamentação. Em seguida, serão descritos os fundamentos da adoção, no que diz respeito à conceituação, finalidade, bem como aos requisitos para o ato, buscando analisar se estes critérios não poderiam ser também os daqueles que visam participar dos serviços de acolhimento familiar, buscando maiores possibilidades às crianças e adolescentes.

Por fim, discutir-se-á quanto a impossibilidade de pessoas cadastradas na Família Acolhedora estarem registradas também no cadastro nacional da adoção, visando demonstrar que esta regra desprotege e deixa de reconhecer o princípio do melhor interesse das crianças e dos adolescentes. O método utilizado foi o dedutivo, utilizando-se da pesquisa bibliográfica.

## 2 O serviço de acolhimento familiar

A Família Acolhedora é um serviço instituído por meio de concessão legislativa que possibilita a colocação de crianças e adolescentes afastadas do convívio de suas famílias de origem em acolhimento familiar (art. 101, VIII, da lei nº. 8.069/90).

O Manual de Orientações Técnicas sobre os Serviços de Acolhimento para Crianças e Adolescentes do extinto Ministério dos Direitos Humanos (BRASIL, 2009, p. 76) o define como um serviço que organiza o acolhimento em função de familiares ou responsáveis se encontrarem impossibilitados temporariamente de exercer seu papel no cuidado e proteção, ou por casos de abandono, até que o retorno seja viabilizado ou o acolhido seja encaminhado para adoção, isto é, até que se viabilize a solução permanente.

Segundo a definição das Orientações Técnicas, o Acolhimento Familiar garante a convivência familiar e comunitária, direito este que está disposto no art. 227 da nossa Constituição Federal

(BRASIL, 1988) e no art. 19 da lei nº. 8.069/90, permitindo a continuidade da socialização dos mesmos, informando, ainda, que, assim como os acolhimentos institucionais, os Serviços de Acolhimento em Família Acolhedora devem seguir os princípios e diretrizes do Estatuto das Crianças e dos Adolescentes (BRASIL, 2009, p. 76).

Nesse sentido, o Estatuto (BRASIL, 1990) ressalta que o acolhimento familiar terá preferência ao acolhimento institucional e caráter temporário e excepcional (art. 34, § 1º) e a prioridade sempre será a manutenção ou a reintegração das crianças e adolescentes às suas famílias (art. 119, § 3º), entre diversos outros direitos dirigidos à população infantojuvenil.

O Manual do Ministério dos Direitos Humanos explica que a Família Acolhedora é uma modalidade diferente de acolhimento que “não se enquadra no conceito de abrigo em entidade, nem no de colocação em família substituta, no sentido estrito” (BRASIL, 2009, p. 76), podendo ser entendida como medida de colocação familiar exposta no art. 90, do Estatuto da Criança e do Adolescente, pois ainda não há uma definição específica ao longo de toda a lei nº. 8.069/90.

A implementação deste tipo de acolhimento foi uma superação da cultura da institucionalização, trazendo a importância da preservação dos vínculos familiares, ocasionando uma mudança paradigmática e colocando a família como centro das ações (ARPINI, 2016, p. 121).

As pessoas interessadas em participar deverão se cadastrar e, posteriormente, sendo selecionadas, deverão ser capacitadas e acompanhadas (§ 4º, art. 34), podendo receber o acolhido mediante a modalidade de guarda (§ 2º, art. 34). Ou seja, a criança ou o adolescente não poderão ser entregues diretamente pelos responsáveis pelo serviço às pessoas cadastradas, mas somente por intermédio da autoridade judiciária, que comunicará a sua decisão ao responsável pela entidade (§ único, art. 170) (BRASIL, 1990).

Já o poder público, deverá estimular sua implementação por meio de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios (caput, art. 34), podendo inclusive ser utilizados recursos Federais, Estaduais, Distritais e Municipais para a sua manutenção (§ 4º, art. 34) (BRASIL, 1990). Os Serviços de Acolhimento em Família Acolhedo-

ra tratam-se de uma política pública (§ 3º, art. 34 – BRASIL, 1990) e, segundo Fernández (2004, p. 515), devem todas as políticas públicas passar pela fase da avaliação, o que obriga aqueles que têm o poder de decidir se preocupar com os efeitos de suas ações, enquanto a publicidade das avaliações coloca nas mãos dos cidadãos uma ferramenta de controle democrático dos governos<sup>3</sup>.

No que diz respeito às políticas públicas para a área da infância/adolescência, estas devem ter planejamentos de médio e longo prazo, não podendo restringir-se a problemas imediatos, mas sim antecipar-se quanto às necessidades que podem vir a surgir (CARVALHO, 1999, p. 202). Expressando a lei desta forma, pressupõe-se que o acolhimento familiar, enquanto política pública, deva ser colocado em discussão no âmbito dos Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente e de Assistência Social nos diversos níveis de governo, “com a previsão de ações múltiplas destinadas à seleção e qualificação dessas famílias e dos técnicos que irão atuar no programa” (DIGIÁCOMO, 2017, p. 54).

Além de serem escassos os dispositivos existentes no Estatuto da Criança e do Adolescente que regulamentam este serviço, ainda encontramos positivada a possibilidade aberta de cada equipe organizar a forma como se dará esta forma de acolhimento (§ 3º, art. 34) (BRASIL, 1990), demonstrando verdadeira falha no que diz respeito às diretrizes de prioridade absoluta nos interesses de crianças e adolescentes existentes em decorrência do paradigma da proteção integral. Nesse sentido, Arpini destaca que

Essa nova maneira de pensar o trabalho necessita a construção de ações em rede, na qual o acolhimento é um dos serviços dentre aqueles propostos pelo Sistema Único de Assistência Social (SUAS), estando no nível da alta complexidade, mas que deve estar conectado com os serviços de proteção social básica (CRAS) e os de proteção especial (CREAS). Enfim, vemos que foram muitas as mudanças, embora um olhar superficial, que não leve em conta a perspectiva histórica e um tanto desavisado pode não chegar a identificar a profundidade, a relevância e o impacto dessas transformações. (ARPINI, 2016, p. 123).

3 “[...] obliga a quienes ostentan el poder de decidir a preocuparse de los efectos de sus elecciones, mientras la publicidad de las evaluaciones pone en manos de los ciudadanos una herramienta de control democrático de los gobiernos”

Todas as ações da família, da sociedade e do Estado devem levar em conta o princípio do melhor interesse das crianças e dos adolescentes e, no que diz respeito ao acolhimento familiar, o mais importante sentido é a possibilidade de convivência com uma família (ARPINI, 2016, p. 125), devendo ser construídas regras que garantam a efetividade desse direito.

Cumprir destacar, por fim, que o Acolhimento Familiar não permite que os participantes estejam inscritos em cadastros de adoção (§ 3º, art. 34 – BRASIL, 1990), ou seja, não permite que, em caso de destituição do poder familiar, o acolhido tenha a possibilidade de ser adotado pela família que o acolheu, devendo ser encaminhado para a instituição de acolhimento ou para adoção por outra família. Nesse sentido, faz-se importante a análise dos fundamentos do sistema de adoção no Brasil.

### 3 O sistema da adoção – fundamentos legais

No Estatuto da Criança e do Adolescente, a temática está disposta nos capítulos que tratam sobre a adoção (artigos 39 a 52-D), a colocação em família substituta (artigos 165 a 170) e a habilitação (artigos 197-A a 197-F) e é direcionada àqueles que possuem menos de 18 anos de idade, sendo uma medida excepcional de colocação em família substituta. A chamada Lei Nacional da Adoção, lei nº. 12.010, de 2009, e a lei nº. 13.509, de 2017, fizeram inclusões, deram novas redações e substituíram antigas expressões em todo o texto relativo à adoção no Estatuto.

A denominada adoção plena confere ao adotado a posição igual a do filho biológico, sendo inserido de maneira definitiva na nova família (OLIVEIRA, 1999, p. 148). Nessa acepção, impera o princípio constitucional da igualdade entre os filhos, “passando a paternidade a ser um direito e uma necessidade do filho, como sujeito de direitos” (PEREIRA, 1999, p. 44). Sem possibilitar qualquer outro tipo de distinção legal, a legislação brasileira estabeleceu que a filiação decorre do fato nascimento ou de um ato de vontade, que é a adoção (DIAS, 2017, p. 70). Portanto, a adoção atribui ao adotado a condição de filho para todos os efeitos, conforme disposto no art. 41 do Estatuto, não podendo

haver distinção entre filhos biológicos ou adotados (SILVA FILHO, 1997, p. 59).

Trata-se do “[...] último estágio a que se pode chegar na busca pela efetivação do direito à convivência familiar [...]” sendo “[...] uma opção do Sistema de Garantia, sempre com o condão de propiciar a manutenção do regular desenvolvimento da criança ou adolescente [...]” (ROSSATO; LÉPORE, 2009, p. 47). Ainda, segundo o Manual de Orientações Técnicas sobre os Serviços de Acolhimento para Crianças e Adolescentes, a adoção pode ser definida como uma “medida judicial de colocação, em caráter irrevogável, de uma criança ou adolescente em outra família que não seja aquela onde nasceu, conferindo vínculo de filiação definitivo, com os mesmos direitos e deveres da filiação biológica” (BRASIL, 2009, p. 95).

Na evolução social, a adoção se voltou à proteção do adotante (SILVA FILHO, 1997, p. 56). Hoje, portanto, a finalidade dessa é de atender aos interesses dos adotados, sempre predominando sobre os interesses dos adotantes (§ 3º, art. 39), sendo sua natureza denominada de ato complexo que deve ser deferido somente quando apresentar vantagens ao adotando – art. 43 (OLIVEIRA, 1999, p. 148-154). Antes da criança ou do adolescente serem disponibilizados para a adoção, devem ser esgotados todos os recursos para a manutenção dos mesmos em sua família natural ou extensa, visto que a adoção é uma medida excepcional e irrevogável (§ 1º, art. 39), mantendo seus efeitos inclusive em caso de morte dos adotantes (art. 49 – BRASIL, 1990).

Nesse sentido, a lei nº. 12.010/09, apesar de chamada de Lei Nacional da Adoção, traz mais incentivos ao retorno da criança ou do adolescente à família de origem (ARPINI, 2016, p. 125), sendo este um dos principais motivos descritos pelos doutrinadores da área para que os participantes da Família Acolhedora não possam estar no cadastro de adoção, para que os acolhedores não busquem formas de impedir que o acolhido retorne à sua família biológica.

A adoção é um ato jurídico e deverá ser constituída por sentença judicial, situação que seus efeitos se darão somente após o trânsito em julgado da ação processual (com exceção da adoção póstuma), sendo feito registro em cartório, não podendo constar

informações na certidão de registro civil pública sobre a origem do ato (art. 4, *caput*, § 2º, §4º, § 7º – BRASIL, 1990). Para fins da adoção, diversos requisitos devem ser seguidos, dividindo-se em requisitos pessoais e formais. No que diz respeito aos formais, temos que são os relacionados aos necessários procedimentos e:

[...] se inicia com a apreciação judicial da citação das “crianças ou adolescentes em condições de serem adotados” e das “pessoas interessadas na adoção” (art. 50, ECA). Esta fase, nós a chamaremos de administrativa, pois o Judiciário, através da equipe interprofissional (art. 151, ECA), recolhe, avalia e procede o registro dos dados necessários para a iniciação do procedimento adotivo. O legislador estatutário preferiu dividir o credenciamento: no art. 50 ocupou-se dos nacionais e no art. 51 cuidou do “pedido de adoção formulado por estrangeiro [...]”. [...] o princípio do expediente adotivo é o credenciamento, como se fora um pré-requisito formal. Em seguida, segue-se a fase judicial propriamente dita, marcada, sobretudo, pela apreciação da conveniência da adoção, com a prática de uma seriação conjugada de atos e da audiência. Culmina com a sentença constitutiva da adoção. (SILVA FILHO, 1997, p. 105-106).

Para efetivação dos requisitos formais depende-se de: consentimento dos pais ou do representante legal do adotando, salvo quando os pais são desconhecidos ou tenham sido destituídos do poder familiar (*caput* e § 1º, art. 45); o adotando maior de doze anos de idade consentir com a adoção (§ 2º, art. 45); a adoção ser precedida de estágio de convivência (art. 46), salvo se o adotando já estiver sob a guarda judicial ou tutela do adotante (§ 1º e § 2º) (BRASIL, 1990).

Dias (2017, p. 103) denomina estas como inúmeras e infindáveis etapas, nas quais são feitos “vários procedimentos extrajudiciais e, no mínimo, duas ações judiciais”, citando: a tentativa de manutenção da criança com a genitora (art. 13, § 1º e art. 166); tentativa de manutenção com a família natural (art. 39, § 1º); busca da família extensa (art. 39, § 1º); colocação em família substituta (art. 28); institucionalização (art. 101, § 1º); ação de destituição do poder familiar; cadastros (arts. 50 a 52-D); habilitação (arts. 197-A a 197-F); e ação de adoção (DIAS, 2017, p. 106-134).

Já os requisitos pessoais dizem respeito às pessoas que possuem interesse em adotar e sobre os que estão disponíveis para serem adotados, estando dispostos no Estatuto da Criança e do Adolescente com os seguintes regramentos (BRASIL, 1990): os adotantes devem ser maiores de 18 anos (*caput*, art. 42); o estado civil dos adotantes não é relevante (*caput*, art. 42); em caso de adoção conjunta é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família (§ 2º, art. 42); os adotantes não podem ser ascendentes ou irmãos do adotando (§ 1º, art. 42); o adotante deve ser, pelo menos, 16 anos mais velho que o adotando (§ 3º, art. 42); o adotando deve contar com, no máximo, 18 anos à data do pedido, salvo se já estiver sob a guarda ou tutela dos adotantes (art. 40).

Pelo narrado, percebe-se que a adoção é um ato coberto por requisitos essenciais e procedimentos específicos, sendo que todos esses requisitos legais devem ser cumpridos, sob pena de indeferimento da adoção (art. 50 – BRASIL, 1990). Desse modo, discute-se muito o fato de o processo de adoção se tornar desgastante, principalmente para a criança ou o adolescente que está à espera de uma nova família (ROSSATO, LÉPORE, 2009, p. 47). Apesar disso, percebe-se que todas estas determinações estão dispostas visando a proteção das crianças e dos adolescentes de nosso país, evitando que pessoas mal-intencionadas as adotem, bem como que o processo legal seja garantido, a fim de se evitar futuras consequências às partes envolvidas.

Sob esta ótica, nada impede que os mesmos requisitos sejam determinados aos participantes da Família Acolhedora, possibilitando que, em caso de ser o acolhido encaminhado para adoção, os acolhedores possam ter a possibilidade de adotá-lo, pois cumprem todas as ordens jurídicas. Isto porque, devemos sempre nos atentar que “adoção é um projeto de vida” (SCHREINER, 2004, p. 109), sendo a proteção familiar um direito de toda população infantojuvenil (SCHREINER, 2004, p. 12) e o melhor interesse desta sempre levado em conta.

#### 4 A impossibilidade de adoção pela família acolhedora: critérios que não dialogam com o melhor interesse da criança e do adolescente

Após ponderar sobre os conceitos e requisitos da adoção, passamos ao julgamento do § 3º do art. 34, do Estatuto da Criança e do Adolescente, que assim dispõe:

Art. 34. [...]

§ 3º A União apoiará a implementação de serviços de acolhimento em **família acolhedora** como política pública, os quais deverão dispor de equipe que organize o acolhimento temporário de crianças e de adolescentes em residências de **famílias selecionadas, capacitadas e acompanhadas que não estejam no cadastro de adoção** (BRASIL, 1990) (grifo nosso).

Esta regra foi assim instituída em razão de o objetivo da Família Acolhedora não ser a disponibilização de crianças e adolescentes para adoção, mas de encontrar uma forma alternativa ao acolhimento institucional (DIGÍACOMO, 2017, p. 54), enquanto se busca regularizar a situação que gerou a suspensão do poder familiar da família natural, preservando a reintegração nesta, onde deve ser observado o princípio da preservação dos vínculos familiares e promoção da reintegração familiar, que enfatiza:

[...] o papel fundamental das entidades que desenvolvem os programas de acolhimento familiar ou institucional que é de trabalhar com as pessoas envolvidas em eventual conflito, oferecendo apoio, com o intuito de retorno da criança ou adolescente, pois a medida é provisória (ROSSATO, LÉPORE, 2009, p. 79).

Por esse ângulo, busca-se priorizar a tentativa de manutenção dos filhos junto à sua família natural ou extensa (art. 19, § 3º) (BRASIL, 1990) e, segundo o Manual de Orientações Técnicas sobre os Serviços de Acolhimento para Crianças e Adolescentes do Ministério dos Direitos Humanos, é equivocado uma família entrar no serviço se o interesse é de adoção, pois a modalidade de serviço de acolhimento familiar não pode ser confundida com a de adoção (BRASIL, 2009, p. 78).

Ora, em tempos de predomínio da família socioafetiva em face à família biológica, estranha-se a impossibilidade de as

peças cadastradas no serviço não poderem também estar registradas em cadastros de adoção e, posteriormente, adotarem o acolhido. Para Nucci (2017, p. 106), a colocação em serviços de acolhimento familiar como hoje está exposta não funcionará justamente pela impossibilidade de adoção de um acolhido com o qual foi criada uma intensa ligação afetiva.

Nesse caso, poderia o Acolhimento Familiar permanecer dando preferência à família natural, não podendo os acolhedores se oporem a esta reintegração. Porém, em caso de impossibilidade de restituição à família biológica ou de colocação junto à sua família extensa, diante da destituição do poder familiar, que a preferência fosse dada à família que o acolheu, afinal, esta também passou por seleção, capacitação, acompanhamento e, principalmente, já teve certo tipo de “estágio de convivência” que resultou em afeto, ou melhor, vínculos já foram criados.

Tal impossibilidade não prioriza, sob esta ótica, o acolhido. Em caso de destituição do poder familiar, ele terá de ser encaminhado a uma instituição de acolhimento até que todo processo de adoção se finde, podendo passar por mais de uma família nos estágios de convivência e diminuindo as chances de adoção. Nesse meio tempo, as crianças vão crescer e podem acabar na triste e perversa realidade de não terem mais muitas pessoas interessadas em lhes adotar (DIAS, 2017, p. 65).

Pereira (1999, p. 21) indaga: “até onde é melhor para a criança estar com os pais que a rejeitaram?”. Percebe-se assim uma dupla violação ao direito das crianças e adolescentes. A burocracia instalada na insistente tentativa de recolocação em sua família natural ou extensa acaba mantendo as crianças e adolescentes em instituições, amargando a rejeição (DIAS, 2017, p. 65). Pode ainda acabar levando “[...] à reintegração forçada e de risco, no caso de valer a premissa de que a família biológica será sempre melhor do que a família adotiva” (ARPINI, 2016, p. 125).

Além do mais, a impossibilidade de estar registrado em cadastro de adoção diminui efetivamente duas listas: a lista de pessoas interessadas em adotar e a lista de pessoas interessadas em participar do serviço de Acolhimento Familiar, prejudicando exclusivamente as crianças e adolescentes. Na verdade, estas pessoas interessadas no serviço é que devem ser estimuladas a

adotar e os interessados em adotar, a participar do mesmo (DIAS, 2017, p. 114), afinal, estes últimos já estão ansiando dar um lar a crianças e adolescentes.

Nesse sentido, entende-se que não se está priorizando o melhor interesse da criança e do adolescente, visto que estas terão diminuídas as suas possibilidades de efetivar o direito à convivência familiar e comunitária. Não deve-se esquecer que este impedimento pode incitar o aumento da judicialização, elemento tão evitado atualmente, frente a massificação dos processos na justiça. Muitos acolhedores podem passar a propor ações tentando combater a regra exposta no Estatuto e visando adotar o acolhido.

Atentando-se ao destacado no tópico anterior, para estarem inseridos no cadastro nacional da adoção os interessados devem passar por uma série de requisitos e, sendo estes impostos aos participantes do Acolhimento Familiar, a garantia de um lar saudável para crianças e adolescentes seria ainda maior. O art. 50, § 3º, do Estatuto deixa esta assertiva clara ao dispor que haverá um período de preparo psicossocial e jurídico antes da inscrição dos interessados em adotar (BRASIL, 1990).

O princípio do melhor interesse desafia os juristas a estabelecerem orientações coesas nas questões que se apresentam, sendo obrigatória sua aplicação e aquele devendo ser fonte para a aplicação das normas (PEREIRA, 1999, p. 22, 25).

Ora, há dois pontos fundamentais a observar: a) justamente porque a família recebe infantes ou jovens é que *deve* ter a primazia de adotar, independentemente do burocrático cadastro e sua fila de pretendentes; b) mesmo que a família acolhedora resolva adotar um ou outro infante ou adolescente, por certo, há um limite natural. Se ela adotar uma criança, poderá continuar seu benéfico trabalho, sem necessidade de adotar outras. Sob outro aspecto, se o Estado remunerar (bem) tais famílias, pode dar-se uma *corrida* ao dinheiro – e não à vontade de cuidar de crianças ou jovens. Enfim, parece-nos que a colocação familiar, tal como idealizada nesta Lei, falhou e não tem salvação, enquanto não modificadas as regras (NUCCI, 2016, p. 106, grifo original).

Adolescentes possuem remotas chances de adoção. Crianças, que em maioria possuem maiores chances, tem maior

dificuldade de entendimento sobre a quebra dos vínculos. Todas essas crianças e esses adolescentes postos à adoção já perderam os pais e foram rejeitadas pelos parentes. Depois, perderão novamente os acolhedores. Família com prazo de validade não pode existir, sob pena de causar dor maior aos acolhidos do que a já existente. Passado o prazo, institucionalizar o acolhido que deseja permanecer com a família que lhe acolheu é hipótese que não deve ser considerada (DIAS, 2017, p. 114).

Segundo o relatório de estatísticas do Cadastro Nacional de Adoção (CNA) do Conselho Nacional de Justiça (BRASIL, 2018), no Brasil, há atualmente (maio/2018) 9.360 crianças e adolescentes disponíveis para adoção. Destas, 32,78% são brancas; 17,07% negras; 0,19% amarelas; 49,66% pardas; 0,3% indígenas. Desse total, 56,2% possuem irmãos e 26,35% possuem problemas de saúde.

Em contrapartida, no relatório de pretendentes cadastrados, apenas 49,82% aceitam adotar todas as raças (menos da metade); e 62,65% não aceitam adotar irmãos (mais da metade). Daqueles que pretendem adotar analisando o critério da idade dos adotandos, 75,25% estão entre os que querem adotar crianças de até no máximo cinco anos de idade (até um ano são 11,89%; até dois anos, 14,99%; até três anos, 18,48%; até quatro anos, 15,02%; até cinco anos, 14,87% – totalizando mais da metade), restando 24,75% para todos os demais que se encontram na faixa etária entre seis até dezoito anos de idade incompletos. Destes últimos, apenas 0,43% aceitam adolescentes com até dezoito anos de idade (porcentagem que representa 194 pessoas das mais de 45.145 que escolhem pela faixa etária).

Diante desta triste realidade numérica apresentada, demonstrando que a dificuldade de uma criança ou adolescentes ser adotada é real (em razão de diversos critérios), vemos que “as necessidades da criança, suas relações de afinidade e afetividade, sua vontade bem como suas condições psicológicas e emocionais devem ser priorizadas ao se determinar a preferência nas formas de famílias substituta” (PEREIRA, 1999, p. 52). O art. 197-C, § 3º, do Estatuto recomenda que os acolhidos em Família Acolhedora sejam preparados por equipe interprofissional antes da inclusão em família adotiva (BRASIL, 1990). Isto quer dizer que a passagem de crianças e adolescentes de um lar para outro não

é tarefa simples e que, sem dúvidas, mexe com o psicológico delas.

Certamente, o maior pecado desta forma encontrada pelo Estado para não manter crianças institucionalizadas, é seu caráter provisório e temporário [...]. A restrição não se justifica. [...] De todo descabido que, depois de um tempo determinado, a criança tenha que retornar ao abrigo. [...] Ora, caso tenha se consolidado vínculo de afinidade e afetividade com a família acolhedora, impositivo incentivar a adoção. Afinal, constituiu-se uma *filiação socioafetiva*. Assim, descabido que seja retirada da família que foi sua por algum tempo para ser entregue a quem se encontra cadastrado. Nessas situações, o interesse da criança deve ser o balizador da medida que lhe é mais vantajosa: certamente a adoção pela família acolhedora, se este for o desejo de ambos, embora esta não seja a finalidade do programa (DIAS, 2017, p. 113, grifo original).

Em leitura ao Estatuto, percebe-se que o acolhimento familiar é recomendável enquanto não se encontram outras pessoas interessadas na adoção da criança ou do adolescente, ou seja, aquela família cadastrada na Família Acolhedora está apta a receber o acolhido imediatamente, enquanto outras cadastradas ainda sequer foram localizadas, prolongando o sofrimento da população jovem (§ 11º, art. 50 – BRASIL, 1990).

Este tipo de disposição pode levar ao entendimento errado de que a Família Acolhedora se trata de caridade, por meio do qual as pessoas cadastradas dão subsistência provisória ao acolhido para que este não vá para um lugar “pior”, que seria a instituição de acolhimento.

Por fim, atenta-se especialmente ao § 13º, do art. 50, do Estatuto, que abre a possibilidade de ser deferida a adoção àqueles que não estão previamente cadastrados, quando forem domiciliados no Brasil, e o pedido ser feito “[...] por quem detém a tutela ou guarda legal de criança maior de 03 (três) anos ou adolescente, desde que o lapso de tempo de convivência comprove a fixação de laços de afinidade e afetividade, e não seja constatada a ocorrência de má-fé [...]” (BRASIL, 1990). Em continuidade, o § 14º informa que, na hipótese do parágrafo anterior, o interessado deverá comprovar que preenche os requisitos legais requeridos para adoção no curso do procedimento (BRASIL, 1990).

Porém, enquanto não há mudanças legais com relação à possibilidade de adoção de crianças acolhidas, aquela, atualmente, pode ser a única solução para famílias acolhedoras adotarem o acolhido: caso a família acolhedora comprove os vínculos de afinidade e afetividade e preencha os demais requisitos legais. Entretanto, não havendo a possibilidade de aplicação do dito artigo de lei, crianças e adolescentes de todo Brasil têm seus direitos violados por não serem prioridade legal e não tendo sido aplicado o princípio do melhor interesse.

Faz-se necessário, portanto, evitar a institucionalização, devendo-se, deste modo, auxiliar crianças e adolescentes a recuperarem e continuarem preservando a vontade de ter uma família (SCHREINER, 2004, p. 28).

## 5 Considerações finais

As crianças e os adolescentes que se encontram com o poder familiar de seus pais ou responsáveis suspenso estão sob a iminente possibilidade de terem o poder daqueles destituídos e serem encaminhadas para os procedimentos de adoção. Ao passarem por famílias acolhedoras, evitando a institucionalização antes da confirmação da perda, vivem novos sentimentos, novas rotinas e qualidade de vida. Apesar da atual norma ter sido instituída no sentido de prevenção, esta falhou no quesito de observar a aclamada filiação socioafetiva, tão importante quanto (ou até mais) que a biológica.

O Acolhimento Familiar ainda é falho no que diz respeito à proteção legislativa, vez que pouco está regulamentada no Estatuto da Criança e do Adolescente, ficando o funcionamento daquele sob o entendimento particular dos responsáveis pela entidade. Apesar disso, visa prevenir a tão temida institucionalização das crianças e adolescentes, o que demonstra sua grande valia.

Ocorre que, em decorrência da morosidade do Poder Judiciário, nada impede que o serviço de acolhimento familiar se estenda no tempo, situação na qual, como dito, vínculos serão criados e rotinas serão estabelecidas e, uma vez dissolvidos por um único requisito – impedimento de estar no cadastro de ado-

ção – trarão consequências às crianças e aos adolescentes que já estão em situação de vulnerabilidade.

Não se pode esquecer que o paradigma da proteção integral impera em nosso ordenamento jurídico e é necessário, sob o prisma deste, analisar e aplicar o que de fato será efetivo e garantidor às nossas crianças e nossos adolescentes. Deste modo, findamos o presente trabalho entendendo que esta restrição legal disposta no § 3º, do art. 34, da lei nº. 8.069/90 acabou por não garantir o princípio do melhor interesse e mostrar-se como verdadeira desproteção às reais necessidades das crianças e dos adolescentes.

## Referências

ARPINI, Dorian Mônica. Proteção social de crianças e adolescentes em serviços de acolhimento: contam-se boas-novas histórias no acolhimento. In: MOREIRA, Jacqueline de Oliveira; SALUM, Maria José Gontijo; OLIVEIRA, Rodrigo Torres (org.). **Estatuto da criança e do adolescente**: refletindo sobre sujeitos, direitos e responsabilidades. Brasília: CFP, 2016.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 3 mai. 2018.

BRASIL. Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm). Acesso em: 3 mai. 2018.

BRASIL. Lei nº. 12.010, de 3 de agosto de 2009. Dispõe sobre adoção; altera as Leis nos 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, 8.560, de 29 de dezembro de 1992; revoga dispositivos da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, e da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 4 ago. 2009.

BRASIL. Lei nº. 13.509, de 22 de novembro de 2017. Dispõe sobre adoção e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e a Lei nº 10.406,

de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil). **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 23 nov. 2017.

BRASIL. Ministério dos Direitos Humanos. **Orientações Técnicas: Serviços de Acolhimento para Crianças e Adolescentes**, 2009. Disponível em: <http://www.sdh.gov.br/assuntos/criancas-e-adolescentes/programas/pdf/orientacoes-tecnicas.pdf>. Acesso em: 3 mai. 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Cadastro Nacional da Adoção – Relatórios estatísticos**. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/cnovo/pages/publico/index.jsf> Acesso em: 10 mai. 2018.

CARVALHO, Pedro Caetano de. A família e o Município. In: PEREIRA, Tânia da Silva. **O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

DIAS, Maria Berenice. **Filhos do afeto: questões jurídicas**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

DIGIÁCOMO, Murillo José. **Estatuto da criança e do adolescente anotado e Interpretado**. 7. ed. Curitiba: Ministério Público do Estado do Paraná, 2017. Disponível em: <http://fempapr.org.br/site/wp-content/uploads/2017/07/Livro-ECA.pdf>. Acesso em: 04 mai. 2018.

FERNÁNDEZ, Antoni. Las políticas públicas. In: BADIA, Miquel Carminal (ed.). **Manual de ciência política**. 2. ed. Madrid: Tecnos, 2004. p. 460-482.

NUCCI, Guilherme. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

OLIVEIRA, José Maria Leoni Lopes de. **Guarda, tutela e adoção**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

PEREIRA, Tânia da Silva. **O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo. **Comentários à Lei Nacional da Adoção – Lei 12.010, de 3 de agosto de 2009 e outras disposições legais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SCHREINER, Gabriela. **Por uma cultura da adoção para a criança?** Grupos, Associações e Iniciativas de Apoio à Adoção. São Paulo: Editora Consciência Social, 2004.

SILVA FILHO, Artur Marques da. **O regime jurídico da adoção estatutária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

## **A educação para os direitos humanos em crise: a ausência de formação em Direitos Humanos para os operadores do direito nos cursos de graduação em Direito do Rio Grande do Sul**

*The education for human rights in crisis: the lack of human rights training for the legal operators in the undergraduate courses in Law of Rio Grande do Sul*

Jadir Zaro<sup>1</sup>

Leonardo Jensen Ribeiro<sup>2</sup>

### **Resumo**

Este artigo aborda a educação para os Direitos Humanos como disciplina nos cursos de Direito ministrados em instituições no Rio Grande do Sul. Com o objetivo de verificar a existência da disciplina em 37 cursos de Direito, analisou-se as diretrizes curriculares, bem como as ementas e regimentos das instituições. Utilizou-se o método de pesquisa bibliográfica e documental e verificou-se que a maioria das instituições possuem a disciplina de Direitos Humanos, no entanto em caráter parcial ou optativo. Utilizou-se o método de procedimento monográfico e o método hipotético-dedutivo.

**Palavras-chave:** Cursos de Direito. Direitos humanos. Educação. Rio Grande do Sul.

1 Doutorando e mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), integrante do Grupo de Estudos em Direitos Humanos de Crianças, Adolescentes e Jovens (GRUPECA/UNISC). Professor, advogado e assessor jurídico. E-mail: [jadirzaro@pallottipoa.com.br](mailto:jadirzaro@pallottipoa.com.br)

2 Mestre e bacharel em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), integrante do Grupo de Estudos em Direitos Humanos de Crianças, Adolescentes e Jovens (GRUPECA/UNISC). Servidor concursado do Poder Judiciário do Estado do Rio Grande do Sul desde 2013. E-mail: [ljribeiro@tjrs.jus.br](mailto:ljribeiro@tjrs.jus.br) ou [leojensenribeiro@hotmail.com](mailto:leojensenribeiro@hotmail.com)

## Abstract

The article deals with Human Rights education as a subject in Law courses taught at institutions in Rio Grande do Sul. It aims to verify the existence of the discipline in thirty-seven Law courses, and, for this, analyzes the curricular guidelines as well as the rules and regulations of the institutions. It uses the method of bibliographical and documentary research, and verifies that most institutions have the discipline of Human Rights, however in a partial or optional character. For this the article uses the method of monographic procedure and the hypothetical-deductive method.

**Keywords:** Education. Human rights. Law courses. Rio Grande do Sul.

## 1 Introdução

Os direitos humanos são o pilar da vida humana e da convivência em sociedade e os fundamentos que regem as sociedades. Muitas vezes, estes são relegados a poucos direitos em determinados lugares e tem o reconhecimento de muitos direitos em outros, mas talvez não sua validação na plenitude.

A complexidade do tema implica na necessidade de educar os estudantes do ensino superior e, para a avaliação deste artigo, os estudantes dos cursos de Direito. Tomou-se como exemplo o Rio Grande do Sul e os cursos ministrados no estado, mas tal análise poderia ser feita em qualquer estado da federação, assim como fora do país, e os resultados poderiam ter uma semelhança, infelizmente, gritante.

É importante verificar que a disciplina toma um caráter não somente relevante pela formação do operador do Direito de maneira subjetiva, mas também pelo fato de que é abordada em concursos públicos de todas as ordens, desde o técnico judiciário até concursos para Magistratura estadual e federal, Ministérios Públicos, Defensorias Públicas e carreiras policiais. Ou seja, todos os concursos que uma pessoa com a titulação de bacharel em direito esteja habilitada a fazer, lá estará a disciplina a ser co-

brada. Ainda, esta é fundamental e de caráter eliminatório para a prova de aptidão para o exercício da advocacia.

Este artigo analisa as ementas e regimentos de 37 cursos de Direito, sejam eles de faculdades, universidades ou centros universitários das mais diversas regiões geográficas do estado do Rio Grande do Sul. O artigo está legitimamente vinculado à linha de pesquisa políticas públicas de inclusão social e ao tema dos direitos fundamentais e dos direitos humanos.

Neste trabalho são utilizados os métodos de abordagem hipotético-dedutivo e de procedimento monográfico com pesquisa bibliográfica e documental. Este último deu-se principalmente pela análise minuciosa de ementas e regimentos de cada uma das instituições pesquisadas e pela explicitação gráfica dos resultados obtidos. Com os resultados é possível analisar se as disciplinas estão sendo ministradas e, por conseguinte, se isso ocorre de maneira integral, durante um semestre inteiro, com carga horária de disciplina completa, de maneira optativa ou com carga horária reduzida.

## 2 A educação para os direitos humanos

Sejam os jusnaturalistas ou os positivistas, sejam as pessoas que desconhecem ou ignoram esses conceitos e sequer sabem à qual ideologia se identificam, ninguém ignora a existência e a absoluta relevância dos Direitos Humanos e a necessidade latente da educação para Direitos Humanos desde a base da formação humana, nas séries iniciais, até os doutoramentos e pós-doutoramentos atingidos por pequena parcela da população mundial.

Santos (2004, p. 271) fala no dilema da completude cultural, que é a noção de que a formação do caráter humano é multifacetada e não compreende tão somente um ou outro aspecto. Dentro dessas noções, está intrínseca a necessidade do conhecimento de si próprio como detentor de direitos e deveres. O mundo não é uma constante, algo imutável, ele se modifica diariamente de acordo com as decisões tomadas pelos mais poderosos ou mais influentes. É em razão disso que o direito deve estar enraizado nas almas e no conhecimento de qualquer cidadão comum, inclusive para sua proteção.

Assim, a forma como esses direitos se transformaram nas últimas décadas, poder ser considerada, essencialmente, como consequência do processo de globalização. E é justamente nessa conjuntura de mundos plurais que se impõem novos desafios à sua efetividade. (COSTA, MARTÍN, 2008, p. 22).

Canotilho (2003, p. 249) refere-se ao ideal da “igualdade perante a lei e através da lei”, mas não há como conceber a percepção de igualdade sem que haja prévio conhecimento da lei ou da própria existência enquanto sujeito de direitos e não mero ser insignificante e fraco perante as instituições e os controladores daquelas. Acontece que, mesmo em diferentes níveis de aprendizagem, entender os Direitos Humanos é entender a essência humana, as razões que nos trouxeram até o patamar no qual nos encontramos, a noção de pertencer a uma sociedade e estar inserto em uma gama de direitos que ninguém pode retirar.

Disse Rousseau (2005, p. 78) que a forma distinta de se tratar civilmente é advinda das distinções políticas, motivada pela desigualdade do povo e de seus chefes. Isso é um reforço da ideia de que os direitos humanos devem ser compreendidos por todos, mesmo que, inicialmente, de maneira rasa, para que haja um aumento da noção da condição de ser político do povo em geral, o qual passará a exigir respeito e demandas na condição de sociedade civil.

O que Hobsbawm (1995, p. 348) referiu como a impressionante desigualdade que ocorre na sociedade da América Latina pode ser explicado em parte ao se entender que a maioria das pessoas não tem contato com uma disciplina de direitos humanos, ou que sequer sabe o que significam, mesmo que de maneira extremamente básica. Estudar e educar em direitos humanos é e faz entender as guerras e os momentos de paz, as diversidades das pessoas, a pluralidade de sujeitos e costumes e o motivo pelo qual essas diversidades devem ser respeitadas, é fazer-se respeitar perante a comunidade onde vive, entender a abrangência de seus passos, os limites de sua vida e tudo aquilo que pode fazer e deve deixar de fazer.

A luta da sociedade brasileira nas últimas décadas conseguiu eliminar – ou quase – a prática constante de violação oficial dos direitos humanos contra a classe média. Mas, nos pre-

sídios, nas vilas, nas favelas, para os pobres e excluídos as violações e os linchamentos sobreviveram à democratização, e tornaram-se cada vez mais vivos e sofisticados. (GORCZEVSKI, 2015, p. 74).

Principalmente no que tange às camadas mais pobres da população e aproveitando o fato de que essas camadas têm tido maior acesso à educação superior, não da maneira como se consideraria suficiente, mas significativamente mais do que no século XX, há que se utilizar do momento particularmente favorável (alguns dizem que já em declínio) da educação superior no Brasil para trazer à tona os temas mais significativos e discutir com os alunos, provocando a reflexão e interação entre as camadas mais pobres e as mais abastadas da população, não de maneira caritativa ou assistencialista, mas cooperativa.

### **3 Os Direitos Humanos nos cursos de Direito do Estado do Rio Grande do Sul**

Para o presente trabalho foram analisadas as ementas e os regimentos de 37 cursos de Direito ministrados em instituições diversas no estado do Rio Grande do Sul: centros educacionais, centros universitários, faculdades e universidades. O levantamento demonstra a presença ou não da disciplina e a maneira como é ministrada: em integral dentro de um semestre, particionada, inserta em contextos terceiros, oferecida como opção alternativa ou nem sequer ofertada na instituição.

As ementas e os regimentos dos cursos demonstraram em sua maioria uma ausência de preocupação ou dada importância para com os Direitos Humanos, o que reflete diretamente na formação dos operadores do Direito, isso sem contar a relevância dos Direitos Humanos em diversas esferas da vida.

[...] existe um descompasso sobre os estudos em relação à problemática dos direitos humanos atualmente, tanto no plano internacional quanto nacional, e a própria discussão teórica sobre a noção de direitos humanos e o aprofundamento sobre as concepções práticas sobre educação em direitos humanos. (DIAS; FERREIRA; ZENAIDE, 2010, p. 113).

Obviamente, para a formação do caráter humano, o estudo dos Direitos Humanos é essencial e indispensável. No entanto, mesmo pensando em um caráter monetizador das instituições, estas sequer se preocupam com um conteúdo que é, logo após a conclusão do curso de Direito, um dos exigidos para o exercício da profissão do advogado, já que está presente na prova da Ordem dos Advogados do Brasil.

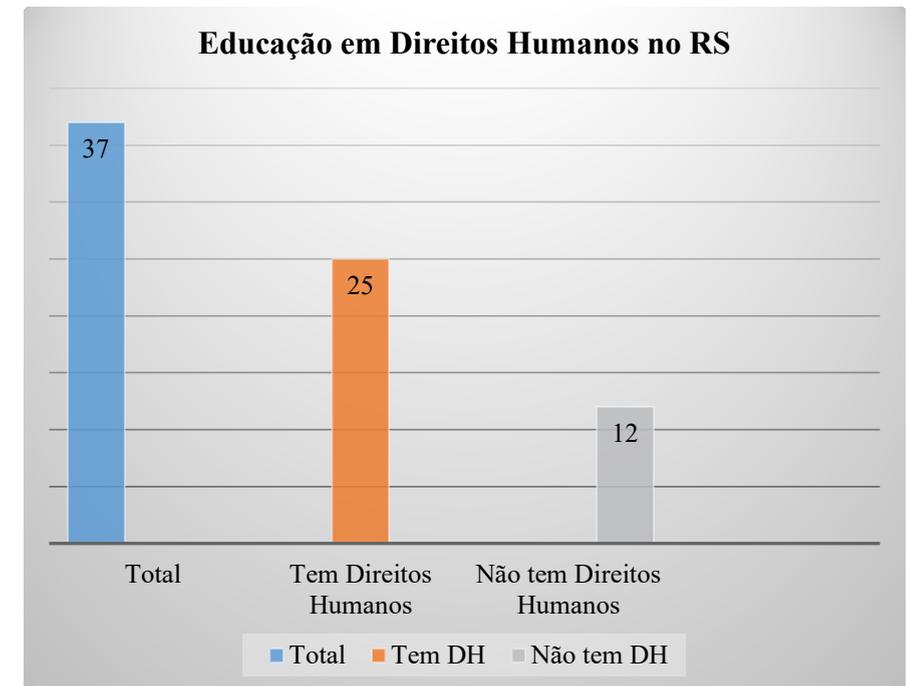
Diz Mondaini (2005, p. 15) que é necessária uma consciência de que o regime democrático da Constituição de 1988 é o terreno mais efetivo para a luta pelos direitos humanos no país, mesmo com a existência de inúmeros obstáculos. Nesse sentido, o autor refere como obstáculo, logicamente, o desconhecimento da população, a qual acaba por ser manipulada por uns poucos.

Apenas na esfera das instituições políticas ainda resta uma diversidade global significativa, com uma ampla gama de governos pelo mundo resistindo à ideia do Estado de direito, com sua proteção aos direitos individuais, como a base para um governo representativo significativo. (FERGUSON, 2012, p. 32).

Mesmo os concursos de nível técnico e alguns de nível analista, ou seja, os que demandam somente nível de ensino médio e os que demandam formação superior, respectivamente, já começam a exigir questões sobre Direitos Humanos. Além disso, as provas para Magistratura, Ministério Público, Defensoria Pública e para as carreiras policiais, todas exigem esse conhecimento.

Com relação à análise específica das instituições, o primeiro gráfico demonstra a totalidade das que foram analisadas e entre estas quais ministram a disciplina de Direitos Humanos. No primeiro gráfico se ignorou o fato dessas disciplinas serem particionadas, oferecidas como optativas ou qualquer outro fator, ele é tão somente para demonstrar, entre as instituições pesquisadas, quantas possuem referida disciplina.

### A educação para os Direitos Humanos no Rio Grande do Sul – observação integral



(Instituições pesquisadas constantes das referências gráfico de elaboração própria)

Vê-se que das 37 instituições que ministram cursos de Direito pesquisadas no estado do Rio Grande do Sul, 12 sequer apresentam uma disciplina de Direitos Humanos, isso mesmo considerando aquelas que são fragmentadas, com nomes variados ou com múltiplos assuntos sendo abordados em uma mesma disciplina. Portanto, esses 12 cursos não possuem de maneira alguma a disciplina de Direitos Humanos sendo abordada em sua estrutura curricular, e os alunos dependem exclusivamente dos professores para saberem sobre os conceitos de maneira resumida em cada outra cadeira ou matéria.

O número de estudantes sendo formados em Direito no Brasil tem aumentado significativamente e é de conhecimento público também que o número de reprovados no Exame da Ordem dos Advogados do Brasil cresce exponencialmente. A maioria dos formados em Direito sequer tenta concursos tidos como mais complexos, como o da Magistratura, motivo pelo qual

as inscrições para participar desses certames têm tido menos adeptos.

Essa realidade pode ser parcialmente explicada pelo gráfico apresentado, já que diversos dos formados em Direito saem de um curso com duração mínima de cinco anos sem qualquer noção sobre Direitos Humanos além dos rasos conhecimentos que as outras disciplinas ministram sobre o tema em seu parco tempo de duração ou dos conhecimentos de vivência, nem de longe suficientes.

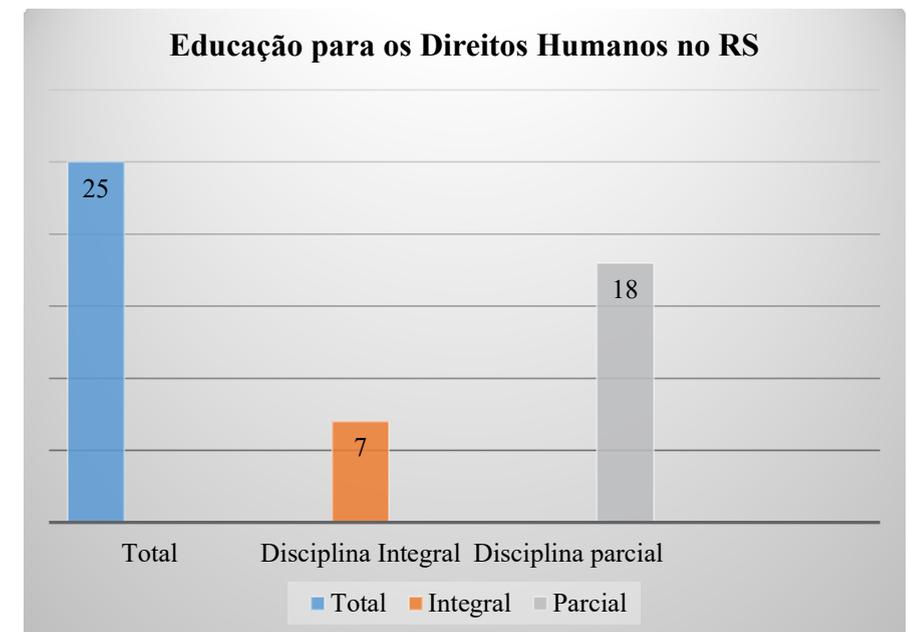
Não se entrará aqui no mérito da formatação das disciplinas, o que faria com que praticamente todas fossem desconsideradas, já que são extremamente ultrapassadas. A educação no país inegavelmente precisa de uma revisão geral e que seja colaborativa, ouvindo as diversas esferas da sociedade.

É bastante comum que afirmemos que queremos formar sujeitos de direito e colaborar na transformação social, e, no entanto, do ponto de vista didático-pedagógico, utilizarmos fundamentalmente estratégias centradas no ensino frontal, isto é, exposições, verbais ou midiáticas, quando muito introduzindo espaços de diálogo em momentos determinados. (DIAS; FERREIRA; ZENAIDE, 2010, p. 134).

O próximo gráfico demonstra, entre as 25 instituições restantes que possuem disciplina de Direitos Humanos em suas grades, quantas delas são ministradas na integralidade, aqui tomada como a completude de um semestre inteiro, o período de seis meses. De outro lado, demonstra quais delas são ministradas com carga horária reduzida, insertas em outros assuntos, pormenorizadas ou como optativas.

Cabe a observação de que foram somadas todas as disciplinas não integrais, pois as informações prestadas pelas ementas e regimentos das instituições (as informações de alcance do público geral) nem sempre são claras acerca da carga horária da disciplina ou de total abrangência desta. No entanto, foi efetiva a pesquisa no sentido de demonstrar a ausência de importância relegada aos Direitos Humanos na maioria das instituições.

### Os Direitos Humanos no Rio Grande do Sul – parcialidade e integralidade



(Instituições pesquisadas constantes das referências gráfico de elaboração própria)

A publicidade das ementas também é um grande problema, já que estas são muitas vezes escondidas em websites ou até indisponíveis para acesso público, o que dificulta ao estudante que ingressará no curso ou pensa em fazê-lo conhecer as disciplinas desse, assim como preparar-se com antecedência para os semestres ou até fazer a escolha entre as universidades, faculdades ou centros universitários justamente pela disponibilidade das disciplinas que se entendem por necessárias e são negligenciadas em alguns dos locais pesquisados.

Da análise do último gráfico se observa que apenas sete das 37 instituições analisadas oferecem a disciplina de Direitos Humanos, ou seja, educa para os Direitos Humanos de maneira que pode ser tomada como, ao menos, suficiente perante as demais. Não é que o ensino dos Direitos Humanos, caso lecionado em 18 encontros durante seis meses, será suficiente, mas será muito mais efetivo do que não fazê-lo ou fazê-lo de maneira particionada ou reduzida.

No conceito disciplina parcial foram tomadas todas aquelas ofertadas em alguns conceitos tidos como prejudiciais, como é o caso da optativa: a disciplina optativa é perigosa pois é condicionada ao interesse de um número suficiente de alunos para custeá-la. Diante disso, ocorre que a disciplina pode ser ministrada para uns e ficar ausente das grades por diversos outros semestres, como também nunca ser alvo de interesse e ser até descontinuada. Isso também contribui para o fato de não se ter um professor específico, já que a disciplina não é parte integrante da grade curricular do curso e, diante disso, é ministrada por qualquer professor tapa-buraco, por aqueles que são por algum motivo rejeitados de disciplinas tidas como mais complexas ou até por professores iniciantes, e isso não significa de plano que será uma experiência ruim, mas que se está brincando ou, melhor, relegando a disciplina de Direitos Humanos a uma ideia de disponibilidade.

A disciplina particionada e inserta em um contexto mais amplo juntamente com outros assuntos e a disciplina com carga horária reduzida: os Direitos Humanos têm em seu grau de complexidade na graduação um certo nível elevado, o que implica dedicação exclusiva e de grande monta ao assunto.

No caso das disciplinas que inserem outros conceitos, perde-se muito tempo a explicar diversas ideologias e interesses diferentes, como, por exemplo, as escolas multiseriadas, aquelas nas quais alunos de diversas fases ou séries são colocados em uma mesma sala com um professor somente. Este tem que dividir e manejar seu tempo para ensinar conhecimentos mais básicos e mais avançados em um mesmo local, para pessoas de idades diferentes. Este modelo serviu por algum tempo para uma alfabetização básica, mas está há muito ultrapassado.

Isso quer dizer que muitas turmas podem passar pelos cursos de Direito aqui pesquisados sem que tenham nenhum ou muito superficial contato com a disciplina de Direitos Humanos e a compreensão desta, o que implica também no entendimento do que são os Direitos Fundamentais e em uma cadeia enorme de direitos que passam despercebidos ou são tidos como desnecessários pois não se entende sua origem.

Há que se observar a necessidade e importância da disciplina, já que “as novas realidades e os problemas [...] trazem para as perguntas morais um peso novo, um novo desafio” (HAHN, 2012, p. 72). Esse desafio deve logicamente ser enfrentado também dentro das salas de aula, na importante função de formação dos operadores do direito. Conforme Gorczewski,

Formar cidadãos comprometidos com valores éticos, com a solidariedade, com a paz, a justiça e com os direitos humanos não é responsabilidade unicamente dos Estados. [...] Essa é também uma missão da sociedade e exige que cada um de nós assuma sua parcela de responsabilidade porque a própria história nos mostra que não há comunidade democrática sem o respeito a estes valores. (GORCZEWSKI, 2009, p. 229-230).

Os professores e coordenadores de cursos assumem, portanto, uma importante tarefa nessa seara, não devendo ser somente pessoas que atendem os critérios formalizados pelo governo federal para a criação e manutenção de cursos de Direito, meros repetidores da norma formal, mas sim idealizadores do próprio Direito, reformulando os programas acadêmicos a fim de dar mais visibilidade aos direitos humanos.

Gorczewski (2009, p. 231) fala também das etapas cognitiva, emocional e ativa para os alunos, que são as três etapas essenciais para a educação efetiva em direitos humanos. Pois bem, essa é outra tarefa árdua de professores e coordenadores de curso, que devem respeitar as necessidades intrínsecas de seus alunos, as peculiaridades dos cursos no que diz respeito ao tempo e à duração das disciplinas e, ainda, entender a complexidade dos alunos e de seus processos de aprendizado.

## **4 Conclusões**

Com a análise deste artigo conclui-se sobre a importância da educação para os direitos humanos, aqui tomada na acepção dos futuros operadores do Direito, o que, pela análise dos gráficos apresentados, ou não vem ocorrendo ou ocorre de maneira muito fragmentada nas diversas instituições do Rio Grande do Sul.

Poucas são as instituições que oferecem a disciplina de Direitos Humanos em caráter integral e de maneira obrigatória, in-

tegrada na grade curricular. Se em tempo integral, tida a disciplina por um semestre da faculdade, ou seja, o percurso de, em média, dezoito encontros de aula, já é insuficiente, quiçá a fragmentação.

Aliás, a fragmentação, que é a inserção dessa em outras disciplinas e que fragmenta em absoluto a essência da disciplina; a fragmentação em horário, que consiste em carga horária reduzida, claramente não tendo o docente tempo suficiente para expor o básico acerca dos Direitos Humanos; e a perigosa opção de dispor da disciplina ou coloca-la como optativa. As disciplinas optativas talvez sejam a segunda pior forma de coibir a aprendizagem de Direitos Humanos, já que a opção semestral por ter ou não a disciplina faz com que ela seja ministrada somente se um certo número de alunos demonstrar interesse naquele semestre. Isso tem duas leituras perigosas: a primeira, que se determina que os Direitos Humanos estão sujeitos à boa vontade dos discentes e a segunda, que alguns a terão, outros não, a depender do semestre.

Entende-se, portanto, que as instituições necessitam de aprimoramento de suas grades curriculares, incluindo o tema dos Direitos Humanos, mas não de maneira temporária, irrelevante, diminuta ou opcional. O Direito não pode ignorar seu fundamento gerador, ao mesmo tempo que sua essência, a matéria que disciplina as demais matérias, condiciona os princípios e influencia toda a vida na terra.

Já é passado da hora de haver modificações significativas nas estruturas curriculares dos cursos de Direito e em geral nas faculdades do Rio Grande do Sul e do Brasil. Muitos já foram prejudicados por essas ausências de disciplinas relevantes, mas ainda é possível e imperativo fazê-las e cabe aos professores e responsáveis pelos cursos de Direito suscitarem o tema em suas instituições, não somente para respeitar a legislação em vigor, mas também para inserir mais humanidade e reflexão nos discentes.

## Referências

ANHANGUERA. Disponível em: <https://www.anhanguera.com/graduacao/cursos/direito.php>[http://cms.anhanguera.com/storage/web\\_aesa/g\\_cadastro\\_apoio/g\\_curso\\_graduacao/DIREITO.pdf](http://cms.anhanguera.com/storage/web_aesa/g_cadastro_apoio/g_curso_graduacao/DIREITO.pdf). Acesso em: 14 jan. 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 out. 1988.

CANDAU, Vera Maria; SACAVINO, Susana. Educação em Direitos Humanos: concepções e metodologias. In: DIAS, Adelaide Alves; FERREIRA, Lúcia de Fátima Guerra; ZENAIDE, Maria de Nazaré Tavares (org.). **Direitos Humanos na educação superior: subsídios para a Educação em Direitos Humanos na Pedagogia**. João Pessoa: Editora Universitária da UFPB, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CENTRO de Ensino Superior Cenecista de Farroupilha – CESF/CNEC. Disponível em: [http://faculdefarroupilha.cnec.br/wp-content/uploads/sites/150/2016/02/2017\\_NOVA-MATRIZ\\_DIREITO\\_-pers-3.pdf](http://faculdefarroupilha.cnec.br/wp-content/uploads/sites/150/2016/02/2017_NOVA-MATRIZ_DIREITO_-pers-3.pdf). Acesso em: 10 jan. 2018.

CENTRO Universitário Cenecista de Osório. Disponível em: <http://facos.edu.br/graduacao/direito/artigo/37>. Acesso em: 11 jan. 2018.

CENTRO Universitário Metodista IPA. **Ingresso no 1º semestre**. [201-]. Disponível em: <http://ipametodista.edu.br/direito/curriculo-do-curso/ingresso-no-1o-semester/>. Acesso em: 10 jan. 2018.

CESUCA – Faculdade Inedi. **Matriz Curricular** – curso de direito. 2017. Disponível em: [http://www.cesuca.edu.br/file/docs/matriz\\_curricular\\_2017\\_2\\_DIR.pdf](http://www.cesuca.edu.br/file/docs/matriz_curricular_2017_2_DIR.pdf). Acesso em: 15 jan. 2018.

COSTA, Marli Marlene Moraes da; MARTIN, Nuria Belloso. **Diálogos jurídicos entre Brasil e Espanha: da exclusão social aos direitos sociais**. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2008.

ESTÁCIO. **#Graduação Direito**. [201-]. Disponível em: <http://portal.estacio.br/graduacao/direito>. Acesso em: 10 jan. 2018.

FACENSA/CNEC Gravataí. Disponível em: <http://faculdadegravatai.cnec.br/wp-content/uploads/sites/127/2016/01/Site-Curri%CC%81culo-CNEC-2016-2.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2018.

FACULDADE Antônio Menegheti. **Estrutura Curricular** – bacharelado direito AMF. [201-]. Disponível em: [http://www.faculdadeam.edu.br/Content/upload/graduacao/Matriz\\_Curricular\\_por\\_forma%C3%A7%C3%A3o\\_Direito\\_AMF.pdf](http://www.faculdadeam.edu.br/Content/upload/graduacao/Matriz_Curricular_por_forma%C3%A7%C3%A3o_Direito_AMF.pdf). Acesso em: 15 jan. 2018.

- FACULDADE Dom Alberto. **Direito**. [201-]. Disponível em: <http://www.domalberto.edu.br/cursos/direito/>. Acesso em: 12 jan. 2018.
- FACULDADE Metodista Centenário. **Curso de Direito**: matriz curricular. [201-]. Disponível em: <http://fames.edu.br/direito/disciplinas>. Acesso em: 15 jan. 2018.
- FACULDADE São Francisco de Assis. Disponível em: <http://www.saofranciscodeassis.edu.br/wp-content/uploads/2019/01/2015-grade-curricular-direito-atualizada-em-2018.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2018.
- FADERGS. **Direito**. Disponível em: <https://www.fadergs.edu.br/graduacao/direito#estrutura>. Acesso em: 11 jan. 2018.
- FADISMA. **Currículo**. [201-]. Disponível em: <http://www.fadisma.com.br/ensino/graduacao/direito/curriculo/>. Acesso em: 12 jan. 2018.
- FAPA. Disponível em: <https://www.fapa.com.br/php/graduacao.php?curso=3210&do=corpoDocente>. Acesso em: 14 jan. 2018.
- FEEVALE. **Direito**. [201-]. Disponível em: <http://www.feevale.br/graduacao/direito/estrutura-curricular>. Acesso em: 13 jan. 2018.
- FERGUSON, Niall. **Civilização**: ocidente x oriente. Tradução Janaína Marcoantonio. São Paulo: Planeta, 2012.
- FISUL. Disponível em: [https://fisul.edu.br/download/Matriz\\_Curricular\\_Direito/files/documents/7403267c3c2917a26cc4448d35328749.pdf](https://fisul.edu.br/download/Matriz_Curricular_Direito/files/documents/7403267c3c2917a26cc4448d35328749.pdf). Acesso em: 11 jan. 2018.
- FSG Centro Universitário. **Matriz Curricular Direito**. [201-]. Disponível em: [http://fsg.br/file/docs/Direito%20\(formatada\).pdf](http://fsg.br/file/docs/Direito%20(formatada).pdf). Acesso em: 14 jan. 2018.
- FUNDAÇÃO Escola Superior do Ministério Público. Disponível em: <http://www.fmp.edu.br/graduacao/direito-bacharelado/matriz-curricular/>. Acesso em: 15 jan. 2018.
- GORCZEWSKI, Clovis. As condenações do Brasil na Corte Interamericana de Direitos Humanos e as políticas públicas decorrentes. In: COSTA, Marli Marlene Moraes da;
- LEAL, Mônia Clarissa Henning (org.). **Direitos sociais e políticas públicas**: desafios contemporâneos. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2015.
- GORCZEWSKI, Clovis. **Direitos humanos, educação e cidadania**: conhecer, educar, praticar. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2009.

- HAHN, Paulo. A ética enquanto fundamento dos Direitos Humanos. In: COSTA, Marli Marlene Moraes da; RODRIGUES, Hugo Thamiir (org.). **Direito e Políticas Públicas**. v. V. Curitiba: Multideia, 2012.
- HOBSBAWM, Eric John Ernest. **Era dos Extremos**: o breve século XX: 1914-1991. Tradução Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- IBGEN Business School. Disponível em: <https://www.ftec.com.br/ibgen/presencial/graduacao/direito/>. Acesso em: 12 jan. 2018.
- IESA/CNEC. Disponível em: <http://cneccsan.cneccbr.com.br/wp-content/uploads/sites/22/2015/04/Matriz-Curricular-Direito-2016.pdf>. Acesso em: 11 jan. 2018.
- IMED. **Estrutura Curricular**. [201-]. Disponível em: [https://www.imed.edu.br/Uploads/Estrutura%20Curricular%20Direito%20POA\(1\).pdf](https://www.imed.edu.br/Uploads/Estrutura%20Curricular%20Direito%20POA(1).pdf). Acesso em: 15 jan. 2018.
- MONDAINI, Marco. **Direitos humanos no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Contexto, 2015.
- PUCRS. **Direito**. [201-]. Disponível em: <http://www.pucrs.br/direito/curso/bacharelado-em-direito/#curriculos>. Acesso em: 11 jan. 2018.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. **A Origem da Desigualdade Entre os Homens**. Tradução Ciro Mioranza. São Paulo: Editora Escala, 2005.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural dos direitos humanos. In: BALDI, César Augusto (org.). **Direitos humanos na sociedade cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- SÃO JUDAS TADEU. **Direito**. [201-]. Disponível em: <http://www.saojudastadeu.edu.br/faculdade/graduacao/direito>. Acesso em: 10 jan. 2018.
- UCS. **Direito**. Disponível em: <https://www.ucs.br/site/portalcursos/130/>. Acesso em: 12 jan. 2018.
- UFSM. **Portal do Ementário**. Disponível em: <https://portal.ufsm.br/ementario/disciplina.html?jsessionid=4e90b00a82987b0b4ddb1afb-27bf?idDisciplina=75672>. Acesso em: 15 jan. 2018.
- ULBRA. **Grade Curricular**. 2015. Disponível em: <http://www.ulbra.br/canoas/graduacao/presencial/direito/bacharelado/matriz>. Acesso em: 14 jan. 2018.

UNIJUÍ. **Direito** – bacharelado. [201-]. Disponível em: <http://www.uniju.edu.br/estude/graduacao/cursos/direito-bacharelado>. Acesso em: 12 jan. 2018.

UNIRITTER. **Horário do Curso De Direito** - Campus Porto Alegre (Noite). 2017. Disponível em: <http://www.uniritter.edu.br/files/editor/files/horarios-2017-1-porto-alegre-noite.pdf>. Acesso em: 11 jan. 2018.

UNISC. **Direito**. [201-]. Disponível em: <http://www.unisc.br/pt/cursos/todos-os-cursos/graduacao/bacharelado/direito/disciplinas>. Acesso em: 10 jan. 2018.

UNISINOS. **GR14001** - Curso de Direito - bacharelado diurno e noturno (habilitação 002 - Matriz Curricular 005). [201-]. Disponível em: <http://www.unisinos.br/images/modulos/graduacao/disciplinas/grande-curricular/GR14001-002-005.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2018.

UNIVATES. **Direito**. [201-]. Disponível em: <http://www.univates.br/graduacao/direito/disciplinas>. Acesso em: 12 jan. 2018.

UNIVERSAIDE Católica de Pelotas. **Currículo**. [201-]. Disponível em: <http://direito.ucpel.edu.br/sobre-o-curso/curriculo/>. Acesso em: 11 jan. 2018.

UNIVERSIDADE de Passo Fundo. **Currículo Simples**. [201-]. Disponível em: <https://secure.upf.br/apps/academico/curriculo/index.php?curso=3610&curriculo=1>. Acesso em: 13 de janeiro de 2018

UNIVERSIDADE Federal do Rio Grande. **Faculdade de Direito**. [201-]. Disponível em: <http://www.direito.furg.br/index.php/coordenacao-direito/projeto-politico-pedagogico/258-projeto-politico-pedagogico-do-curso-de-direito-2013>. Acesso em: 14 jan. 2018.

UNIVERSIDADE La Salle. Disponível em <https://www.unilasalle.edu.br/vestibular/uploads/cursos/61d52c3f35cfd8.20181011183727.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2018.

URCAMP. Disponível em: <https://www.urcamp.tche.br/cursos/graduacao/direito>. Acesso em: 14 jan. 2018.

URI Santo Ângelo. **Grade Curricular: direito diurno 2017**. 2017. Disponível em: [http://srvapp2s.santoangelo.uri.br/sites/site\\_novo/?page\\_id=480](http://srvapp2s.santoangelo.uri.br/sites/site_novo/?page_id=480). Acesso em: 15 jan. 2018.

## O tratamento dado ao argumento orçamentário nas decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul nos casos de contratação de monitores

Marcia da Silveira Moreira<sup>1</sup>  
André Inacio Silva Lopes<sup>2</sup>

### Resumo

O constitucionalismo contemporâneo traz a ideia de garantia dos direitos fundamentais sociais, o texto constitucional brasileiro de 1988 chancela este posicionamento e assegura às crianças e adolescentes o acesso à educação e à saúde (art. 208, IV, CF/88). Esse encontra conformação no art. 54, III, e § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual prevê a obrigatoriedade de atendimento educacional especializado à criança portadora de deficiência. A atual conjuntura econômica e social brasileira tem levado à instauração de inúmeras demandas na esfera judicial do Tribunal de Justiça Gaúcho para assegurar às crianças portadoras de necessidades especiais -provenientes de famílias de baixa renda- o direito ao acompanhamento escolar de monitores na rede pública de educação. O presente trabalho busca analisar a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul para verificar o tratamento dado às demandas envolvendo o pedido de concessão de monitor, sob o aspecto orçamentário dos municípios gaúchos. Buscar-

1 Mestranda em Direitos Sociais e Políticas Públicas da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC atrelada à linha de pesquisa Constitucionalismo Contemporâneo. Pós-graduada em Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Direito Previdenciário e graduada em Direito pela UNISC. Integrante do grupo de pesquisas: Transparência e acesso à informação para o exercício do controle social: um estudo dos portais da transparência dos municípios do Rio Grande do Sul com enfoque aos serviços públicos e políticas públicas de saúde e educação, coordenado pela professora Caroline Müller Bitencourt. Advogada atuante. E-mail: advmarcia@yahoo.com.br

2 Acadêmico do curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Bolsista de Iniciação Científica pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Rio Grande do Sul (FAPERGS), orientando da professora Caroline Müller Bitencourt no projeto Transparência e acesso à informação para o exercício do controle social: um estudo dos portais da transparência dos municípios do rio grande do sul com enfoque aos serviços públicos e políticas públicas de saúde e educação. E-mail: andre.lps@hotmail.com

se-á a identificação do direito do estudante com necessidades especiais ao acompanhamento de monitor como direito fundamental de acesso à educação para logo a seguir tratar do ônus público de implementação dos direitos fundamentais com a observância das teorias da reserva do possível e do mínimo existencial. Em seguir analisar-se-ão os argumentos trazidos nos acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no julgamento de apelações cíveis nos anos de 2016 e 2017, buscando identificar nos argumentos debatidos nos acórdãos qual a relevância que o tema do impacto orçamentário tem para a decisão de conceder ou negar a concessão de monitores. A hipótese levantada é de que o argumento de impacto orçamentário não é mensurado na grande maioria dos acórdãos e quando trazido serve apenas de forma ilustrativa para chancelar o afastamento do princípio da reserva do possível em favor da garantia de direitos fundamentais, não servindo de lastro para as decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

**Palavras chave:** educação - direitos fundamentais – jurisprudência - monitores escolares - orçamento público.

## Abstract

The virtual constitutionalism behind the idea of guaranteeing the social foundations, the Brazilian constitutional text of 1988 to chancellor and to enjoy as children and adolescents the access to education and health (article 208, IV, CF / 88) and that finds compliance with art. 54, III, and § 2, of the Statute of the Child and Adolescent, which is an obligation of educational assistance for a disabled person. A Brazilian economic and social situation has led to a multiple demand in the judiciary of the Gaúcho Court of Justice to ensure the fulfillment of the needs of people with special needs, the income of income families, the right to monitor school monitors in the network education. The case is an analysis of the Court of Justice of the State of Rio Grande do Sul to verify if there is data on the demands of the subsidy request, under the aspect of the mandate of the gaúcho governments. Search the conceptualization of the right to the accompaniment of fundamental right of access to education for the magazine to deal with the euphctic of predicting fundamental rights with an observation of theories of the reserve of the future and of existential merit, next if The judgment is made in the judgments of the Court of Justice of the State of Rio Grande do

Sul, in the judgment of the appeals of the years 2016 and 2017, seeking to become the debated of the judgments more relevant than the theme or to deny the grant of monitors. The hypothesis raised is the case of the budget argument that is not measured in most cases and what is brought up is illustrative to the chancellor or the withdrawal of the reserve principle to do so in favor of the guarantee of fundamental rights, not serving as the decisions of the Court of Justice of Rio Grande do Sul.

**Keywords:** education; fundamental right; jurisprudence; school monitors; public account

## 1 Introdução

O presente trabalho é uma pesquisa qualitativa de jurisprudência junto ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ-RS), que busca apontar a forma como o Tribunal vem julgando os casos que envolvem a contratação de monitores para acompanhamento de estudantes com necessidades especiais na rede pública e o tratamento dado ao argumento orçamentário.

Por argumento orçamentário entende-se para fins da análise todo argumento que referir ingerência na programação financeira do Estado e/ou Municípios de forma expressão, não se atendo à simples indicação da observância da reserva do possível, sem que esta seja fundamentada em razão do caso concreto.

Os acórdãos selecionados para análise foram por meio de pesquisa de jurisprudência na sessão específica Jurisprudência usando ferramenta de busca para localização de acórdãos conforme o interesse a ser pesquisado no site do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul ([www.tj.rs.jus.br](http://www.tj.rs.jus.br))

Os critérios utilizados para alimentar a ferramenta de busca avançada foram o lapso temporal e o tema a ser pesquisado. Em um primeiro momento foi feita uma busca abrangendo os acórdãos publicados nos anos entre 2012 e 2017, para ter um período referencial de cinco anos.

A metodologia utilizada na pesquisa, está relacionada aos algoritmos de busca do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. A interferência do pesquisador somente ocorre na definição dos critérios gerais ou de busca avançada a serem utilizados, desta forma, para maior clareza de como se obteve o resulta-

do, passamos a explicar os critérios, que preenchimento e o não preenchimento de campos de pesquisa influenciam no número de acórdão a serem informados, havendo sempre a possibilidade de não se exaurir os julgados em razão de outros critérios não testados.

Sendo assim o preenchimento dos campos para a pesquisa quantitativa ocorreu do seguinte modo: **Busca: contratação de monitor**; Tribunal: todos; Órgão Julgador: todos; Relator/Redator: todos; **Tipo de Processo: Apelação Cível**; Classe CNJ: todos; Assunto CNJ: todos; Referência Legislativa: nada; Jurisprudência: nada; Comarca de Origem: nada; Assunto: nada; **Data de Julgamento: 01/01/2012 à 21/12/2017**; nada; Número: nada; Seção: nada; Data de Publicação: nada; Tipo de Decisão: nada; **com a expressão: contratação de monitor.**

Da pesquisa feita no site TJ-RS usando os critérios destacados houve, 50 resultados de acórdãos. Deste total vinte e três acórdãos eram referentes a ações que não guardavam relação com o direito à educação e à contratação de monitores para atender à demanda de crianças e adolescentes com necessidades especiais e um não possuía inteiro teor, totalizando vinte e quatro acórdãos descartados.

Os referidos acórdãos constaram no resultado final da pesquisa no site por guardarem semelhanças semânticas com os termos pesquisados "contrato" e "monitores", o que se observa em razão de inúmeros destes processos serem ações monitorias e revisão/ rescisão de contratos. Desta feita, por não satisfazerem os requisitos da pesquisa, foram descartados os seguintes acórdãos: 70069859569, 70075001727, 70069623858, 70069092260, 70072521032, 70070817275, 70070064555, 70069400232, 70068672369, 70062497615, 70055062889, 70060904851, 70061827432, 70061827226, 70061827358, 70061827093, 70060854908, 70052334042, 70057661043, 70036568533, 70054641964, 70053533188, 70037573029. E dentre os acórdão descartados inclui-se o acórdão de número 70071810907 por não estar disponível seu inteiro teor, ainda que refira-se ao tema, impossibilitando a apreciação dos argumentos trazidos pelas partes.

Descartados os acórdãos que não se relacionavam com o tema da contratação de monitores para o atendimento de estudantes com necessidades especiais, restaram para análise 26 acórdãos, todos provenientes de Apelação Cível, deste total doze acórdãos eram originários de Ação Civil Pública e 14 tinham na origem uma ação ordinária movida diretamente pelo cidadão.

Dos processos que foram patrocinados em sua origem pelo Ministério Público, pugnando a concessão de monitor para estudante da rede pública, apenas o processo de nº 70057708042 não obteve êxito em primeira instância, tendo todos os demais sido procedentes e determinando a concessão de monitor para acompanhamento do estudante portador da necessidade especial.

Nos processos patrocinados por particulares por meio de ações ordinárias, das 13 ações ajuizadas quatro foram julgadas improcedentes, não reconhecendo o direito do estudante à disponibilização de monitor na escola onde este estava matriculado.

Outro dado relevante obtido pela análise dos números do processo é que das 26 ações analisadas, 18 foram movidas contra o Estado do Rio Grande do Sul e apenas seis foram direcionada para os municípios, sendo ainda que em outras duas ações figuraram de forma conjunta no polo passivo da demanda o Município e o Estado. Observa-se destes dados que o Estado tem sido a principal opção do cidadão para a responsabilização pela falta de concretização do direito à educação, ainda que sua responsabilidade seja solidária aos demais entes públicos.·

A partir desses dados esta pesquisa se propõe em um primeiro momento, a identificar o direito dos estudantes portadores de necessidades especiais ao acompanhamento de monitor em sala de aula como direito fundamental de acesso à educação para logo a seguir tratar do ônus público de implementação dos direitos fundamentais com a observância das teorias da reserva do possível e do mínimo existencial. Na sequência analisar-se-ão os argumentos trazidos nos acórdão do TJ-RS, no julgamento de apelações cíveis nos anos de 2016 e 2017, buscando identificar nos argumentos debatidos nos acórdãos a relevância que o tema do impacto orçamentário tem para a decisão de conceder ou negar a contratação de monitores nas escolas da rede pública de educação. Ao final, analisar-se-ão os argumentos das decisões pelo procedimento da

ética do discurso que busca identificar nas decisões os argumentos de racionalidade que fundamentam as decisões, segundo os postulados de Habermas (2003) e Günther (2004).

## 2 A figura do monitor e o acesso à educação como direito fundamental

Foi a partir do advento do Constitucionalismo Social que uma visão comunitária de valores compartilhados pela comunidade e que privilegiam as múltiplas inter-relações entre Estado, sociedade e indivíduos, passou a tomar forma. As constituições passaram a abranger de forma mais ampla os interesses sociais, nascendo, assim, então o poder de exigir a realização material da igualdade com acesso da comunidade à saúde, à educação, e aos demais bens materiais e imateriais, para que a igualdade jurídica prevaleça sob a desigualdade de fato (LEAL, 2007).

Neste viés, o Estado Democrático de Direito é responsável pela afirmação de todos estes direitos, calcados sob a égide da lei, a qual é construída de forma democrata trazendo uma nova noção de legitimidade que se exsurge no campo do direito constitucional e da ciência política. O processo de legitimação vem da própria Carta Constitucional em um “processo de refundação da sociedade” (STRECK, 2003, p.179), no qual o Direito é o condão dessas transformações,

Desta forma, falar em educação na atualidade tem sido um dos temas mais relevantes, isto porque vivemos uma crise de valores morais e éticos, que revelam um descaso pelo e uma desumanização do outro, como se de fato houvesse um retrocesso das conquistas trazidas pelo Estado Social. E este fato se destaca ainda mais quando se trata de políticas sociais, especialmente as voltadas à inclusão das minorias menos favorecidas.

No caso da educação esta relaciona-se diretamente à postura social e política assumida por cada cidadão, e reflete os valores que norteiam as condutas de cada indivíduo e, o entendimento destes sobre a responsabilidade política do Estado e as formas e possibilidades de realização de seus direitos.

Segundo Gorczewski (2016) a educação é suporte fundamental para a realização do homem em sua plenitude de direitos

e, por conseguinte uma educação insuficiente afasta dos indivíduos o exercício pleno destes direitos devido à desinformação e falta de voz ativa capaz de promover mudanças:

[...] sem educação suficiente e de qualidade, restringe-se acentuadamente o direito a receber informações e opiniões, e de difundi-las, sem limitação de fronteira, por qualquer meio de expressão (previsto no artigo XIX da Declaração Universal dos Direitos do Homem); torna-se impossível a adequada satisfação dos direitos econômicos, sociais e culturais, indispensáveis à dignidade e ao livre desenvolvimento da personalidade (art. XXII); limita-se drasticamente o direito ao trabalho em condições equitativas e satisfatórias (art. XXIII); corta-se o direito a participar na vida cultural, a gozar das artes e a participar no progresso científico e nos e nos benefícios que dele resultem; e, em geral, faz-se difícil ou impossível desfrutar dos direitos humanos e da cidadania e contribuir para que os outros também o façam, pois uma pessoa não educada é totalmente incapaz de cumprir cabalmente com seus deveres, bem como de desfrutar plenamente de seus direitos. (GORZEVSKI, 2016, p. 205-206).

No ordenamento brasileiro, a Carta Magna de 1988 garante às crianças e aos adolescentes o acesso à educação e à saúde (art. 208, IV, CF/88), passando estes direitos, desde então, a ostentar o status de direitos fundamentais, por fazerem parte do “conjunto de direitos e liberdades institucionalmente reconhecidos e garantidos pelo ordenamento jurídico do Estado” (SARLET, 2003, p.33).

Neste contexto, a afirmação da educação como direito fundamental traz implicações na ordem de sua concretização em face do Estado, as quais, segundo Sarlet (2007, p.86) “caracterizam-se, ainda hoje, por outorgarem ao indivíduo direitos a prestações sociais estatais, como assistência social, saúde, educação, trabalho, etc..”, atraindo para o Estado toda a carga de responsabilidade da concretização do direito à educação e presupondo o suporte fático para a implementação de condições de acesso aos cidadãos a este direito.

O acesso à educação por pessoas portadoras de necessidades especiais encontra-se, portanto, abarcada pelo instituto jurídico constitucional, não havendo ressalvas no texto consolidado que possam levar a entendimento divergente. Longe disso

a contrário a igualdade e, a garantia dos direitos humanos fundamentais e da justiça social, são a pauta em um Estado Democrático de Direito, este “assenta-se em dois pilares: na democracia e na realização dos direitos fundamentais” (STRECK, 2003, p.170).

O art. 54, III, § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente cuida de disciplinar o tema e determinar a obrigatoriedade no atendimento do ensino especializado a crianças portadoras de deficiência, prevendo a responsabilização do estado em casos de descumprimento ou cumprimento parcial/irregular das demandas cidadãs.

Art. 54. É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente:

III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino; § 2º O não oferecimento do ensino obrigatório pelo poder público ou sua oferta irregular importa responsabilidade da autoridade competente.

O ensino especializado se encontra regrado também na Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei nº 9.394/1996), a qual estabelece a responsabilidade do Poder Público na prestação de ensino especializado de forma plena com destaque para a destinação de recursos acima dos percentuais constitucionais obrigatórios:

Art. 4º O dever do Estado com educação escolar pública será efetivado mediante a garantia de:

[...]

III - atendimento educacional especializado gratuito aos educandos com necessidades especiais, preferencialmente na rede regular de ensino;

Art. 5º O acesso ao ensino fundamental é direito público subjetivo, podendo qualquer cidadão, grupo de cidadãos, associação comunitária, organização sindical, entidade de classe ou outra legalmente constituída, e, ainda, o Ministério Público, acionar o Poder Público para exigi-lo.

[...]

§ 4º Comprovada a negligência da autoridade competente para garantir o oferecimento do ensino obrigatório, poderá ela ser imputada por crime de responsabilidade.

Art. 11. Os Municípios incumbir-se-ão de:

[...]

V - oferecer a educação infantil em creches e pré-escolas, e, com prioridade, o ensino fundamental, permitida a atuação em outros níveis de ensino somente quando estiverem atendidas plenamente as necessidades de sua área de competência e com recursos acima dos percentuais mínimos vinculados pela Constituição Federal à manutenção e desenvolvimento do ensino.(BRASIL, 1996.)

Os investimentos em educação são privilegiados no texto constitucional, com a destinação de percentuais mínimos de investimentos, conforme determina o caput do art. 212 da Constituição Federal. Porém, é frente à realidade social de escolas públicas sucateadas, falta de vagas e professores mal remunerados na qual, as políticas públicas de educação não contemplam a igualdade material que o Estatuto da Criança e do Adolescente e a Lei de Diretrizes e Bases da Educação buscam amenizar este quadro imputando ao Poder Público a responsabilidade pela falta de atenção aos portadores de necessidades especiais no âmbito escolar.

A realização dos direitos fundamentais, passa pela gestão orçamentária dos Estados e trazem à baila teorias como a reserva do possível e o mínimo existencial originárias do Tribunal Constitucional alemão que necessitou “reconhecer a necessidade de garantias e condições mínimas a serem ofertadas pelo Estado alemão, como forma de se garantir e preservar a dignidade da pessoa humana”, (LIMA, 2017).

A dignidade da pessoa humana lastreia a teoria do mínimo existencial, que, segundo Sarlet (2011), tem na condição de uma vida digna e saudável os pressupostos mínimos de dignidade e que estão presentes no mínimo existencial.

A Constituição Federal de 1988 absorve o conceito alemão ao disciplinar em seu art. 1º, III, que a dignidade da pessoa humana é o fundamento do Estado brasileiro. Desta forma, não há como dissociar o ideal de uma vida digna do direito a um mínimo de condições materiais e imateriais que possam garantir esta idealização.

O fator dignidade da pessoa humana é por demais amplo e apontar quais são os direitos que devem ser garantidos para concretização é tarefa árdua e até mesmo impensável, a não ser

na apreciação do caso em concreto. O que importa ao Estado Democrático de Direito é que essas garantias existam e possam ser acessadas preservando, assim, os fundamentos do Estado.

Os direitos fundamentais, por sua vez, guardam forte relação com a concretização da dignidade da pessoa humana, e assim, com a delimitação do ideal de mínimo existencial. Sendo assim, como lembra Lima (2017), a doutrina não logrou apontar de forma uníssona quais seriam os núcleos dos direitos fundamentais que pertenceriam ao mínimo existencial, porém o que importa segundo Alexy (2008, p. 298) é que “cada direito fundamental tem um núcleo, no qual não é possível intervir em hipótese alguma”.

A limitação dos direitos fundamentais para Sarlet (2011) é possível, já que nenhum direito é absoluto. No entanto aquela só é possível desde que respeitados o seu núcleo imexível, onde se conforma a dignidade da pessoa humana.

Nas palavras do autor:

o princípio da dignidade da pessoa humana passa a ocupar um lugar de destaque, notadamente pelo fato de que, ao menos para alguns, o conteúdo em dignidade da pessoa humana acaba por ser identificado como constituindo o núcleo essencial dos direitos fundamentais, ou pela circunstância de – mesmo não aceita tal identificação – se considerar que pelo menos (e sempre) o conteúdo em dignidade da pessoa em cada direito fundamental encontra-se imune a restrições. (SARLET, 2011, p. 142).

Para Kelbert (2011, p. 101-102) “a questão do mínimo existencial diz respeito a um mínimo em conteúdo que deve ser realizado ou protegido, de modo que sobre ele não recaiam os limites impostos pela reserva do possível”.

A reserva do possível, também de origem no Tribunal alemão é fruto da necessidade de se determinar os limites da prestação estatal, apontando se esta se daria em razão de questões orçamentárias, ou ainda, de limites financeiros ou ainda de uma análise do que seria razoável exigir do Estado alemão, sem que dispêndios financeiros comprometessem outras metas do Estado alemão (LIMA, 2017).

Como destaca Bitencourt (2013), questões orçamentárias não deveriam por si só pautar as definições em relação às prestações estatais, mas também haveria de ser considerados outros fatores como proporcionalidade e razoabilidade. Já na teoria americana, marca de um Estado Liberal, não há preocupação com a concretização de direitos sociais e, sendo assim adota-se a Teoria dos Custos pautada nos limites financeiros e orçamentários.

O Brasil não definiu de forma pacífica uma teoria sobre a reserva do possível, estando mais propensa a Teoria dos Custos, no entanto como aponta Lima (2017), cabe ao direito brasileiro a sua própria definição, sopesando a importância de concretização máxima dos direitos fundamentais e, somente na impossibilidade, buscando a garantir o mínimo existencial.

### **3 O tratamento dado aos argumentos orçamentários na fundamentação das decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**

Para a análise dos acórdãos selecionados buscar-se-á, em um primeiro momento, a identificação dos julgados que trouxeram de forma explícita em sua fundamentação argumentos de caráter orçamentário. Após, a análise será feita em acordo com as balizas da ética do discurso, a qual busca identificar nas decisões os argumentos de racionalidade que fundamentam as decisões:

compreende-se o processo de decisão judicial como um ato de comunicação por ter nele uma ação humana e, em se tratando de decisão jurídica que, diga-se, cria uma norma para o caso concreto, tem-se a obrigatoriedade de um discurso racional e, por isso, exige-se fundamentação segundo a ótica do discurso como condição de validade. (BITENCOURT; PASE, 2015, p. 161).

Quando da análise dos discursos de aplicação considerar-se-ão os argumentos dos votos como “razões que resgatam, sob condições do discurso, uma pretensão de validade levantada através de atos de fala constatativos ou regulativos” e que movem “racionalmente os participantes da argumentação a aceitar como válidas proposições normativas ou descritivas”. (HABERMAS, 1997, p. 281).

Aos discursos de aplicação da tadinha de leitores norma nas decisões cabe combinar a pretensão de validade de uma norma, com determinado contexto de uma situação específica, onde a norma é aplicada, considerando as especificidades de espaço e tempo onde e quando está se inserindo o discurso (GÜNTHER, 2004, p. 79).

Sobre o processo hermenêutico da aplicação de normas, Habermas (1997) ensina que este pode ser entendido como cruzamento entre descrição da situação e concretização da norma geral, reforçando que os discursos de aplicação não têm relação com a validade da norma, mas sim com a adequação da norma ao caso concreto. Para o filósofo:

[...] uma teoria discursiva do direito analisa a aceitabilidade racional dos juízos dos juizes sob o ponto de vista da qualidade dos argumentos e da estrutura do processo de argumentação. Ela apoia-se num conceito forte de racionalidade procedimental, segundo a qual as qualidades constitutivas da validade de um juízo devem ser procuradas, não apenas na dimensão lógico-semântica da construção de argumentos e da ligação lógica entre proposições, mas também na dimensão pragmática do próprio processo de fundamentação. (HABERMAS, 1997, p. 270-271).

No mesmo sentido, para Bitencourt e Reck (2015), o juízo de adequação da norma deve ser feito considerando o paradigma de fundo utilizado pelos discursos de fundamentação que validade à norma geral, ou seja, a escolha da norma que melhor se aplica ao caso concreto deve considerar as razões de fundamentação que levou em conta a diversidade destas aplicações para que seja reconhecida a validade da norma.

Aos discursos de aplicação cabe a adequação da norma em relação a todas as características do caso concreto, por meio de um procedimento argumentativo racional no qual cabe aos julgadores exercer a sua interpretação de forma coerente, considerando o contexto onde esta inserida a situação em apreço, sem perder de vista os discursos de fundamentação que concedem validade à norma, para que esta possa ser considerada imparcial.

A decisão, portanto, deve ultrapassar os marcos de sua faticidade. Caso se pretenda uma reflexão mais sofisticada, esta

terá de passar pelo teste do princípio da universalização. A busca do argumento que convence passa por uma perspectiva reflexiva que envolve a problemática das proposições assertóricas e não-assertóricas. Enquanto que em problemas referentes à verdade (assertóricas - certezas sensíveis) é necessário, além de um vínculo com um mundo objetivo, uma situação de fala que se assemelhe à ideal, nas questões práticas esses critérios são menos rigorosos; porém, ainda assim pautam os parâmetros de uma decisão racional e capaz de gerar emancipação (BITENCOURT; PASE, 2015, p. 162).

No Brasil, como destaca Bitencourt (2015), prevalece “o princípio do livre convencimento motivado das decisões judiciais, onde o magistrado irá valorar as provas ali constantes de acordo como entender adequado ao caso”, cabendo ao juiz uma solução baseada em critérios jurídicos e teóricos que se coadunem com o conjunto probatório trazido aos autos e possam ser aplicadas de forma indistinta e produzida racionalmente.

No julgamento da Apelação Cível nº 70074799271, interposta pelo Estado do Rio Grande do Sul e pelo Município de Alvorada, em face de sentença que condenou os entes públicos de forma solidária, a providenciar a matrícula de um adolescente em estabelecimento de ensino da rede pública que possua professor apoiador de inclusão (monitor) ou de forma alternativa a custear vaga em estabelecimento de ensino privado que atinja as necessidades do estudante, ambos os apelantes trouxeram em suas teses de defesa argumentos de cunho financeiro.

O Estado do Rio Grande do Sul aduz “não haver como contratar profissionais da educação senão por concurso público” (BRASIL, 2017, <www.tjrs.jus.br>), já o Município de Alvorada alega “que a medida vai além da onerosidade dos cofres públicos, exigindo criteriosa avaliação pedagógica, estudos técnicos, criação de cargo e previsão orçamentária” (BRASIL, 2017, <www.tjrs.jus.br>).

Em que pese, as partes apontaram em suas razões as questões financeiras e orçamentárias que estariam limitando os entes públicos de realizar a contratação de monitor, o que decorre de previsão orçamentária com a criação da vaga e a conseqüente abertura de concurso público. O julgador em suas razões não debateu os temas orçamentários propostos, tendo fundamentado seu voto em razão do direito constitucional à educação.

No julgamento das Apelações Cíveis nº 70070600762, 70070019518 e 70070012406 que foram interpostas por cidadãos em face Estado do Rio Grande do Sul, tiveram em razão da improcedência da Ação Ordinária negadas por unanimidade a contratação os julgadores.

O Estado apresentou contrarrazões aos recursos alegando que “a procedência da ação implicará na interferência do Poder Judiciário no âmbito administrativo. Suscitou que o princípio da reserva do possível deve ser aplicado.”.

O voto foi fundamentado nos seguintes termos:

Porém, **não podemos desconsiderar que a Administração Pública emprega seus recursos conforme a Lei de Diretrizes Orçamentárias e a Lei de Orçamento Anual**, ou seja, cada unidade orçamentária recebe recursos conforme previsto na LOA, devendo realizar as demandas adequando-se ao orçamento disponibilizado.

Por tal motivo, reforço que a contratação de profissionais para atendimento individual, em que pese ser possível, deve ser resguardada a casos que não comportem outra alternativa ou que se configure a total omissão do Estado na efetivação do direito à educação.

Nesse ponto, destaco que alcança razão ao apelante quando argumenta que não há violação ao princípio da separação dos poderes quando da prestação jurisdicional sobre ameaça ou violação de direito individual ou coletivo.

Isso porque é consagrado que deve haver a função jurisdicional em relação à função executiva não exercida, fundada exatamente no sistema de freios e contrapesos próprio de um Estado Democrático de Direito.

Contudo, **as políticas públicas de educação são de competência da Administração, sendo que a alocação de recursos em ações específicas só pode ser determinada quando um direito individual ou coletivo seja realmente violado.**

Assim, não havendo a omissão por parte do Poder Público na assistência à aluna, a qual é atendida em escola de ensino regular que dispõe de sala de recursos especiais e de profissionais que acompanham seu desenvolvimento, bem como não se enquadrando o caso àqueles excepcionais em que o aluno necessita de auxílio para sua locomoção, higiene pessoal ou alimentação, não alcança razão à apelante em pleitear a contratação de profissional para o seu atendimento exclusivo. (BRASIL, 2016, grifo nosso).

A presente decisão enfrenta o argumento trazido pelo Poder Público Estadual em relação à interferência do Poder Judiciário no âmbito administrativo, e argumenta pela contrariedade afirmando aos argumentos do Estado:

Nesse ponto, destaco que alcança razão ao apelante quando argumenta que não há violação ao princípio da separação dos poderes quando da prestação jurisdicional **sobre ameaça ou violação de direito individual ou coletivo.**

Isso porque é consagrado que deve haver a função jurisdicional em relação à função executiva não exercida, fundada exatamente no sistema de freios e contrapesos próprio de um Estado Democrático de Direito. (BRASIL, 2016, grifo nosso).

Este argumento considerado o contexto da decisão que avaliou a necessidade da menor, cotejou as leis aplicadas ao caso (artigos 208, III, e 227, § 1º, II, da Constituição Federal, artigos 4º e 54, III, do Estatuto da Criança e do Adolescente e artigo 58 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação), e ainda relacionou a situação fática com a prevalência dos direitos fundamentais quando diz que: “havendo uma série de leis e atos que normatizam e regulam a forma de transição para este novo modelo<sup>3</sup>, não sendo mais uma opção da Administração, mas sim um direito fundamental social a ser efetivado” (BRASIL, 2016, <www.tjrs.jus.br>), mostra-se adequada aos princípios de aplicação, pois por meio da apreciação do caso concreto pode identificar a situação com a dogmática que fundamenta a prevalência dos direitos fundamentais.

Ocorre que diversas decisões, como se apontará ao longo do texto, apontam os mesmos argumentos, sem trazer ao debate as questões que circundam a decisão, como é o caso dos argumentos orçamentário que espelham as políticas públicas, desta forma considera uma argumentação racional, pela exposição dos argumentos que envolvem toda a política financeira do Estado

3 No Estado do Rio Grande do Sul, o parecer CEED nº 251/2010 “Regulamenta a implementação, no Sistema Estadual de Ensino, do disposto na Resolução CNE/CEB nº 4, de 02 de outubro de 2009, que Institui Diretrizes Operacionais para o Atendimento Educacional Especializado na Educação Básica, modalidade Educação Especial, e dá outras providências.” (RIO GRANDE DO SUL, 2010) Tal parecer, encontra-se nos moldes da nova Política Nacional de Educação Especial, instituída pelo MEC em 2008, a qual dispõe que a Educação Especial deve ser organizada de forma complementar à rede regular de ensino, como oferta obrigatória e de responsabilidade dos sistemas de ensino.

e apontam os limites dentro dos quais o Judiciário pode atuar quando a Administração Pública não logra cumprir a lei, como se verifica no trecho colacionado:

**[...] a Administração Pública emprega seus recursos conforme a Lei de Diretrizes Orçamentárias e a Lei de Orçamento Anual**, ou seja, cada unidade orçamentária recebe recursos conforme previsto na LOA, devendo realizar as demandas adequando-se ao orçamento disponibilizado. (BRASIL, 2016, grifo nosso).

Bitencourt (2013) nos ensina a melhor forma de observação destes elementos:

[...] em se tratando de discursos de aplicação as formas de controle serão outras, que aqui se prefere chamar de controle das lógicas ou enlances argumentativos que o Poder Judiciário em tese é especializado, que ligaram tanto a situação fática como o conteúdo da dogmática, ou seja, necessitam observar a faticidade e a validade do direito enquanto buscam visualizar o caminho da própria fundamentação (BITENCOURT, 2013, p. 211).

Visto assim, que para falar na realização dos direitos fundamentais é preciso falar em finanças públicas, as quais são administradas pela Administração Pública, mas sempre em razão e consoante às determinações legais, no caso de despesas a Lei Orçamentária Anual, como nos lembra Torres que:

[...] pela entrega de prestações de serviço público específico e divisível, que serão gratuitas pela atuação do mecanismo constitucional da imunidade das taxas e dos tributos contraprestacionais, como vimos a propósito da prestação jurisdicional, da educação primária, da saúde pública, etc." (TORRES, 1989, p. 40).

O julgado, ante sua condução racional de argumentos aponta que a realização dos direitos pela prestação de serviços públicos, previstos no texto constitucional e nas leis esparsas, como é o caso da educação, é uma função da Administração Pública que deve implementar políticas públicas para a concretização do direito.

Contudo, as políticas públicas de educação são de competência da Administração, sendo que a alocação de recursos em ações específicas só pode ser determinada quando um direito individual ou coletivo seja realmente violado. (BRASIL, 2016)

Desta forma, o julgado encerra sua fundamentação apontando que diante do caso concreto pode-se verificar que a menor está sendo assistida e que as limitações desta, em relação aos laudos apresentados demonstram que a inclusão está correndo sem que haja necessidade de atenção individualizada, com notados progressos em relação ao seu desenvolvimento, não havendo omissão por parte do Estado:

Por outro lado, saliento que o Estado não se negou ou se omitiu no fornecimento de assistência social educacional à autora, já que está sendo provido o auxílio. Depreende-se dos pareceres e ofícios emitidos pela escola que as necessidades especiais da aluna foram identificadas e valoradas, sendo que a instituição aplica a metodologia instituída pelo Plano de Atendimento Educacional Especializado que prevê a inclusão dos alunos por meio do atendimento especializado em sala de recursos especiais.

[...]

Assim, não havendo a omissão por parte do Poder Público na assistência à aluna, a qual é atendida em escola de ensino regular que dispõe de sala de recursos especiais e de profissionais que acompanham seu desenvolvimento, bem como não se enquadrando o caso àqueles excepcionais em que o aluno necessita de auxílio para sua locomoção, higiene pessoal ou alimentação, não alcança razão à apelante em pleitear a contratação de profissional para o seu atendimento exclusivo. (BRASIL, 2016).

A decisão não nega a jurisprudência da Corte em relação às demandas envolvendo a contratação de monitores, mas faz a ressalva de que a aplicação não deve ser genérica privilegiando a observação do caso em concreto. "Destaco que conheço do posicionamento jurisprudencial pacífico de que o Princípio da Reserva do Possível não deve ser invocado genericamente, sem a demonstração efetiva de insuficiência financeira" (BRASIL, 2016,).

Observa-se então, que no que refere aos argumentos orçamentários a presente decisão analisada não se enquadra nos chamados discursos vazios, aqueles nos quais há a simples indicação de um princípio sem haver a correlação existente entre a fundamentação da norma a adequação desta à situação fática, recaindo no que Bittencourt (2013) aponta como “argumentos vazios”.

[...] os “argumentos vazios” nas decisões dos julgadores dos Tribunais, sob a ótica da teoria do discurso, são aqueles que não conseguem na aplicação (que é o discurso especializado do julgador), reconduzir aos discursos de fundamentação (discurso especializado do legislador), logo, não consegue reconstruir o caminho até a esfera pública. No momento que o ato decisório se desconecta dos interesses que emergem da esfera pública, esses o presente trabalho denominará como “argumentos vazios” (BITTENCOURT, 2013, p. 166).

Ou seja, a decisão analisada não deixa de apontar os critérios utilizados de proporcionalidade pautando o voto na simples negativa do direito sem que identifique a responsabilidade da Administração Pública pela aplicação coerente dos recursos em políticas públicas que atendam a realização dos direitos fundamentais.

Nas demais decisões analisadas, 26 no total, não houve debates argumentativos nos termos teóricos apontados que trouxessem complexidade à decisão confrontando as situações fáticas às questões orçamentárias, frente a um cotejo que delimite as responsabilidades da Administração Pública pela implementação de políticas públicas e limites a interferência do Judiciário caso haja afrontas aos direitos fundamentais e estes se originem de questões de ordem financeira e aplicação dos recursos públicos, conforme a Lei Orçamentária Anual.

De início, ressalto que é inquestionável o direito constitucionalmente assegurado a crianças e adolescentes à educação e à saúde (art. 208, IV, CF/88). Ainda, o art. 54, III, e § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente prevê a obrigatoriedade no atendimento do ensino especializado à criança portadora de deficiência. Outrossim, é atribuído ao Poder Público a atuação prioritária na educação fundamental assim como no ensino especializado. Ditos dispositivos constitucionais foram regulamentados pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação (BRASIL, 1996):

Desta forma, o argumento trazido na maior parte das decisões, frente à teoria do discurso, apresenta lacunas jurídicas, segundo os ensinamentos de Gunther:

Como, certamente, nunca conseguiremos descobrir todos os sinais característicos, uma “lacuna” permanecerá, mesmo quanto reconhecermos, na situação, uma norma como adequada e representante de um interesse comum. Porém, a dramaticidade dessa indefinição estrutural, a qual acabamos de apontar acima, reduz-se se diminuirmos a sua extensão e incorporarmos a possibilidade de tal lacuna nas nossas reflexões práticas, mediante uma combinação de fundamentações racionais e de aplicações feitas com sensibilidade. (GÜNTHER, 2004, p. 73).

Desta feita, os votos apontados ainda que busquem nos preceitos Constitucionais a sua fundamentação para conceder o direito à contratação de monitor para os estudantes portadores de necessidades especiais, não contemplam as características de uma fundamentação que considere a realidade orçamentária.

No julgado 70058237959 as razões de apelação do Estado trouxeram fundamentos orçamentários para negar o direito ao cidadão:

[...] refere que a manutenção da sentença vergastada implicará em nítida interferência do Poder Judiciário no mérito administrativo, inexistindo previsão legal para o fornecimento pretendido. Refere, ainda, que o atendimento de forma individualizada é inviável, em face do **orçamento** restrito do ente público municipal, devendo ser observado o princípio da reserva do possível. (BRASIL, 2014)

Porém, em que pese a matéria ter sido aventada como razões de improcedência do pedido o Tribunal a fundamentação daquela não debateu o argumento orçamentário frente a um procedimento racional de construção e conformação entre a lei e o caso concreto, limitando-se a decidir a apontar a responsabilidade da administração pública pela efetivação do acesso à educação aos portadores de deficiências, sem mencionar o impacto orçamentário e o papel do Estado na concretização de políticas públicas:

E vai além, determinando, no parágrafo único, que para o fim estabelecido no caput deste artigo, os órgãos e entidades da administração direta e indireta devem dispensar, no âmbito de sua competência e finalidade, aos assuntos objetos desta Lei, tratamento prioritário e adequado, tendente a viabilizar, sem prejuízo de outras, as seguintes medidas I - na área da educação: e) o acesso de alunos portadores de deficiência aos benefícios conferidos aos demais educandos, inclusive material escolar, merenda escolar e bolsas de estudo. (BRASIL, 2014, <www.tjrs.jus.br>)

Contudo, após analisados 26 acórdãos, apenas três deles utilizaram em suas fundamentações argumentos orçamentários pela ótica do ponto de vista da racionalidade procedimental, nos termos das teorias de Habermas (2003) e Günther (2004).

#### 4 Conclusão

Esta pesquisa se propôs a uma análise de como o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, vem se posicionando nos casos que envolvam a contratação de monitores em escolas públicas para verificar o tratamento dado aos argumentos que envolvem o orçamento público.

Observou-se que a temática é amplamente debatida junto ao TJ-RS, havendo em uma pesquisa simples retornado 26 acórdãos tratando do tema, sendo apenas quatro destes foram pela improcedência do pedido de fornecimento do monitor para auxiliar os estudantes com necessidades especiais.

Desta forma, evidencia-se que a jurisprudência é pacífica no sentido de que é obrigação do Estado prover o acesso à educação aos estudantes da rede pública que possuem algum tipo de deficiência que interfira no aprendizado e desenvolvimento do aprendizado destes estudantes, reforçando o reconhecimento pelo Tribunal da educação como direito fundamental.

Os argumentos que balizaram os votos analisados versam, neste sentido, sobre a garantia constitucional de acesso à educação como direito fundamental, e do reconhecimento pela lei ordinária da disciplina do direito da criança e do adolescente com deficiência, sem, no entanto dedicar o espaço devido ao argumento orçamentário.

Quando o cidadão busca o judiciário para ter acesso a um direito constitucionalmente garantido é porque houve falha da Administração Pública no gerenciamento das finanças públicas ou omissão na criação de políticas públicas que atendessem à demanda postulada ou ainda inexecução da lei orçamentária, estando aí importância de uma postura judicial que questione o cumprimento das leis orçamentárias.

Tem-se que a busca por decisões que guardem maior atenção às questões orçamentárias vêm no sentido de trazer para o debate público a ineficiência da Administração Pública na realização do planejamento orçamentário que originam as demandas judiciais.

A ampliação deste espaço de reflexão advindo da conformação da lei ao caso concreto possibilita que, a partir de decisões do Poder Judiciário a concretização dos direitos sociais assumam uma nova perspectiva que leve a soluções eficazes que vinculem a Administração Pública à concretização de políticas públicas voltadas à solução destas demandas que rodam o judiciário em número cada vez maior.

Desta feita, conclui-se que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul não se dedicou à construção de um entendimento sólido que vincule a Administração Pública à obrigação de gerenciar as finanças públicas de forma a evitar que direitos fundamentais tenham de ser concretizados por imposição judicial, suprimindo função originária do Poder Executivo e, deixando lacunas que contribuem para o esvaziamento da legitimidade democrática que origina a Lei Orçamentária Anual.

#### Referências

- ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 out. 1988.
- BRASIL. Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 16 jul. 1990.

BRASIL. Lei nº. 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 23 dez. 1996.

BITENCOURT, Caroline Muller. **Controle jurisdicional de políticas públicas**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2013.

BITENCOURT, Caroline Müller; PASE, Eduarda Simonetti. Fundamentos subjetivos utilizados nas absolvições dos agentes públicos em infrações de improbidade administrativa: uma análise dos argumentos vazios na jurisprudência. In: LEAL, Rogério Gesta; BITENCOURT, Caroline Müller (org.). **Temas polêmicos da jurisdição do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**: dos crimes aos ilícitos de natureza pública incondicionada. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, 2015.

GORCZEWSKI, Clovis. **Direitos Humanos, Educação e Cidadania**. Conhecer, Educar, Praticar. 2. ed. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2016.

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral**: justificação e aplicação. Tradução de Cláudio Molz. São Paulo: Landy Editora, 2004.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. v. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HACHEN, Daniel Wunder. Vinculação da Administração Pública aos precedentes administrativos e judiciais: mecanismo de tutela igualitária dos direitos sociais. In: BLANCHET, Luiz Alberto; HACHEM, Daniel Wunder; SANTANO, Ana Claudia (coord.). **Estado, Direito e Políticas Públicas**: Homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho. Curitiba: Íthala, 2014.

KELBERT, Fabiana Okchstein. **Reserva do possível e a afetividade dos direitos sociais no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Jurisdição Constitucional aberta**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

LIMA, Sabrina. A aplicabilidade da reserva do possível no direito brasileiro frente à jurisprudência do supremo tribunal federal. Seminário Nacional Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea: mostra nacional de trabalhos científicos, 13, 2017, Santa Cruz do Sul. **Anais [...]**. Santa Cruz do Sul: UNISC,

2017. Disponível em: <http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/snpp/article/view/16934/4145>. Acesso em: 25 ago. 2018.

RIO GRANDE DO SUL. **Parecer CEED nº. 251/2010**. Regulamenta a implementação, no Sistema Estadual de Ensino, do disposto na Resolução CNE/CEB nº. 4, de 02 de outubro de 2009, que Institui Diretrizes Operacionais para o Atendimento Educacional Especializado na Educação Básica, modalidade Educação Especial, e dá outras providências. Porto Alegre: Conselho Estadual de Educação, 2010. Disponível em: [http://www.sinpro-rs.org.br/arquivos/legislacao/Parecer\\_CEEEd\\_251\\_2010.pdf](http://www.sinpro-rs.org.br/arquivos/legislacao/Parecer_CEEEd_251_2010.pdf). Acesso em: 25 ago. 2018.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Portal de Jurisprudência**. [201-]. Disponível em: [http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.\(TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3olTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1ticalTipoDecisao:null\)&t=s&pesq=juris#main\\_res\\_juris](http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.(TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3olTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1ticalTipoDecisao:null)&t=s&pesq=juris#main_res_juris). Acesso em: 28 ago. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. O papel da jurisdição constitucional na realização dos direitos sociais-fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Direitos fundamentais sociais**: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

# A textura aberta do direito e a aplicabilidade dessa a diferentes casos

Brenda Wetter Ipé da Silva<sup>1</sup>  
Pietra Mikaela Gaeier Alves<sup>2</sup>

## Resumo

Objetivando-se dar à Filosofia do Direito maior concretude por meio do estudo da textura aberta do direito, o presente artigo apresenta casos concretos reais que demonstram que este fenômeno é perceptível nos *hard cases*. Além de conceituá-la, será demonstrado que a investigação acerca da textura aberta do direito racionaliza a solução para esses mesmos casos. Assim, a textura aberta possui uma dupla característica: ela representa os limites do direito, mas também os supre ao explicá-los.

**Palavras-chave:** Textura aberta. Textura aberta do direito. Casos difíceis. Hart.

## Abstract

In order to give the Philosophy of Law greater concreteness through the study of the open texture of law, this article presents real concrete cases that demonstrate that this phenomenon is perceptible in hard cases. In addition to conceptualizing it, it will be demonstrated that the investigation of the open texture of the law rationalizes the solution to these same cases. Thus the open texture has a characteristic duple: it represents the limits of law, but also supplies them in explaining them.

<sup>1</sup> Docente do curso de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul (FMP). E-mail: brenda\_ipe13@hotmail.com.

<sup>2</sup> Docente do curso de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul (FMP). E-mail: pietramikaela@hotmail.com.

## 1 Introdução

O direito utiliza em grande escala a filosofia, a qual é uma das ciências mais abstratas já criadas pelo homem. Por essa razão, a filosofia do direito, por vezes, pode parecer demasiada abstrata e sem aplicabilidade prática. A textura aberta do direito surge, inicialmente, fora do âmbito do direito com Wittgenstein e Waismann sob o prisma da linguagem, determinando que todas as palavras possuem uma zona de penumbra. Hart (2001), inspirado por estes estudos, busca trazer a temática para a filosofia do direito com o livro "O Conceito de Direito".

O presente trabalho visa investigar a concretização das ideias de Hart, ou seja, se a textura aberta do direito de fato pode ser percebida na realidade jurídica. Para tanto, analisar-se-ão casos a fim de verificar a existência do fenômeno, em relação tanto da textura aberta da linguagem quanto da indeterminação de fatos ou, inclusive, de ambos. Tal tema é de suma importância para o exercício da atividade jurisdicional, pois a mera interpretação silogística de regras, não observando eventuais texturas abertas, pode levar à injustiça, ou seja, a textura aberta do direito racionaliza as situações de discricionariedade do juiz.

O presente artigo segue a metodologia bibliográfica. Inicialmente, será indicada a conceituação dos autores acerca da textura aberta da linguagem, sistematizando as teorias de Wittgenstein e de Waismann, e, a partir de Hart, apresentar-se-á a textura aberta do direito. Para fins de exploração dos temas até então referidos, casos reais serão abordados e analisados em relação a textura aberta do direito.

## 2 Textura aberta: da filosofia da linguagem à filosofia do direito

A textura aberta do direito é relativa às limitações que o direito possui, sendo elas a textura aberta da linguagem e a indeterminação fática. A textura aberta da linguagem diz respeito ao fato de que toda e qualquer proposição possui uma zona de penumbra ou vagueza potencial, ou seja, que os limites de aplicação de uma palavra ao caso não são definidos e que dependem de uma análise lógica. Essa discussão foi proposta

inicialmente por Wittgenstein (1889 – 1951) a partir de sua segunda linha de pesquisa definida pela obra “Investigações Filosóficas”, na qual ele se refere à linguagem como uma atividade e não somente como uma representação do mundo (como apresentado na obra “Tractatus Logico-Philosophicus”).

O autor faz, ainda, uma analogia do conceito de linguagem com o de jogos, pois ambos não possuem uma característica única entre seus elementos, que possuem apenas semelhanças relevantes que agrupam essas expressões/atividades, como, por exemplo, os jogos de xadrez e os jogos de futebol. Estes são práticas muito distintas entre si, mas ambas são conceituadas como jogos e é assim que acontece com os termos linguísticos. Para ele, as palavras possuem uma estrutura similar à estrutura de átomo, ou seja, com um “núcleo rígido” de conceitos, que são os significados atribuídos naturalmente pelas pessoas a partir de suas realidades. No entanto, as palavras também possuem uma zona de penumbra que envolve esse núcleo, contendo, portanto, todas as possíveis atribuições de significados a um termo. Wittgenstein trata também do conceito de hipótese:

Uma hipótese admite múltiplas verificações independentes, mas nenhuma delas, nem nenhuma combinação delas, é conclusiva. No máximo, uma hipótese se torna provável em função das evidências que servem para confirmá-la, mas nunca certa. (STRUCHINER, 2001, p. 16).

A discussão foi retomada por Waismann (1896 – 1959), membro do Círculo de Viena, a partir da ideia de método de verificação, ou seja, o método pelo qual se atribui veracidade a uma afirmação, pois, dependendo de como as palavras interagem entre si, elas podem criar significados inéditos e, pelo fato de os conceitos serem, por natureza, incompletos, eles necessitam da verificação para que lhes seja atribuído um significado. Porém, geralmente, essa verificação não implica uma afirmação definitiva, pois vai depender diretamente dos complementos utilizados para essa verificação, os quais variam de acordo com a cultura e o tempo histórico. Isto é, dificilmente se torna um conceito com limites de aplicação definitivos mesmo depois do método de verificação. Isso acontece em decorrência da textura aberta da linguagem, ou seja, a partir de uma imensidão de conceitos

existentes na linguagem, forma-se uma região lacunosa, uma incerteza da linguagem:

Por textura aberta da linguagem, Waismann pretende dizer que os nossos conceitos empíricos não estão delimitados, de forma a priori, em todas as direções possíveis. Os conceitos empíricos não apresentam uma definição exaustiva, ou seja, nenhum conceito se encontra delimitado de forma que não surjam espaços para dúvida sobre o seu significado. (STRUCHINER, 2001, p. 11).

Em conclusão, para Waismann a textura aberta da linguagem é um “resultado lógico da infinidade de combinações possíveis por meio do uso da linguagem” (BAHIA, 2016, p. 234), sendo que a partir da verificação se obtém uma probabilidade e não uma certeza. Vale ressaltar que nenhuma palavra possui um significado definitivo, pois são o principal instrumento de qualquer sociedade, que está em constante evolução. Tanto por meio das novas tecnologias como por novas descobertas da humanidade, a linguagem sempre se faz presente, portanto, todas as novas significações ou definições de uma palavra encontram-se no que se chama região lacunosa da palavra, ou seja, mesmo que as palavras tenham um significado comum, isto é, o mais recorrente em nossas vidas e com maior aplicabilidade no dia a dia, elas não se limitam a isso, podendo abranger diversas situações que inicialmente não eram previsíveis e aumentando o limite de aplicação com o tempo, o que, por vezes, pode gerar dúvida sobre qual o significado pretendido pelo orador, principalmente quando envolve a forma escrita, já que na forma oral essas dúvidas geralmente são sanadas pelo comportamento e pelas expressões faciais do autor. Logo, os limites de aplicação de uma palavra não podem ser definitivos, eles são, por natureza, maleáveis, e, portanto, também é o direito.

Tendo em vista que o direito faz uso da linguagem para se expressar, a questão filosófica acerca da textura aberta é incorporada ao direito. Hart (1907 – 1992) é o autor que difundiu a teoria aplicada à filosofia do direito em seu livro “O Conceito de Direito” (2001). No capítulo XII, o autor explica que ao Poder Legislativo cabe a função de criar leis que ordenem a sociedade, estabelecendo as condutas devidas, permitidas ou proibidas.

Muitas vezes, o legislador inspira-se em fatos da vida e estabelece princípios ou razões norteadoras para a redação da norma a ser positivada. Dessa forma, a maioria das situações da vida que o legislador pretendia atingir serão abarcadas pela lei, ou seja, a lei é, a priori, aplicável aos fatos reais. Para atingir tal finalidade, o legislador, além de pensar nos princípios norteadores da regra, faz uso de termos mais amplos, para que mais casos sejam abarcados por ela. Disso surge a problemática do significado das palavras constantes na norma, por isso a adesão da textura aberta da linguagem à Filosofia do Direito.

Contudo, Hart (2001) não limita a textura aberta do direito à abertura semântica dos termos contidos em uma regra, ele observa também a limitação do legislador, afirmando que “somos humanos e não deuses” (HART, 2001, p. 141). Com esta expressão, o autor pretendia observar outro aspecto da textura aberta do direito: a impossibilidade de o legislador prever todos os fatos possíveis que se enquadrariam na regra. Isto se deve às mudanças socioculturais às quais estão sujeitas todas as sociedades no decorrer do tempo, e uma lei resulta de seu tempo histórico. Além disso, as ações humanas são indetermináveis, na medida em que o ser humano é dotado de aptidões que possibilitam novidades contínuas em suas condutas, sejam elas positivas ou negativas. Logo, sendo o legislador alguém condicionado (como qualquer outro indivíduo), a lei por ele criada também o será, pois será consequência das intenções do legislador para com determinada conduta social em um dado momento histórico. Esta é a problemática da indeterminação fática. Hart conclui:

A textura aberta do direito significa que há, na verdade, áreas de conduta em que muitas coisas devem ser deixadas para serem desenvolvidas pelos tribunais ou pelos funcionários, os quais determinam o equilíbrio, à luz das circunstâncias, entre interesses conflitantes que variam em peso, de caso para caso. Seja como for, a vida do direito traduz-se em larga medida na orientação, quer das autoridades, quer dos indivíduos privados, através de regras determinadas que, diferentemente das aplicações de padrões variáveis, não exigem deles uma apreciação nova de caso para caso. Este fato saliente da vida social continua a ser verdadeiro, mesmo que possam surgir incertezas relativamente à aplicabilidade de qualquer regra (quer escrita, quer comunicada por prece-

dente) a um caso concreto. Aqui, na franja das regras e no campo deixado em aberto pela teoria dos precedentes, os tribunais preenchem uma função criadora de regras que os organismos administrativos executam de forma centralizada na elaboração de padrões variáveis. (HART, 2001, p. 148).

O presente trabalho visa demonstrar a aplicabilidade da textura aberta a casos concretos. Em cada situação, mostrar-se-á que a teoria possui diferentes formas de emprego prático. O primeiro caso, BVERFGE 93, 266 (SOLDATEN SIND MÖRDER) que ocorreu em 1995 na Alemanha, discutiu, entre outras questões trazidas no julgamento, se a parte poderia ser condenada por injúria, visto que a conceituação de tal ato foi problematizada. O segundo caso trouxe em suas argumentações para a decisão a limitação do legislador quando da criação da lei que criminaliza o aborto no Brasil: trata-se da ADPF 54. Por fim, será retomado o exemplo trazido pelo próprio Hart para demonstrar a presença tanto da problemática semântica quando da indeterminação fática – o veículo no parque. Com isso, pretende-se comprovar que, apesar de se encontrar em todos os *hard cases* – pois na maioria dos casos a lei é, a priori, aplicada apenas com a subsunção – a textura aberta do direito é aplicada e justificada por diferentes aspectos: por vezes é uma questão semântica, por vezes uma questão de limitação do legislador, ou é uma questão que abrange ambos os problemas.

## 2 Caso BVerfGE 93, 266 (soldaten sind mörder) de 1995

O presente caso, apresentado no livro “Cinqüenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão” de Jürgen Schwabe, relata quatro casos julgados conjuntamente, em que um estudante, nascido em 1949, se manifestava de forma contrária aos militares com os dizeres: “um soldado é um assassino” e “todos os soldados são assassinos potenciais” a partir de faixas, panfletos (entregues em uma exposição de caricaturas sobre as forças armadas), “carta do leitor” (meio pelo qual os civis poderiam expor suas ideias a partir de algo similar a um artigo) ao jornal *Allgemeine Zeitung* e, novamente, a partir de uma faixa em uma exposição de motocicletas. Com todos os meios utilizados,

várias pessoas entraram em contato com as ideias do estudante e, com isso, quatro ações penais privadas foram ajuizadas, sendo todas julgadas procedentes e o estudante condenado por injúria a uma pena pecuniária (§ 185 StGB). Contra todas essas decisões, inclusive Recursos de Revisão, o reclamante ajuizou uma Reclamação Constitucional, alegando que tais decisões estariam ferindo sua Liberdade de Expressão (art. 5 I 1 GG).

O Tribunal Constitucional Federal Alemão (TCF) julgou as Reclamações Constitucionais procedentes, revogando as decisões judiciais, pois a interpretação das expressões foi feita de modo inconstitucional, pela “insuficiência de interpretações das expressões à luz do direito fundamental do art. 5 I 1 GG” (SCHWABE, 2005, p. 417). Porém, como houve várias críticas, de ordem fundamental à decisão, o Juiz Dieter Grimm, que participou da decisão, publicou um artigo na revista jurídica NJW, explicando-a:

Pensamentos são, diferentemente de afirmações de fatos, caracterizados pelo posicionamento ideológico subjetivo daquele que se expressa sobre o objeto da expressão. Eles contêm seu julgamento sobre fatos, ideias ou pessoas; a proteção do direito fundamental se refere a esse posicionamento pessoal. (SCHWABE, 2005, p. 419).

Entretanto, além da decisão sobre os limites do direito fundamental da Liberdade de Expressão, também foi levado em conta que as expressões utilizadas não foram direcionadas para algum soldado certo, ou seja, as expressões foram utilizadas como juízo de valor e não uma afirmação de fatos. As decisões condenatórias fizeram uso do § 185 StGB, que se refere à honra pessoal e limita a liberdade de expressão, mas não devem ser feitas limitações exageradas à liberdade de expressão. Esse mesmo dispositivo, além de proteger pessoas, ainda protege autoridades ou outras repartições que cumpram tarefas da Administração pública, contudo, órgãos estatais não têm honra “pessoal”, nem são titulares do direito de personalidade.

“Sem um mínimo de aceitação por parte da sociedade, os órgãos estatais não podem cumprir suas tarefas. Por isso, devem ser em princípio protegidos contra-ataques verbais, que ameacem minar esses pressupostos” (BVerfGE 81, 278 [292 s.]). “No

entanto, a proteção penal não deve abranger os órgãos estatais contra crítica pública [...] a qual deve ser garantida pelo direito fundamental da liberdade de expressão de maneira especial” (BVerfGE 28, 191 [202]) (SCHWABE, 2005, p. 421).

Como as decisões dizem respeito à liberdade de expressão e seus limites a partir da injúria (honra pessoal), deve haver entre esses uma ponderação, ou seja, não restringir nenhum dos direitos fundamentais em questão: “o art. 5 I 1 GG proíbe uma interpretação do § 185 StGB que provoque um efeito assustador quanto ao uso do direito fundamental, que leve à omissão de crítica permitida por medo de sanções” (SCHWABE, 2005, p. 422). Isto é, a liberdade de expressão não deve ser restringida a um ponto em que as pessoas tenham medo de se manifestar sobre qualquer assunto que faça referência às organizações do Estado e afins, essa liberdade de manifestação deve ser preservada para um bom exercício democrático. Toda ponderação deve ser feita a partir do caso em questão, não sendo antecipada de forma geral e abstrata, porém a dignidade humana, como é raiz de todos os direitos fundamentais, não é ponderável ou comparável com nenhum direito fundamental isolado. Via de regra, a liberdade de expressão também cede lugar à proteção da honra no caso de expressões depreciativas (injúria formal ou ignominiosas). Sendo uma crítica ignominiosa:

Assim, mesmo uma crítica exagerada ou até ofensiva em si não torna a expressão uma ignomínia. Muito mais deve ocorrer que, na expressão, não esteja mais em primeiro plano a discussão do assunto, mas a difamação da pessoa. Ela também deve consistir da depreciação pessoal, além da crítica polêmica e excessiva [...]. Por esse motivo, a crítica ignominiosa em expressões sobre uma questão que essencialmente toque a opinião pública estará presente apenas excepcionalmente e, de resto, permanecerá restrita à chamada disputa particular [...]. (SCHWABE, 2005, p. 423).

Como a expressão controversa em questão (militares são [potenciais] assassinos) não pode ser classificada como um ataque à dignidade humana, nem como injúria formal ou ignomínia e, além disso, é uma contribuição para a formação de uma opinião pública, mais vale a liberdade de discurso.

Como o estudante em questão fez uso de expressões para manifestar o seu pensamento e, como visto, toda palavra tem uma textura aberta, ou seja, é potencialmente vaga, cabe aqui interpretar essas expressões com o objetivo de verificar o sentido objetivo dessas.

O sentido só é [plenamente] determinado, ao contrário, pelo contexto linguístico onde se situa a expressão polêmica e pelas circunstâncias de sua ocorrência, conquanto fossem reconhecíveis pelos destinatários. A análise isolada de uma parte da expressão controversa não atende, assim, normalmente às exigências de uma verificação confiável do seu sentido. (SCHWABE, 2005, p. 424).

Isto é, para que o sentido objetivo seja conhecido, deve-se analisar se a expressão ocorreu, qual o teor, quais as circunstâncias e quem é o autor daquela, sendo o sentido dela entendido partir de um público não preconceituosos e ponderado. Em resumo, se as circunstâncias fáticas do caso em questão admitirem uma interpretação na qual a expressão não tenha uma conotação de injúria, então toda decisão judicial penal que não a levar em conta estará violando o art. 5 I 1 GG. E, devido ao fato de em nenhuma das quatro condenações terem sido levados em conta essa eventual interpretação das expressões, as decisões foram revogadas e devem ser apreciadas novamente, considerando as exigências do art. 5 I 1 GG.

#### 4 Caso ADPF 54 de 2012

Em junho de 2014, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS) formalizou a arguição de descumprimento de preceito fundamental, com o objetivo de que o Supremo Tribunal Federal declarasse inconstitucional o enquadramento do aborto de feto anencéfalo aos artigos do Código Penal que tratam do crime de aborto (arts. 124, 126 e 128). Foi um caso amplamente discutido em razão da sensibilidade que envolve o tema e, por isso, várias linhas argumentativas foram utilizadas para justificar a decisão que “julgou procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada

nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, todos do Código Penal” (BRASIL, 2012, p. 430).

O objetivo aqui é analisar a decisão sob o prisma da textura aberta do direito, visto que o caso é uma situação de indeterminação fática, como será demonstrado a seguir. O ministro Joaquim Barbosa, em seu voto, utilizando-se de conceito doutrinário, afirma que o aborto é

‘a solução de continuidade, artificial ou dolosamente provocada, do curso fisiológico da vida intrauterina’. Nesse sentido, portanto, o ato que interrompe a gestação configurará o crime de aborto descrito no art. 124 do Código Penal quando tiver como resultado prático a subtração da vida do feto, sendo este elemento (morte do feto) indissociável do delito ali tipificado. (BRASIL, 2012, p. 148).

Assim sendo, a interrupção provocada da gestação de feto anencéfalo enquadra-se no conceito de aborto, na medida em que se gera a antecipação do falecimento do feto<sup>3</sup>. Se, para a interpretação do caso fosse utilizada a interpretação silogística<sup>4</sup> (modo argumentativo geralmente utilizado na prática jurídica visto que os dispositivos normativos aplicam-se à maioria dos casos concretos), o ato abortivo de feto anencéfalo seria enquadrado nos tipos penais presentes nos artigos 124, 126 ou 128 do Código Penal, podendo a gestante, o médico e outros profissionais que realizaram o procedimento (ou todos) ser submetidos à responsabilização penal. Contudo, a CNTS, ao formalizar a arguição de descumprimento de preceito fundamental, visou pôr em questionamento tal interpretação, utilizando, entre outros argumentos, o da não compatibilidade do ato abortivo de feto anencéfalo aos referidos artigos do Código Penal.

O Relator do processo, o ministro Marco Aurélio, citou, ao final do relatório, o parecer da então Procuradora-Geral da República, Deborah Macedo, a qual salientou a limitação científica à época da promulgação do Código Penal, sendo incapaz o le-

3 O feto anencéfalo não possui possibilidade de vida extrauterina. Ainda, durante a gestação, o feto anencéfalo possui atividades fisiológicas que se configuram enquanto vida.

4 “A premissa normativa (final) do raciocínio judicial é, em geral, uma regra de ação que tem a forma: ‘se ocorrem as circunstâncias ou condições de aplicação X (um caso genérico), então alguém pode, deve ou está proibido de realizar uma determinada ação Y’. A partir daqui, tudo o que se necessita é classificar ou subsumir certa realidade no suporte fático dessa norma.” (ATIENZA, 2017).

gislador de contemplar ao artigo a excludente de ilicitude em casos de anencefalia. No mesmo sentido, argumentou o ministro Joaquim Barbosa:

Quando da promulgação do Código Penal, em 1940, não havia tecnologia médica apta a diagnosticar, com certeza, a inviabilidade do desenvolvimento do nascituro pós-parto. [...] Explica-se, assim, a lacuna do Código Penal e justifica-se a interpretação conforme a Constituição a ser dada aos dispositivos do Código Penal a fim de reconhecer o direito subjetivo da gestante, nos casos de gravidez de feto anencefálico, diagnosticados por médico habilitado, de se submeter à antecipação terapêutica do parto. (BRASIL, 2012, p. 152).

Os argumentos apresentados remontam ao que Hart argumentava acerca da limitação do legislador em prever todos os casos possíveis que poderiam ser abarcados pela norma criada. Hart (2001) explica que o legislador, ao redigir uma disposição normativa, escolhe os fatos da vida que visa tutelar. No caso em tela, o legislador de 1940 objetivava proteger a vida do nascituro e estabeleceu como crime o ato de interrupção da gestação. Contudo, aquele previu exceções, a fim de evitar extrema injustiça ao aplicar tal dispositivo a determinados casos – as excludentes de ilicitude. Em razão das limitações tecnológicas, o legislador não era capaz de tutelar o aborto de feto anencefalo, pois tal patologia sequer era conhecida à época.

Impende referir a justificativa atribuída à excludente de ilicitude prevista no art. 128, inciso II, do Código Penal. Segundo o ministro Joaquim Barbosa, permite-se o aborto em caso de estupro, visto que a mulher sofreria demasiado abalo psíquico por gerar um indivíduo fruto de violência. O ministro defendeu que a gestação de feto anencefalo causaria semelhante efeito, visto que a mãe iria carregar um feto sabendo da impossibilidade de vida extrauterina.

Assim, partindo-se da premissa de que a razão da criação dessa exceção feita visava a proteção da saúde psicológica da gestante, pode-se presumir que, se tivesse condições de conhecer a anomalia que pode acometer o feto, gerando impossibilidade de vida extrauterina, o legislador teria incluído a situação entre as excludentes de ilicitude.

## 5 Caso do veículo no parque, de Hart e a similaridade deste com o caso do livro eletrônico

A textura aberta do direito decorre da abertura semântica dos termos contidos nas normas ou da indeterminação dos fatos que podem vir a ser enquadrados em dada regra, mas nada impede que ambas estejam presentes em determinados casos. Hart (2001) ilustra essa situação utilizando o exemplo hipotético do veículo no parque: um legislador, objetivando a tranquilidade dos frequentadores de um parque, cria uma regra proibindo a entrada de veículos no local. A partir da questão da textura aberta da linguagem, questiona-se sobre a definição de veículo, ou seja, é questionado se skates e carrinhos de bebê, por exemplo, são veículos e, assim, enquadrados pelo dispositivo normativo. Sob o prisma da indeterminação fática, indubitável é o fato de que carros são veículos, mas em necessidade de um carro policial ou uma ambulância adentrarem no parque, Hart levanta a questão de se seria correta a entrada destes pelo mero fato de serem veículos.

A solução para as situações prováveis antes descritas está na análise da finalidade da regra criada pelo legislador: se a lei visava o lazer dos frequentadores do parque, este não seria perturbado por carrinhos de bebê, pois podem ser controlados pelos adultos responsáveis, tampouco o skate, que é de fácil controle. Da mesma forma, visto a intenção antes citada, a não prestação de assistência dos entes públicos para os frequentadores em situações de emergência feriria a finalidade da regra, pois poderia ser causada grande agitação caso os próprios tivessem que deslocar alguém em situação de emergência de saúde sem os conhecimentos necessários para tanto; ou, o parque poderia não vir a ser mais utilizado pela comunidade local em razão de as pessoas saberem que o acesso policial no parque é limitado, o que geraria insegurança nos frequentadores. Logo, a finalidade será o fio condutor para o operador do direito interpretar a regra ao caso concreto.

Um caso ocorrido no Brasil pode ser utilizado para ilustrar este fenômeno: a decisão a respeito da imunidade do livro eletrônico (RE 330.817/RJ). Discutia-se que, a partir da não tributação de livros e periódicos impressos, o mesmo ocorreria com os de distribuição eletrônica. Em seu voto, o ministro Dias Toffoli

fez uma reconstrução histórica, a partir da análise da Constituição de 1946, em que a imunidade era apenas para o insumo (papel), e da Constituição de 1967, que vedava a criação de impostos sobre jornais, livros e periódicos. Seu objetivo era buscar na história do direito brasileiro a finalidade desta imunidade tributária para, no caso concreto do livro eletrônico, encontrar a definição das palavras “periódico” e “livro”.

A decisão do ministro – no sentido de conceder a imunidade aos livros eletrônicos – foi fundamentada no art. 150, VI, da Constituição Federal: citou o ministro Cordeiro Guerra, o qual referiu que “a finalidade da Constituição é propiciar o desenvolvimento da circulação das ideias, da cultura e a expansão dos meios de comunicação” (BRASIL, 2017, p. 7). Portanto, seria contrário à finalidade da norma restringir um dos meios de propagação do conhecimento, que, no caso concreto, é o livro eletrônico. Cumpre frisar que ao legislador da Constituição de 1988 era impossível prever a existência de um meio eletrônico e, a partir destes, um meio de propagação de conhecimento. Por outro lado, é questionável o fato de um eletrônico poder estar contido no conceito de livro. Assim, coube aos intérpretes (Supremo Tribunal Federal) ampliar o sentido da regra para adequá-la ao tempo histórico atual. Ou seja, em uma época na qual os eletrônicos fazem parte do cotidiano das pessoas, impedir que os livros possam ser acessados eletronicamente sem impostos seria ferir o próprio objetivo da regra.

## 6 Conclusão

O presente trabalho se propôs a, sucintamente, apresentar uma importante teoria da filosofia do direito, demonstrando a existência e prática desta na realidade jurídica. A partir da análise de diversos casos, foi verificado a presença abundante de textura aberta, tanto na área da linguagem quanto em relação aos fatos, ou seja, a textura aberta do direito, apesar de dizer respeito às limitações do direito, confere ao juiz maior racionalidade e, portanto, segurança quando da solução dos casos difíceis (*hard cases*).

## Referências

- ANDRADE, José Maria Arruda de. Hermenêutica jurídica e a questão da textura aberta. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 103, p. 458-474, jan.-dez. 2008.
- ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentação jurídica**. 1. ed. Curitiba: Alteridade, 2017.
- BAHIA, Charles Nunes. Da textura aberta da linguagem à textura aberta do direito: o contributo de Wittgenstein e Waismann à filosofia jurídica de Hart. **Justiça do direito**, Passo Fundo, v. 30, n. 2, p. 227-241, mai.-ago. 2016.
- BRASIL. Decreto-Lei nº. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 31 dez. 1940.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54** – Distrito Federal. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 12 de abril de 2012
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 330.817 – Rio de Janeiro. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, 08 de março de 2017.
- HART, Herbert. **O Conceito de Direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.
- SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2005.
- STRUCHINER, Noel. **Uma análise da textura aberta da linguagem e sua aplicação ao direito**. 2001. Dissertação (Mestrado em Filosofia) — Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2001.

# A necessidade da efetiva integração operacional do sistema de garantia de direitos em todo o país para a real promoção de ações em benefício de crianças e adolescentes

Fabiana Koinaski Borges<sup>1</sup>  
Ismael Francisco de Souza<sup>2</sup>

## Resumo

O artigo busca demonstrar a necessidade da ampliação da participação da população nos espaços democráticos, culminando para uma efetiva integração operacional do Sistema de Garantia de Direitos das crianças e dos adolescentes. Como ponto de partida, trata-se da democracia como modelo alternativo propulsor à participação da sociedade civil na tomada de decisões, por meio da representação nos Conselhos Gestores. Logo após estes aportes a respeito da questão democrática demonstra-se a importância da operacionalização do Sistema de Garantia de Direitos para garantir a proteção integral de crianças e adolescentes. O método de abordagem adotado é o dedutivo; sendo utilizado o método de procedimento monográfico e as técnicas de pesquisa a bibliográfica, bem como a pesquisa documental indireta, por apresentar dados levantados em fontes estatísticas.

**Palavras-chave:** Conselhos gestores. Crianças e adolescentes. Democracia participativa. Sistema de garantia de direitos.

1 Mestranda em Direito pela Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC) e integrante do Núcleo de Pesquisa em Direito da Criança e do Adolescente e Políticas Públicas (UNESC), bem como do NUPED – Núcleo de Estudos em Estado, Política e Direito. E-mail: fkborges@hotmail.com.

2 Doutor em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), mestre em serviço social pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação - Mestrado em Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC). Líder do Grupo de Pesquisa em Direito da Criança e do Adolescente e Políticas Públicas e colíder do Núcleo de Estudos em Política, Estado e Direito, ambos certificados pelo CNPq e pela UNESC. E-mail: ismael@unesc.net.

## Abstract

The article seeks to demonstrate the need to increase the participation of the population in democratic spaces, culminating in an effective operational integration of the System of Guarantee of Rights of children and adolescents. As a starting point, it is democracy as an alternative model that promotes the participation of civil society in decision-making, through representation in the Management Councils. Soon after these contributions on the democratic issue, it is demonstrated the importance of the operationalization of the System of Guarantee of Rights to guarantee the integral protection of children and adolescents. The method of approach adopted is the deductive method; using the method of monographic procedure and the techniques of research the bibliographic, as well as the indirect documentary research, for presenting data collected in statistical sources.

**Keywords:** Management councils. Children and adolescents. Participatory democracy. System of guarantee of rights.

## 1 Introdução

O presente trabalho tem como objetivo demonstrar a necessidade da efetiva integração operacional do Sistema de Garantia dos Direitos das crianças e dos adolescentes por meio das questões deliberadas em espaços democráticos, ações em garantia aos direitos fundamentais, a fim de serem implementadas e executadas.

Como problema de pesquisa, questiona-se se a integração operacional da rede de atendimento, que está sendo desenvolvida plenamente em todo o país, diante da previsão pela legislação estatutária de ser desenvolvida uma política de atendimento aos direitos das crianças e dos adolescentes por meio de ações governamentais e não governamentais em âmbito local, estadual, federal e no Distrito Federal. A fim de ser operacionalizado o Sistema de Garantia de Direitos, a criação do Conselho Municipal de Direitos da criança e do adolescente em cada município do país, como um órgão deliberativo e controlador, mostra-se necessária.

Para responder ao problema de pesquisa, delineou-se uma hipótese de estudo no sentido de que, apesar do Sistema de Ga-

rância de Direitos prever o trabalho em rede e articulado, tendo como diretriz a municipalização do atendimento e a descentralização político-administrativa e considerando a realidade local, é preciso, ainda, maior vontade política e capacitação das pessoas envolvidas na promoção de direitos à infância e adolescência para integrar todo o Sistema de Garantia e assegurar a constituição do Estado Democrático de Direito, culminando no exercício dos direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes do país.

Para o desenvolvimento do tema foram estabelecidos dois objetivos específicos, quais sejam: caracterizar o fortalecimento democrático e a participação da sociedade civil nos conselhos gestores e demonstrar a importância da operacionalização do Sistema de Garantia de Direitos para assegurar os direitos das crianças e adolescentes.

No primeiro tópico caracterizar-se-á a democracia participativa como um modelo emancipatório e inclusivo que garante a participação da população na tomada de decisões nos espaços públicos. Sendo que no próximo tópico demonstrar-se-á que ainda há muito a ser conquistado e desenvolvido pela sociedade, pelo Estado e pela família para ser constituído o Estado Democrático de Direito, sendo necessária maior integração operacional para que sejam efetivadas as garantias constitucionalmente previstas para as crianças e os adolescentes do país.

Diante da relevante importância do tema, já que a Teoria da Proteção Integral tem como pressuposto garantir os direitos fundamentais a crianças e adolescentes com absoluta prioridade, estando estes direitos acima de qualquer outro, o interesse dos autores pela pesquisa foi despertado.

A presente pesquisa observa a legislação estatutária, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e demais materiais pertinentes, buscando interpretar doutrinas relevantes a esse assunto. O método de abordagem adotado é o dedutivo por considerar um conjunto de raciocínios em ordem descendente, ou seja, do geral para o específico. É utilizado o método de procedimento monográfico e as técnicas de pesquisa bibliográfica, utilizando-se livros da biblioteca da Universidade do Extremo Sul Catarinense, o banco de teses de dissertações da CAPES e do Instituto Brasileiro de Informação em Ciência e Tecnologia

(IBICT), entre outros, bem como a pesquisa documental indireta, por esta apresentar dados levantados em fontes estatísticas, especialmente do IBGE.

## **2 O fortalecimento democrático e a participação da sociedade civil nos conselhos gestores.**

A luta em busca da democracia, enaltecida durante o século XX, partiu de uma democracia representativa, caracterizando a concepção hegemônica, cujos elementos não conseguiram esclarecer o problema que a representatividade trouxe para as práticas democráticas, tendo em vista a dificuldade dos representantes exprimirem as inúmeras opiniões dos cidadãos a respeito de determinado assunto, bem como por proporcionarem a redução da soberania. Com isso, novos modelos de democracia surgiram, formando concepções contra-hegemônicas, ou seja, modelos alternativos que se dividiam pela proposta representativa e a participativa da democracia, aumentando a participação social a nível local (SANTOS; AVRITZER, 2002).

A participação constitui um grande avanço democrático, já que oportuniza a exteriorização da pluralidade de opiniões em espaços públicos que objetivam tomar decisões atinentes a determinado assunto e assim prioriza a necessidade local, levando experimentos bem sucedidos a nível global, como o são os orçamentos participativos.

A democracia não pode ficar limitada à representação, mas na oportunidade do cidadão participar diretamente das decisões. Restringir a democracia à representação resulta na redução do poder dos indivíduos, ensejando em uma cidadania de prisioneiros (RUBIO, 2014). A participação da sociedade garante o exercício da soberania e o ideal emancipativo da sociedade. Em países periféricos, por exemplo, onde o povo é manipulado pela vontade política dos governantes, o modelo alternativo de democracia que pode combater a discriminação e satisfazer o interesse nacional é o participativo (BONAVIDES, 2001).

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 garante a participação da sociedade civil na implementação de políticas públicas, cabendo à legislação infraconstitucional regu-

lamentar a forma de funcionamento dos espaços democráticos (CÔRTEZ, 2007). Tem sido um grande desafio à democracia a participação efetiva da população nos espaços públicos:

Um dos desafios enfrentados, principalmente por países que passaram por transições para a democracia nas últimas décadas, tem sido construir instituições que possuam legitimidade e apoio e garantam a participação da população na definição dos governos e das políticas. (GONZÁLEZ, 2012, p. 20).

A constituição do Estado Democrático de Direito, que tem por fundamentos “[...] a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político” (BRASIL, 1988), garantidos no artigo inaugural da Carta Magna, devem ser respeitados a fim de ser efetivada a democracia, culminando ao desenvolvimento do país. É preciso maior enaltecimento da democracia para que haja a participação da população em todas as esferas públicas do país, assim, valorizando a pluralidade de opiniões e os anseios democráticos de cada cidadão.

Para Gohn (2005), a participação é uma dinâmica significativa à uma comunidade, um grupo ou um movimento social, tornando-os atores de sua história, objetivando produzir novos conceitos e valores e implementando uma percepção crítica emancipatória.

Um dos melhores instrumentos que representam os anseios democráticos da sociedade são os Conselhos Gestores “[...] não apenas porque estão assentados na ideia de participação, mas também por instituírem novas práticas e atores no campo da representação política” (BORBA; LÜCHMANN, 2000, p. 232). São nestes espaços democráticos que se formulam e implementam as políticas públicas, bem como são fiscalizadas as ações do Poder Executivo.

Política pública é definida por Souza (2007, p. 69) como sendo “[...] o campo do conhecimento que busca, ao mesmo tempo, colocar o ‘governo em ação’ e/ou analisar essa ação (variável independente) e, quando necessário, propor mudanças no rumo ou curso dessas ações (variável dependente)”. A implementação dessas políticas públicas em espaços democráticos delinea

proposições e ações a serem executadas pelo Estado com a finalidade de promover alterações necessárias para a garantia de direitos.

A regulamentação de alguns artigos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 que tratam da Ordem Social e disciplinam a participação democrática na elaboração de políticas públicas orientam para a criação de leis orgânicas, estatutos e conselhos gestores a fim de assegurarem a participação da sociedade nos espaços públicos, quais sejam: artigo 194, inciso VII, o qual disciplina a Seguridade Social; artigo 198, inciso III, acerca do sistema único de saúde; artigo 204, inciso II, sobre a assistência social; artigo 206, inciso VI, concernente ao ensino público; e artigo 227, parágrafo sétimo, que disciplina a aplicação do artigo 204, acerca da descentralização e participação da sociedade, e no atendimento dos direitos da criança e do adolescente (GONZÁLEZ, 2012).

Vários conselhos gestores foram criados seguindo modelos que avançaram na questão democrática, como os conselhos na área da criança e do adolescente, da saúde e da assistência social. Com isso, foram criados conselhos gestores nas áreas de educação, saúde, meio ambiente, trabalho, turismo, cultura, habitação, orçamento, transportes, política urbana, entre outros, cada um direcionando a discussão e promoção de ações voltadas às matérias específicas, mesmo que deva haver uma integração entre todos para a ampliação do desenvolvimento de políticas públicas que satisfaçam as necessidades locais.

No entanto, a criação dos conselhos gestores não significa a efetiva participação dos atores envolvidos nas atividades e na promoção de ações nos espaços públicos, tendo em vista que muitos representantes da sociedade civil não se envolvem o suficiente, ficando submissos à decisão dos representantes dos entes governamentais, satisfazendo a vontade política por meio da manipulação ou consulta (CÔRTEZ, 2007).

Para que sejam desenvolvidas ações em promoção de determinado público alvo é necessária a efetiva participação da população, representada pela sociedade civil organizada, nas tomadas de decisões, não se submetendo à vontade política e priorizando a atribuição de realmente deliberar a respeito do

assunto em questão, bem como fiscalizando a execução pelo Poder Executivo. A sociedade civil, representando a população, tem melhor desempenhado a participação democrática nos Conselhos Municipais de Direitos, espaço público onde devem ser deliberadas ações.

No que concerne aos Direitos da infância e adolescência, faz-se necessária a efetiva operacionalização do Sistema de Garantia de Direitos para que seja priorizado o melhor interesse da criança e do adolescente e garantida a proteção integral.

### **3 A importância da operacionalização do sistema de garantia de direitos para assegurar os direitos das crianças e dos adolescentes**

As crianças e os adolescentes foram marcados, inicialmente, na história jurídica do Brasil, com o autoritarismo do Estado, a contenção pela via da violação e restrição dos direitos humanos, perpetrando a discriminação e marginalização. Com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, aqueles foram reconhecidos como sujeitos de direitos e garantidos, com absoluta prioridade, os direitos fundamentais<sup>3</sup> ao desenvolvimento digno, os quais devem ser assegurados pelo Estado, pela família e pela sociedade, perfazendo uma responsabilidade tripartite.

A Teoria da Proteção Integral rompeu radicalmente com os pressupostos da Doutrina da Situação Irregular adotada pelos Códigos de Menores de 1927 e 1979. Os princípios e direcionamentos deste pressuposto resultaram em inovadoras garantias e ações às crianças e adolescentes, o “[...] que por consequência provocou um reordenamento jurídico, político e institucional sobre todos os planos, programas, projetos ações e atitudes por parte do Estado, em estreita colaboração com a sociedade civil [...]” (CUSTÓDIO, 2008, p. 27).

3 Caput do artigo 227, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão” (BRASIL, 1988).

A participação democrática nos espaços públicos atinente ao Direito da Criança e do Adolescente inicia com o Sistema de Garantia de Direitos, previsto na lei nº. 8.069/90, na parte concernente à política de atendimento. Compõem o Sistema de Garantia de Direitos representantes do Poder Público e pessoas que lutam pelo cumprimento do pressuposto da proteção integral da criança e do adolescente: os Conselhos de Direitos da criança e do adolescente; o Conselho Tutelar; o Poder Judiciário; o Ministério Público; a Defensoria Pública; a Segurança Pública; entre outros órgãos.

Todos esses órgãos devem agir em harmonia entre si e com os pressupostos da Teoria da Proteção Integral, de forma a cumprir as garantias previstas na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no Estatuto da Criança e do Adolescente, entre outros documentos jurídicos protetivos às crianças e adolescentes. Para que sejam efetivados os direitos fundamentais da criança e do adolescente é preciso que a responsabilidade do Estado, da família e da sociedade tenha atuação em real consonância, a fim de que sejam promovidas as redes protetivas (DUARTE, 2017).

Com a Teoria da Proteção Integral foram enaltecidas as ações em todas as esferas públicas: União, Estados, Distrito Federal e Municípios, rompendo com o autoritarismo estatal adotado pela Doutrina da Situação Irregular e sendo valorizada a participação de todos. No entanto, é na municipalização do atendimento que se observará a realidade local, possibilitando a implementação de ações que satisfaçam a real necessidade da criança e do adolescente. Os critérios do Sistema de Garantia de Direitos implicam na municipalização do atendimento e descentralização político-administrativa, resultando na ação e execução de políticas públicas que atendam às necessidades locais de crianças e adolescentes (LIMA; VERONESE, 2017).

Os melhores instrumentos de participação da população no Brasil são os Conselhos Municipais de Direitos porque estes concentram na realidade local a busca por ações e políticas sociais voltadas para o público alvo. Os Conselhos de Direitos das crianças e dos adolescentes são órgãos deliberativos e controladores das ações, em âmbito nacional, estadual e municipal, sendo asse-

gurada a participação popular, por intermédio da sociedade civil organizada, paritariamente com o Poder Executivo, conforme estabelecido no artigo 88, II, da lei nº. 8.069/90 (BRASIL, 1990).

A atribuição primordial dos Conselhos de Direitos da criança e do adolescente é garantir a estes o exercício dos direitos fundamentais, por meio de deliberações e proposições ao Estado de implementação de políticas públicas. Do mesmo modo, é de sua competência controlar o Estado, captando e gerenciando recursos financeiros que viabilizem as ações de proteção integral à criança e ao adolescente. Os Conselhos de Direitos da criança e do adolescente são “[...] órgãos que não só discutem, mas também definem, politicamente, as escolhas relacionadas ao atendimento da infância e da adolescência, em suas respectivas esferas de atuação” (TAVARES, 2018, p. 560).

Para que os espaços democráticos destinados à deliberação de ações que promovam o cumprimento da proteção integral da criança e do adolescente consigam atingir eficazmente o objetivo é necessário que sejam cumpridas algumas circunstâncias, quais sejam: destinação financeira capaz de satisfazer a necessidade local; participação nos Conselhos Gestores de representantes do Estado e da sociedade civil em igualdade qualitativa e não unicamente numérica; conselheiros capacitados; destituição do conselheiro que não cumpra com suas atribuições; controle das ações deliberadas; entre outras (GOHN, 2002).

Portanto, há, ainda, muito a ser desenvolvido para que o Sistema de Garantia de Direitos cumpra o seu objetivo em todo o país, devendo haver maior integração operacional de todo o sistema (LIMA; VERONESE, 2017) e vontade política do Poder Executivo Municipal em criar os Conselhos de Direitos da criança e do adolescente, receber os recursos financeiros e desenvolver as ações deliberadas nos espaços democráticos. É necessário, do mesmo modo, que as pessoas envolvidas na promoção dos direitos das crianças e dos adolescentes tenham conhecimento das normas para realizarem as suas atribuições com plenitude. “A necessidade de promover o reordenamento institucional nos moldes propostos pelo Direito da Criança e do Adolescente é reconhecida pelos Prefeitos Municipais e Conselheiros de Direitos

da Criança e do Adolescente” (CUSTÓDIO; VERONESE, 2009, p. 142).

Em 2001, apenas 77,5% dos municípios do Brasil criaram o Conselho de Direitos da criança e do adolescente, percentual extremamente reduzido tendo em vista a obrigação dos entes públicos municipais em editar a lei de criação dos órgãos deliberativos e controladores e desenvolverem a política de atendimento em benefício da criança e adolescência (IBGE, 2001). Atualmente, este percentual é superior, mas ainda incapaz de integrar todo o Sistema de Garantia. Mesmo com a existência de Conselhos de Direitos desenvolvendo atividades apenas como órgãos consultivos, não é executado o importante caráter deliberativo e controlador do Estado ou, quando deliberadas ações e políticas públicas, estas não são cumpridas pelo Poder Público.

O Direito da Criança e do Adolescente é desafiador, já que propõe alterações estruturais relacionando “[...] quatro dinâmicas específicas, que envolvem: a política de atendimento, a política de proteção, a política de justiça e a política de promoção de direitos” (CUSTÓDIO; VERONESE, 2009, p. 143). Portanto, o Sistema de Garantia de Direitos propõe uma dinâmica articulada, abrangendo políticas de atendimento, proteção, justiça e promoção de direitos que se entrelaçam e constituem estratégias para os atores que trabalham em promoção dos direitos das crianças e dos adolescentes.

A política de atendimento dos direitos das crianças e adolescentes diz que este deve ser realizado por meio de um conjunto articulado de ações promovidas por órgãos governamentais e não governamentais e tem como linhas de ação:

Art. 87. São linhas de ação da política de atendimento:

- I - políticas sociais básicas;
- II - serviços, programas, projetos e benefícios de assistência social de garantia de proteção social e de prevenção e redução de violações de direitos, seus agravamentos ou reincidências;
- III - serviços especiais de prevenção e atendimento médico e psicossocial às vítimas de negligência, maus-tratos, exploração, abuso, crueldade e opressão;
- IV- serviço de identificação e localização de pais, responsáveis, crianças e adolescentes desaparecidos;

- V - proteção jurídico-social por entidades de defesa dos direitos da criança e do adolescente;
- VI - políticas e programas destinados a prevenir ou abreviar o período de afastamento do convívio familiar e a garantir o efetivo exercício do direito à convivência familiar de crianças e adolescentes;
- VII - campanhas de estímulo ao acolhimento sob forma de guarda de crianças e adolescentes afastados do convívio familiar e à adoção, especificamente inter-racial, de crianças maiores ou de adolescentes, com necessidades específicas de saúde ou com deficiências e de grupos de irmãos. (BRASIL, 1990).

A municipalização do atendimento, a criação de Conselhos de Direitos das crianças e adolescentes Nacional, Estaduais e Municipais e a integração operacional do órgãos do Poder Judiciário, Ministério Público, Defensoria Pública, Segurança Pública e Assistência Social são algumas das importantes diretrizes da política de atendimento enumeradas no artigo 88<sup>4</sup> do Estatuto da Criança e do Adolescente.

4 "Art. 88. São diretrizes da política de atendimento:

- I - municipalização do atendimento;
- II - criação de conselhos municipais, estaduais e nacional dos direitos da criança e do adolescente, órgãos deliberativos e controladores das ações em todos os níveis, assegurada a participação popular paritária por meio de organizações representativas, segundo leis federal, estaduais e municipais;
- III - criação e manutenção de programas específicos, observada a descentralização político-administrativa;
- IV - manutenção de fundos nacional, estaduais e municipais vinculados aos respectivos conselhos dos direitos da criança e do adolescente;
- V - integração operacional de órgãos do Judiciário, Ministério Público, Defensoria, Segurança Pública e Assistência Social, preferencialmente em um mesmo local, para efeito de agilização do atendimento inicial a adolescente a quem se atribua autoria de ato infracional;
- VI - integração operacional de órgãos do Judiciário, Ministério Público, Defensoria, Conselho Tutelar e encarregados da execução das políticas sociais básicas e de assistência social, para efeito de agilização do atendimento de crianças e de adolescentes inseridos em programas de acolhimento familiar ou institucional, com vista na sua rápida reintegração à família de origem ou, se tal solução se mostrar comprovadamente inviável, sua colocação em família substituta, em quaisquer das modalidades previstas no art. 28 desta Lei;
- VII - mobilização da opinião pública para a indispensável participação dos diversos segmentos da sociedade;
- VIII - especialização e formação continuada dos profissionais que trabalham nas diferentes áreas da atenção à primeira infância, incluindo os conhecimentos sobre direitos da criança e sobre desenvolvimento infantil;
- IX - formação profissional com abrangência dos diversos direitos da criança e do adolescente que favoreça a intersetorialidade no atendimento da criança e do adolescente e seu desenvolvimento integral;
- X - realização e divulgação de pesquisas sobre desenvolvimento infantil e sobre prevenção da violência". (BRASIL, 1990).

O Conselho Municipal dos Direitos da criança e do adolescente deve exercer as suas atribuições considerando a articulação intersetorial entre as áreas da saúde, educação e assistência social, com a finalidade de fortalecer a implementação de políticas públicas para crianças e adolescentes (SOUZA, 2016). Quando ocorrer a omissão, ameaça ou violação dos direitos fundamentais que devem ser assegurados com prioridade absoluta pelo Estado, pela família e pela sociedade, os Conselhos Tutelares, considerando a política de proteção, devem desempenhar as suas atribuições, pois são estes órgãos não jurisdicionais que devem inicialmente atender e solucionar o conflito.

Diante do princípio da não-jurisdicionalização caberá ao Poder Judiciário as demandas que fogem da competência administrativa, já que os Conselhos Tutelares são os órgãos que apresentam maior agilidade e competência para resolução dos conflitos atinentes à criança e adolescência. O Conselho Tutelar é um "[...] órgão permanente e autônomo, não jurisdicional, encarregado pela sociedade de zelar pelo cumprimento dos direitos da criança e do adolescente [...]"(BRASIL, 1990), conforme preceitua o artigo 131, da lei nº. 8.069/90.

Apesar disso, algumas funções extrapolam a competência de um órgão administrativo, sendo necessária a intervenção judicial, como nos casos de tutela, guarda, adoção, ato infracional, dentre outros (SOUZA; SOUZA, 2010). A política de justiça dos direitos de crianças e adolescentes perfaz-se por meio dos órgãos que integram o sistema de justiça, tais como: o Poder Judiciário, o Ministério Público e a Defensoria Pública, " [...] materializado na garantia do acesso à justiça e ao reconhecimento da condição de sujeitos de direitos" (SOUZA, 2016).

O sistema de justiça deve ser acionado quando houver violação ou ameaça aos direitos das crianças e adolescentes que extrapolam a competência administrativa dos Conselhos Tutelares, bem como nos casos de cometimento dos crimes e das infrações administrativas descritas nos artigos 225 a 258, da lei nº. 8.069/90 (CUSTÓDIO; VERONESE, 2009).

Concernente à política de promoção de direitos, é imprescindível o comprometimento de todos, visando o reconhecimento efetivo da participação da criança e do adolescente na sociedade

como titulares de direitos, em contraposto com os pressupostos da Doutrina da Situação Irregular. É necessário dar voz a eles, oportunizando-lhes a participação e decisão das matérias que lhes afetem diretamente, estimulando o pensamento próprio e enaltecendo a autonomia e cidadania (CUSTÓDIO; VERONESE, 2009).

A proteção integral dos direitos das crianças e dos adolescentes consubstancia-se por meio da dinâmica de atendimento, proteção, justiça e promoção de direitos, visando o exercício dos direitos fundamentais por crianças e adolescentes do país. É preciso ampliar os espaços democráticos para que sejam deliberadas ações que garantam o exercício dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes e para tanto se deve alertar os entes governamentais e não governamentais que os obstáculos devem ser enfrentados, priorizando o melhor interesse da criança e do adolescente (LIMA; VERONESE, 2017).

Com isso, denota-se a importância da operacionalização do Sistema de Garantia de Direitos em todo país, a fim de integrar a rede de atendimento, culminando no desenvolvimento de ações em promoção dos direitos de crianças e adolescentes.

#### **4 Considerações finais**

Com o presente artigo, almejou-se demonstrar a importância da efetiva operacionalização do Sistema de Garantia de Direitos das crianças e dos adolescentes, devido à necessidade de uma dinâmica articulada e um trabalho em rede desenvolvido em todo o país para que seja priorizado e garantido o exercício dos direitos fundamentais para o desenvolvimento digno das pessoas em desenvolvimento.

As políticas públicas implementadas nos espaços democráticos e executadas pelo Poder Público devem atender as necessidades das crianças e adolescentes, garantindo o exercício dos direitos fundamentais.

A participação da população na tomada de decisões constitui um grande avanço democrático, visto que valoriza a pluralidade de opiniões, reconhece as diversidades e enaltece a soberania.

Os conselhos gestores foram criados seguindo modelos que avançaram na questão democrática, como são os conselhos na área da criança e do adolescente, da saúde e da assistência social, cuja atribuição primordial é deliberar a respeito de assunto específico e controlar a ação do Estado, devendo haver uma integração entre todos para que haja a ampliação do desenvolvimento de políticas públicas que satisfaçam as necessidades locais.

No entanto, a existência dos conselhos gestores não significa a efetiva participação dos atores envolvidos nas atividades e a promoção de ações nos espaços públicos, visto que nem sempre as atribuições dos conselhos gestores desenvolvem-se em caráter deliberativo, sendo essas reduzidas à mera consulta, a fim de satisfazer a vontade política do Poder Público.

Portanto, para que sejam desenvolvidas ações em promoção de determinado público alvo é necessária a efetiva participação da população na tomada de decisões, por meio da sociedade civil organizada, a qual não se submete à vontade política e acaba por priorizar a atribuição deliberativa e controladora da ação do Estado.

Os melhores instrumentos de participação da população no Brasil são os Conselhos Municipais de Direitos por concentrarem na realidade local a busca por ações e políticas sociais voltadas para o público alvo. A atribuição primordial desses conselhos é garantir a crianças e adolescentes o exercício dos direitos fundamentais, por meio de deliberações e proposições de implementação de políticas públicas ao Estado, assim como é de sua competência, também, controlar o Estado e captar e gerenciar recursos financeiros que viabilizem as ações de proteção integral à criança e ao adolescente.

É preciso, ainda, ampliar os espaços democráticos, culminando para a maior integração operacional de todo o Sistema de Garantia de Direitos, visto que a proteção integral dos direitos das crianças e dos adolescentes consubstancia-se por meio da dinâmica de atendimento, proteção, justiça e promoção de direitos.

## Referências

BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**: por um direito constitucional de luta e resistência; por uma nova hermenêutica; por uma repolitização da legitimidade. São Paulo: Malheiros, 2001.

BORBA, Julian; LÜCHMANN, Lígia Helena Hahn. A representação política nos conselhos gestores de políticas públicas. **Urbe**: Revista Brasileira de Gestão Urbana, v. 2, n. 2, p. 229-246, jul.-dez. 2010.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 13 nov. 2018.

BRASIL. Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 16 jul.

1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm). Acesso em: 13 nov. 2018.

CÔRTEZ, Soraya Vargas. Viabilizando a participação em Conselhos de Política Pública Municipais: arcabouço institucional, organização do movimento popular e policy communities. In: HOCHMAN, Gilberto; ARRETCHE, Marta; MARQUES, Eduardo (org.). **Políticas públicas no Brasil**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2007.

CUSTÓDIO, André Viana. Teoria da proteção integral: pressuposto para compreensão do Direito da Criança e do Adolescente. **Revista do Direito**, Santa Cruz do Sul, v. 29, p. 22-43, 2008.

CUSTÓDIO, André Viana; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Crianças esquecidas**: o trabalho infantil doméstico no Brasil. Curitiba: Multidéia, 2009.

DUARTE, Karen Machado. **As políticas públicas de enfrentamento à infrequência e evasão escolar de crianças e adolescentes no marco jurídico da Teoria da Proteção Integral**: um estudo no município de Santa Maria-RS. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2017. Disponível em: <http://hdl.handle.net/11624/1608>. Acesso em: 10 dez. 2018.

GONZÁLEZ, Rodrigo Stumpf. Conselhos gestores de políticas públicas e democracia. In: WHENDAUSEN, Águeda Lenita Pereira; KLEBA, Maria Elizabeth (org.). **Conselhos gestores e empoderamento**: vivência e potenciais da participação social na gestão pública. Jundiá: Paco Editorial, 2012.

GOHN, Maria da Glória. O papel dos Conselhos Gestores na gestão urbana. In: RIBEIRO, Ana Clara Torres (org.). **Repensando a experiência urbana da América Latina**: questões, conceitos e valores. Buenos Aires: Clacso, 2002. Disponível em: <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/urbano/gohn.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2018.

GOHN, Maria da Glória. **O protagonismo da sociedade civil**: movimentos sociais, ONGs e redes solidárias. São Paulo: Cortez, 2005.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Perfil dos municípios brasileiros**: pesquisa de informações básicas municipais: gestão pública 2001. Rio de Janeiro: IBGE, 2003. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv2278.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2018.

LIMA, Fernanda da Silva; VERONESE, Josiane Rose Petry. Política pública para a criança e o adolescente no Brasil: uma trajetória de avanços e desafios. In: VERONESE, Josiane Rose Petry (org.). **Direito da criança e do adolescente**: novo curso, novos temas. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

RUBIO, David Sánchez. **Encantos e desencantos dos direitos humanos**: de emancipações, libertações e dominações. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

SANTOS, Boaventura de Souza; AVRITZER, Leonardo. Para ampliar o cânone democrático. In: SANTOS, Boaventura de Souza (org.). **Democratizar a democracia**: os caminhos da democracia participativa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. p. 39-82.

SOUZA, Celina. Estado da Arte da pesquisa em políticas públicas. In: HOCHMAN, Gilberto; ARRETCHE, Marta; MARQUES, Eduardo (org.). **Políticas públicas no Brasil**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2007.

SOUZA, Ismael Francisco de; SOUZA, Marli Palma. **O conselho tutelar e a erradicação do trabalho infantil**. Criciúma: UNESC, 2010.

SOUZA, Ismael Francisco de. **O Reordenamento do Programa de Erradicação do Trabalho Infantil (PETI)**: estratégias para

concretização de políticas públicas socioassistenciais para crianças e adolescentes no Brasil. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2016.

TAVARES, Patrícia Silveira. Os conselhos dos direitos da criança e do adolescente. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

## Coerência, argumentação e decisão judicial<sup>1</sup>

---

Pietro Cardia Lorenzoni<sup>2</sup>

Lucas Moreschi Paulo<sup>3</sup>

### Resumo

O presente estudo visa abordar a discussão acerca da existência de um requisito da coerência, ou seja, da obrigatória observância de preceitos jurídicos mínimos para que se possa considerar uma decisão jurídica como razoavelmente justificada, e a relação daquela com os precedentes judiciais. Para tanto, utilizou-se o método dedutivo, com nomes referenciais como Alexy, Dworkin e MacCormick. Objetivou-se, com isso, a identificação e o estabelecimento de premissas comuns sobre a temática, no esforço de vislumbrar uma resposta crítico-contributiva ao sistema jurídico. Qual seja, a de perceber que, a partir de critérios de correção da coerência, a resposta jurisdicional corrigida é aquela que, ao tratar os jurisdicionados de maneira igualitária, não os surpreende quando, da mesma pretensão, surgem duas respostas jurídicas diametralmente opostas.

**Palavras-chave:** Coerência. Justificação. Argumentação. Segurança jurídica. Precedentes judiciais.

---

1 Pesquisa desenvolvida no âmbito do Projeto de Pesquisa Grupo de Estudos do Projeto de Pesquisa Colisão de Direitos Fundamentais, coordenado pelo Prof. Dr. Anízio Pires Gavião Filho e vinculado no CNPq ao Grupo de Pesquisa Tutelas à Efetivação dos Direitos Transindividuais do Programa de Pós-Graduação em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público.

2 Advogado. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Especialista em justiça constitucional pela Universidade de Pisa/Itália (UNIFI). Aluno da especialização em gestão e docência no ensino superior pela Universidade Luterana do Brasil (ULBRA). Mestre em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul (FMP-RS). E-mail: pclorenzoni@gmail.com.

3 Bacharelado em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público. Bolsista do Grupo de Estudos do Projeto de Pesquisa Colisão de Direitos Fundamentais, coordenado pelo Prof. Dr. Anízio Pires Gavião Filho. Endereço eletrônico: lucasmoreschipaolo@gmail.com.

## Abstract

The present study seeks to approach the discussion concerning the existence of a requisite of the coherence, in other words, of the obligatory observance of a minimum of judicial precepts so that it can consider a judicial decision as reasonably justified, and its relation to the judicial precedents. For so, it was used the deductive method, with some referential names, such as, Alexy, Dworkin and MacCormick. Its objective, with that, the identification and the establishment of common premises on the theme, in the effort of glimpsing a critical-contributive answer to the juridical system. Which is, the one of noticing that, starting from criteria of correction of the coherence, restored her/it corrected jurisdictional is that that, when treating the jurisdictionals in an equalitarian way, it doesn't surprise them when, of the same pretension, two juridical answers appear diametrically opposed.

**Keywords:** Coherence. Justification. Argument. Legal certainty. Judicial precedents.

## 1 Introdução

Na Mitologia Grega, no mito da criação, antes de serem ajustados o mar, a terra e o céu, todas as coisas apresentavam apenas um aspecto ao qual se dava o nome de Caos – uma confusa e informe massa negra à qual foi atribuído primeiramente o conceito de desordem, no qual jaziam latente as sementes que fecundariam todas as coisas. É no meio desta desordem que surge a hedionda deusa Éris, a deusa da discórdia (HESÍODO, 2016, p. 35).

No episódio da Ilíada (Guerra de Tróia), Homero nos conta que foi Éris quem, comparecendo ao casamento de Peleu e Tétis e, por conseguinte à presença de Afrodite, deusa da Beleza, Atena, deusa da Prudência, e Hera, deusa da União, apresentou os deuses ali presentes com o Pomo da Discórdia, uma maçã dourada com a inscrição “à mais bela” (BULFINCH, 2006, p. 207). Confusas e competitivas entre si, as deusas iniciaram uma disputa para decidir quem era a merecedora do Pomo, e coube a Páris escolher qual deusa era a mais bela. As deusas lhe prometeram muitas bênçãos, mas nenhuma se comparava ao que lhe prometera a deusa Afrodite, o amor da mulher mais linda do mundo,

Helena de Esparta. Este episódio deu início à Guerra de Tróia, uma das mais sangrentas guerras do mundo antigo.

O que nos ensinam os gregos com tais alegorias, sejam provenientes de estórias ou de fatos históricos, é que sempre haverá, em qualquer plano do mundo, a luta entre o caos e o belo, ou, usando termos mais atuais, entre a desarmonia e a ordem. Na experiência do Direito, enquanto fenômeno da racionalidade criativa dos homens, encontramos uma artificial ordem de conduta criada para que se possa resolver da melhor forma o possível os problemas que emergem dentro da sociedade.

O direito surge, na Grécia Antiga, a partir desta junção entre o logos (razão) e o kósmos (cosmos). Estes visam garantir uma mesma ordem daquela encontrada na physis (natureza). Foi a partir desta reflexão que os gregos começaram a perguntar-se quais os corretos fundamentos do nomos (lei que rege a pólis) e quais seriam as corretas expressões das deusas Atena (simbolizava a prudência do direito) e Diké (simbolizava o cumprimento da justiça) e da titã Themis (simbolizava a autoridade do direito) (MASCARO, 2016, p. 29-31).

O direito, enquanto objeto de estudo filosóficos, aparece mais profundamente refletido primeiramente em Platão, no qual se identificava, em seu fundamento, uma metafísica (NEVES, 1976, p. 17). Platão, em sua “A República”, procurou compreender o direito a partir de quadrantes transjurídicos, como a política e a virtude. Nesta obra, a idéia do justo é a do cumprimento, por parte de cada qual e de todos, dos afazeres da pólis (MASCARO, 2016, p. 54-57).

Já para Aristóteles, alcançaríamos o justo, enquanto objetivo e fundamento do Direito, por meio da prudência casuística, alcançável por uma proporção aritmética chamada de díkaion (justo), na qual o correto é dar a cada um o que lhe é de direito, na medida do intermediário entre as ações não voluntárias de perda e ganho (ARISTÓTELES, 2001, p. 99-108).

Na idade média, o fundamento metafísico da natureza passa ao igualmente metafísico fundamento no Teos, isto é, em deus. É, portanto, um direito teológico que visa, como em Santo Agostinho, refletir à cidade dos homens, que era tomada pelo vício e pela injustiça, a “lei retíssima da cidade do Deus Onipotente” (MASCARO, 2016, p. 106).

É certo que houveram muitas outras doutrinas que tentaram exprimir sentido e validade e identificar o fundamento da justa e coerente medida entre os homens, o Direito. Aqui não se pretará a analisar exaustivamente todas estas, portanto se passa a analisar o direito em Hegel, o qual dá fundamento ao direito que temos hoje, mesmo que em sua forma mais planificada, e que será alvo de críticas.

Para Hegel, o direito se insere no contexto da eticidade histórica do Estado, ou seja, o direito passa a ser a expressão do político, a servir como verdadeiro, e muito eficaz, “instrumento normativo imposto imperativo-coactivamente pelo Estado nas suas leis – as quais passaram do mesmo modo a entender-se tão só com um fundamento político para uma teleologia de oportunidade” (NEVES, 1976, p. 18).

Portanto, o direito decaiu daquele seu sentido metafísico clássico, de ser a expressão de uma ordem cósmica, ou ser a expressão de um justo eterno, e passou a ser instrumento de subjugação das vontades. Neves (1976, p. 19) traça duras críticas a essa perda do relevo humano e social enquanto fundamento de validade do direito. Para o autor, o caminhar evolutivo do direito, a este passo, redundará na substituição do direito por outros meios de controle-social, que não serão epistemologicamente preocupados com os fundamentos éticos da sociedade, como é o direito.

Assim, e no interregno desta transição do ético para um cibernético, o direito sofreu uma desvalorização crítica de sua estrutura histórico-social. Está havendo, como previa Marx, em sua “A Ideologia Alemã”, a alienação, isto é, a substituição do homem pela ideologia do mercado, na qual tudo é negociável, inclusive a consciência, que afasta o homem de sua humanidade (MASCARO, 2016, p. 276-283).

Com este esvaziamento axiológico, reflexos se evidenciam na prática diária dos Tribunais de Direito. O que faz com que a realidade destes esteja cada vez mais marcada pela insegurança jurídica, inconsistência e incoerência das decisões judiciais. Tais características acabam por promover o aumento do descrédito do Poder Judiciário brasileiro e das demais instituições jurídicas do país.

Os números são assustadores: em 2017, ingressaram no STF 103.650 novos processos. Isso responsabiliza a cada um dos 11 ministros, mais de nove mil processos para serem julgados, por ano. E esta é apenas uma das cortes do país, a que menos deve ter processos, diga-se de passagem (CAMBI, 2017, p. 03). Nos tribunais, o número é ainda mais alarmante. Consoante informações do Tribunal de Justiça (RIO GRANDE DO SUL, 2017), percebe-se que, no âmbito da Corte Estadual, há pelo menos 1.500.000 processos novos por ano.

Segundo o Conselho Nacional de Justiça, a taxa de congestionamento<sup>4</sup> no ano-base de 2016 foi de aproximadamente 75%. Ou seja, em um ano, a cada 100 novos processos, menos de 25 são julgados definitivamente, consoante o último relatório do “Justiça em Números” (RIO GRANDE DO SUL, 2017). Sendo assim, é por isso que o Poder Judiciário é ineficiente para julgar cada uma dessas ações, guarneecendo-lhes a qualidade, a razoável duração do processo e sem que malfira a estabilidade da jurisprudência pátria.

Ocorre, todavia, com a judicialização e intensificação do contencioso no Brasil, o que Cambi (2001) chama de “jurisprudência lotérica”, caracterizada pela existência de decisões judiciais distintas para questões jurídicas semelhantes. Conforme o autor, “quando uma mesma regra ou princípio é interpretado de maneira diversa por Juízes ou Tribunais em casos iguais, isso gera insegurança jurídica, pois, para o mesmo problema, uns obtêm e outros deixam de obter a tutela jurisdicional” (CAMBI, 2001, p. 2-3).

Dito tudo isso, nota-se que não é à toa ter sido um dos vetores orientadores da elaboração do Código de Processo Civil (lei nº. 13.105/15), a segurança jurídica, em especial assegurada a partir da coerência entre as decisões judiciais e a chamada previsibilidade das decisões judiciais. Nessa esteira, positivou, às disposições 926<sup>5</sup> e seguintes, a observância ao dever de coe-

4 Indicador que compara o que não foi baixado com o que tramitou durante o ano-base (soma de casos novos e dos casos pendentes iniciais).

5 Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. § 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante. § 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

rência das decisões judiciais, assim como as normativas sobre o sistema de precedentes, até então inéditas no ordenamento jurídico brasileiro.

## 2 A coerência enquanto requisito das decisões judiciais

Delimitar o significado de coerência é uma tarefa árdua, uma vez que não poucos filósofos, especialmente os estudiosos da filosofia do direito, se debruçaram sobre a busca de sua conceituação. A coerência, entretanto, é um marco teórico-prático que, ao lado da consistência e do princípio da não contradição, garante proteção a duas características basilares de toda ordem jurídica, quais sejam, o princípio da Segurança Jurídica e o primado da Justiça, os quais, obviamente, dão sentido à ideia do que seja o direito.

É graças à coerência existente dentro do ordenamento jurídico, da jurisprudência, das condutas e das previsibilidades que se identifica aquilo com que o direito se preocupa, quais valores visa preservar e pelo que luta. Como sabido, na desordem não há direito e é contra tal ideia caótica que se percebe a importância conceitual de ter-se a preocupação com a presença da coerência no regulatório social, o direito.

Para fins de delimitação técnico-doutrinária, e por se tratarem de conceitos, embora conexos, diversos, cabe aqui diferenciar Coerência e Integridade. Para Dworkin (1999, *passim*), em sua Teoria da Integridade do Direito, a integridade significa que as decisões judiciais devem ser proferidas, além de observar uma interpretação moral do direito, com observância ao chamado *chain novel*, pelo qual o juiz, no ato decisório, segue a história institucional do direito, interpretando a fenomenologia jurídica da melhor maneira possível para o futuro (MOTTA, 2018, p. 257).

Coerência, contudo, não é simplesmente observar *ipsis literis* a decisão pretérita. A ideia por trás da coerência e integridade é a de concretização da igualdade, integrante nuclear do princípio basilar da dignidade da pessoa humana, fundamento da nossa ordem constitucional. Assim, a integridade é a materialização processual do direito à igualdade, o que harmoniza e horizontaliza a prestação jurisdicional do Estado. Decisão íntegra

e coerente será, portanto, aquela que respeite o direito fundamental a uma resposta adequada, o qual é credor o cidadão, tendo como garantia que não será surpreendido pelo entendimento pessoal do julgador.

É certo que, em se tratando do estudo do requisito da coerência se abrem muitos caminhos possíveis, como o argumentativo, o legislativo, o interno, o externo, o sistemático e ainda tantos outros linguísticos e jurídicos. Neste trabalho, há de se fazer um corte teórico-referencial e este será operado no sentido de trabalhar a coerência em sua faceta jurisdicional, enquanto critério de correção interdecisional (sistemática-externa).

Outrossim, o artigo 926 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015) impõe aos tribunais o dever de manter sua jurisprudência estável, íntegra e coerente. Esta normativa não é uma determinação aplicável apenas aos pronunciamentos ditos com força vinculantes, é, sim, uma diretriz a ser observada a qualquer momento de atuação judiciária. Segundo Araújo (2016, p. 113), “este dispositivo vem como uma resposta do Código ao problema das constantes mudanças de entendimentos dos tribunais pátrios, o que afeta de forma negativa a segurança do sistema e do próprio jurisdicionado”. Em grande medida, tais contradições e instabilidades da orientação jurisprudencial dos tribunais advêm da não observância, pelos julgadores, das decisões pretéritas.

Nos países da Common Law, impera a regra do direito da *Stare Decisis* (*stare decisis et non quieta movere*)<sup>6</sup>, por meio da qual se atribuí certo valor vinculante das razões de decidir (*ratio decidendi*) dos provimentos judiciais, ou seja, é uma função que transcende a mera *res judicata*, a qual nos é familiar na tradição do Civil Law. Naquela sistemática, a decisão judicial forma um *principium*, ou um princípio, que deverá ser observado e mais, deverá servir de fundamento para a solução de casos futuros. O aumento da importância do respeito ao precedente no nosso ordenamento não significa que o Common Law, tradição jurídica dos países anglo-saxões, esteja tomando o espaço do Civil Law, tradição à qual pertencemos. O ordenamento jurídico brasileiro está apenas valorizando a cultura dos precedentes para que se

<sup>6</sup> Em tradução livre: mantenha-se a decisão e não mude o que foi decidido

possa adotar um sistema de precedentes que promova a integridade<sup>7</sup> do Direito e, sobretudo, possibilite o controle da desordem na qual se encontra o Poder Judiciário pátrio.

Pois, se é verdade que os julgadores desrespeitam a jurisprudência do seu próprio tribunal, é iminente que haja o desrespeito pelos juízos inferiores de entendimentos consolidados pelos tribunais de superior instância, o que acaba por infligir a isonomia daqueles que se socorrem ao Poder Judiciário, além de atentar contra o princípio da segurança jurídica, por vezes tendo-se o desrespeito do Tribunal à sua própria Jurisprudência (NEVES, 2017, p. 1392).

Imperativa, como se vê, é a necessidade de um sistema jurídico mais coerente. Cada vez mais se tem menos segurança jurídica advinda do Poder Judiciário, marca, talvez, da inconstância do mundo moderno. A sociedade contemporânea experimenta, a todo momento, grandes mudanças por meio dos fenômenos de massificação que alteram a estrutura axiológica, econômica e lógica da vida social. A complexidade das conexões humanas passa a ser cada vez maior. Neste contexto, cresce a importância do direito como ferramenta de regulamentação da coletividade, conferindo aos membros desta certa carga de previsibilidade, estabilidade e unidade do direito, necessitando-se, assim, de maior concretização da segurança jurídica.

Marinoni (2012, p. 565) descreve a segurança jurídica como “direito fundamental e subprincípio concretizador do princípio do Estado de Direito”. Tal princípio seria, portanto, assegurado da ideia de justiça, compreendendo, assim, entre outros direitos, o direito ao tratamento igualitário pela lei e pelos órgãos que a aplicam. Nesse diapasão, o professor Carrazza (2009, p. 43) leciona que “a segurança jurídica tem o objetivo de preservar e proteger as justas expectativas das pessoas, vedando a adoção de medidas legislativas, administrativas ou judiciais que frustrem a confiança depositada nas normas jurídicas”, garantindo, portanto, a correta prestação jurisdicional pelo Estado.

7 Ideia do jusfilósofo Dworkin (1999, *passim*), que compreendia o direito como uma prática interpretativa, que se baseia no que já foi constituído e acrescenta novas premissas para a compreensão futura da regra jurídica.

Em vista disso, o Código de Processo Civil (BRASIL, 2015) propôs a implementação de uma sistemática de precedentes<sup>8</sup>, garantindo assim uma nova discussão pátria a respeito do papel da segurança jurídica enquanto garantidor de maior previsibilidade das respostas jurisdicionais. Deste modo, não mais sendo tolerado, pelo menos no plano formal, que hajam juízes julgando de maneira distinta casos semelhantes, aos quais já foi atribuída tese jurídica satisfatória por certa esfera do Poder Judiciário.

Para Wambier (2009, p. 04-05), “a vinculatividade dos precedentes é justificada pela necessidade de igualdade e a igualdade é atingida através da seleção de aspectos do caso que deve ser julgado”. Os precedentes judiciais, portanto, “garantem a segurança jurídica e a previsibilidade necessária para o exercício das atividades sociais” (OLIVEIRA JÚNIOR, 2017, p. 08).

Então, há a necessidade de observância e respeito às decisões e teses emitidas pelos julgamentos dos tribunais superiores. Sejam por razões de ordem obrigatória ou de coativa-moral, deve haver atenção por partes dos juízes no ato decisório frente às decisões já tomadas por tribunais de superior instância, especialmente quando exprimida Ratio Decidendi exemplar. Ou seja, há dever de observância, pelos juízos a quo, dos provimentos judiciais proferidos pelos tribunais ad quem.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) foi criado para que tivesse a função constitucional de interpretar e orientar a jurisprudência da matéria infraconstitucional. Assim, bem explana-se a doutrina:

A função jurisdicional exercida pelo Superior Tribunal de Justiça representa a culminância e o fim da atividade judiciária em relação à inteligência de todo o direito federal de caráter infra constitucional. Significa sempre a última e definitiva palavra sobre o seu entendimento e a sua aplicação. O conhecimento do direito positivo federal infra constitucional, na sua percepção final e última, é indissociável da casuística em que se estampa a interpretação do STJ. [...] As decisões do Superior Tribunal de Justiça configuram o referencial máximo em relação ao entendimento havido como o correto em relação ao direito federal infraconstitucional. Tais decisões, em devendo ser exemplares, não, igualmente, de carregar

8 Bustamante (2012, p. 479-484) afirma que os precedentes geram regras jurisprudenciais com obrigações *prima facie*.

consigo alto poder de convicção, justamente porque são, em escala máxima, os precedentes a serem observados e considerados pelos demais Tribunais. (ALVIM, 1999, p. 37-39).

Como visto, as decisões deste Tribunal Superior configuram o referencial máximo no que tange aos entendimentos havidos em relação ao direito federal. As decisões daquele, portanto, apresentarão ratio decidendis vinculantes e deverão ser observados para que se conserve a segurança jurídica e a coerência dentro do sistema jurídico brasileiro.

Com efeito, a mais importante função deste Tribunal é esse exercício de uniformizar a jurisprudência (art. 105, III, da CF), fornecendo a correta interpretação das leis federais. O principal instrumento pelo qual o STJ pode exercer tal função constitucional é o Recurso Especial, cabível em causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, quando a decisão recorrida i) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; ii) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; ou iii) dar à lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

Nesta seara, há que se pontuar que as decisões dos tribunais superiores têm vinculatividade em direção vertical ou horizontal. Essa perspectiva, comenta Gavião Filho (2016, p. 35), “diz respeito à direção da relação entre o órgão jurisdicional do caso precedente e o órgão jurisdicional do caso presente, objeto de interpretação e aplicação do Direito em uma situação concreta determinada”.

Verticalmente, o juiz a quo deve obedecer ao precedente frente a hierarquia na estrutura do sistema de justiça. Aplica-se esse modelo de vinculatividade a juízes e tribunais que devem aplicar entendimentos fixados por seus superiores hierárquicos a casos semelhantes aos já interpretados e julgados.

Horizontalmente, o Tribunal deve ser coerente para com sua jurisprudência interna. Aqui, a vinculatividade se dá em “razão do princípio da universalidade e na regra formal de justiça de tratar igualmente os iguais. Casos semelhantes, em seus aspectos essenciais, devem receber semelhantes interpretações e qualificações jurídicas” (GAVIÃO FILHO, 2016, p. 35). Ainda, em relação ao efeito vinculativo desses precedentes para cortes e

juízos inferiores, a vinculatividade não será total e obrigatória, como no caso dos Precedentes Verticais, e sim persuasiva. Isso significa, para Gavião Filho (2016, p. 35), “que não se pode falar em vinculatividade jurídica aos precedentes dos tribunais, tampouco se pode entender que os juízes de tribunais estão livres para se desviar, sem mais, dos precedentes dos tribunais aos quais pertencem”. Complementa-se, que os juízos e tribunais não podem desviar-se dos precedentes de tribunais ad quem nem daqueles produzidos por si próprios.

### 3 Dos teóricos da argumentação jurídica e a coerência

Segundo a Teoria da Argumentação Jurídica, é necessário integrar a Ratio Decidendi ao exame da coerência sistemática do direito, isto é, das condutas judiciais tomadas em casos análogos e pretéritos. Isto garantirá previsibilidade nas decisões judiciais, a demonstrar uma maior preocupação, por parte do Estado, para com a Segurança Jurídica. Nesse sentido,

[...] a coerência enquanto um valor puramente interno do Direito, do Direito efetivo de uma dada jurisdição, não é, por si só, uma garantia suficiente de justiça. [...]. A coerência de um conjunto de normas é função de sua justificabilidade sob princípios e valores de ordem superior, desde que os princípios e valores de ordem superior ou suprema pareçam aceitáveis, quando tomados em conjunto, no delineamento de uma forma de vida satisfatória. (ROESLER, 2011, p. 217).

A seguir, analisar-se-á o papel que exerce o requisito da coerência nas teorias sobre a interpretação e aplicação do direito segundo certos jusfilósofos.

#### 3.1 Neil Maccormick

No modelo proposto por MacCormick (2008, p. 299), a coerência é trazida apenas como um dos elementos que se deva levar em conta para a análise da qualidade das decisões judiciais. Tal modelo compõe-se de uma cadeia de requisitos interligados, os quais formam um bloco que se deva levar em consideração sempre que se estiver examinando ou construindo uma decisão

judicial. A coerência, para MacCormick (2008, p. 265), impõe um constrangimento real e importante aos juízes, uma vez que há deveres jurídico-morais de demonstrar que as decisões decorrem do direito pré-existente ou que, mesmo diante de uma situação absolutamente inédita, os fundamentos usados para solução de casos estão em sintonia com princípios comuns de validade normativo-axiológica.

MacCormick (2008), portanto, propõe um modelo de teoria argumentativa do direito baseada na lógica dos raciocínios dedutivos como meios aptos a justificarem as decisões judiciais. Estas devem ser proferidas com observância de alguns outros requisitos básicos como i) a universalizabilidade dos argumentos despendidos; e ii) a avaliação das consequências mediatas e imediatas da nova normativa moldada. Não é por menos que Roesler diz

[...] ser possível ao direito servir-se da lógica e do raciocínio dedutivo para justificar as decisões. Sustenta que se é certo que a argumentação jurídica não é exclusivamente dedutiva (silogística), o raciocínio dedutivo não pode ser desconsiderado, tendo um papel relevante na argumentação jurídica, na medida em que a dedução lógica responde por uma parte do âmbito formal de correção de uma decisão que estabelece limites – formais – dentro dos quais o juiz tem o dever de decidir. (ROESLER, 2011, p. 213).

MacCormick (2008), no entanto, ao responder seus críticos sobre uma possível aproximação entre sua teoria da universalidade e uma generalização, reconhece que possam haver exceções aos pronunciamentos fixados, mas que estas devem, de igual maneira, compor o sistema dos argumentos universais, servindo como exceções universais às premissas universais. Para o autor, é necessário encarar o ordenamento jurídico como um grupo de normas que fazem sentido quando analisadas em conjunto. E, conforme vimos, as determinações que advêm dos pronunciamentos judicantes adquirem a natureza de jus cogens e passam a emitir comandos normativos ao sistema jurídico. Haverá coerência no sistema jurídico, portanto, se os mesmos preceitos, princípios e precedentes aplicados a uma decisão forem aplicados a casos futuros e similares. Desta forma, assegura-se a coerência do Direito e conecta-se com os ideais de igualdade de tratamento e de uni-

versalizabilidade dos fundamentos sentenciadores, na medida em que se espera que situações iguais sejam decididas igualmente e situações desiguais, desigualmente.

No entanto, adverte Roesler (2011, p. 217), a justificação com base na coerência poderia chegar a ponto de, por exemplo, fundamentar um direito nazista, baseando-se na conexão com um princípio anterior de pureza racial. Por isso é que, como observa MacCormick (2008, p. 264), “a coerência enquanto um valor puramente interno do Direito, do Direito efetivo de uma dada jurisdição, não é, por si só, uma garantia suficiente de justiça”.

Daí que é de notória importância o reconhecimento de um direito pós-positivista, como fez MacCormick, em 2006, quando, em entrevista concedida a Atienza (2006, p. 488), afirmou que uma teoria do direito como a de Hart não é mais satisfatória, em especial em relação à tese da conexão (entre o direito e a moral). Tem-se, portanto, que um direito interpretado e aplicado de maneira sistemático-coerente e que tenha sua validade axiológica fundamentada por meio de elementos morais é preferível a um direito fundamentado em uma Grundnorm ou interpretado e aplicado de maneira incoerente.

MacCormick (2008), apesar de considerar a coerência ainda apenas como um elemento de análise da argumentação jurídica, deu-lhe um papel muito mais relevante dentro do seu modelo. Decorrente dessa centralidade constatam-se explicações muito mais detalhadas sobre o papel da coerência tanto no que se refere ao ordenamento jurídico como um todo quanto em um olhar direcionado ao microsistema que é a própria decisão a ser analisada. Nesse sentido, excerto do professor MacCormick:

O contexto jurídico é um contexto em que a ideia de coerência tem uma importância peculiar e óbvia. Em uma discussão jurídica ninguém começa a partir de uma folha em branco e tenta alcançar uma conclusão razoável a priori. A solução oferecida precisa fundar-se ela mesma em alguma proposição que possa ser apresentada ao menos com alguma credibilidade como uma proposição jurídica, e essa proposição deve mostrar coerência de alguma forma em relação a outras proposições que possamos tirar das leis estabelecidas pelo Estado. Aqueles que produzem argumentos e decisões jurídicas não abordam os problemas da decisão e da justifi-

cação no vácuo, mas, em vez disso, o fazem no contexto de uma pletera de materiais que servem para guiar e justificar decisões, e para restringir o espectro dentro do qual as decisões dos agentes públicos podem ser feitas legitimamente. (MACCORMICK, 2008, p. 31).

Observa-se, também, uma clarificação sobre a função da coerência no ordenamento jurídico e no processo decisório. “A coerência impõe um constrangimento real e importante aos juízes” (MACCORMICK, 2008, p. 265). Há um dever jurídico e moral de demonstrar que as decisões decorrem do direito preexistente ou que, mesmo diante de uma situação absolutamente inédita, os fundamentos usados para solução de casos estão em sintonia com princípios gerais aceitos pela comunidade. Essa exigência, por sua vez, conecta-se com os ideais de igualdade de tratamento e de universalização dos fundamentos das decisões, na medida em que se espera que situações semelhantes gerem soluções semelhantes.

Deixa-se claro que para uma decisão ser considerada justificada, do ponto de vista da coerência, ela precisa estar sintonizada a princípios aceitos pela comunidade, mas princípios esses que reflitam um ideal de uma vida satisfatória, de mútuo respeito e busca por igualdade. Os princípios acolhidos pela comunidade devem transparecer nas decisões políticas e jurídicas que afetam essa comunidade, de modo que lhes assegure legitimidade.

Assim, a coerência, em um corte teórico interdecisional, é um caminhar lógico-racional de tomada de decisões cuja base de fundamentação seja exprimida de uma mesma base principiológica. Decisões coerentes entre si são a expressão de um Poder Judiciário inserto em um modelo de Estado de Direito que respeita e atenta ao requisito da coerência. Recordar-se a compreensão de que as normativas criadas pelos precedentes fundamentam o sistema judicial e a atividade judicante posterior.

### 3.2 Ronald Dworkin

A Teoria do direito de Ronald Dworkin é pautada na ideia de que o direito é uma prática interpretativa da sociedade, ou seja, como crítico ao positivismo jurídico da tradição de Austin e seus seguidores, oferece uma quebra ao paradigma do direito

enquanto um produto acabado e cujo aspecto judicante seja o da mera aplicação. Para Dworkin (1999) o direito é um ramo da moralidade política, que é um ramo da moral pessoal, que é um galho de uma “teoria do que seria um bem viver” (a branch of morality) (MOTTA, 2018, p. 40), portanto, em uma acepção mais evoluída, deve ser analisado frente também aos princípios que emergem da sociedade e que funcionam como justificadores morais das regras positivadas e aceitas pela prática social (MOTTA, 2018, p. 41).

Para o professor norte americano, o direito nasce de um processo de construção e justificação, opondo-se claramente ao direito como simples questão de fato como era definido pelos positivistas clássicos. Daí cabe a menção ao sempre atual debate entre Hart/Dworkin, na qual foram exploradas, entre outras questões relativas à natureza e ao conceito do direito e sua operacionalidade, as fontes vinculativas da justificação da atividade jurisdicional. Para Dworkin (1999) não são apenas as regras que gozam da força gravitacional (gravitational force).

A partir deste pensamento, Dworkin (1999) se esforça para demonstrar um projeto de direito normativo e político, entrelaçando os conceitos de legalidade, Estado de direito e do “direito como integridade” (MOTTA, 2018, p. 136). Segundo Motta (2018, p. 136), “a noção do direito como integridade supõe que as pessoas têm direito a uma extensão coerente, e fundada em princípios, das decisões políticas do passado, mesmo quando os juízes divergem profundamente do seu significado”.

Assim, Dworkin (1999, p. 201) explica que há uma necessária integridade política, ou seja, a necessidade de “o governo tenha uma só voz e aja de modo coerente e fundamentado em princípios com todos os seus cidadãos, para estender a cada um os padrões fundamentais de justiça e equidade que usa para alguns”. Motta (2018, p. 137) explica que se trata aqui de uma exigência de autogoverno, isto é, a ideia de que os cidadãos, os autênticos autores democráticos das leis, não podem sediar um “conjunto de leis incoerentes em princípio”.

Complementarmente, Motta (2018, p. 137) demonstra a existência de dupla função desta coerência de princípio, uma ao legislador, que invoca um dever de “coerência” aos princípios

consagrados para a inovação da legislação, e outra aos juízes, que responsabilizam os julgadores a dizerem o direito a partir de uma dupla compreensão de ajuste (fit) e valor (value).

Portanto, na concepção de Dworkin (1999, p. 264), o sistema jurídico deve ser constituído, na medida do possível, de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção. Porém, os magistrados, para que possam manter a integridade do direito, devem julgar os “casos difíceis” tentando manter um “[...] conjunto coerente de princípios sobre os direitos e deveres das pessoas, a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica de sua comunidade” (DWORKIN, 1999, p. 305). Nasce desta ideia a teoria da atuação judicial na modalidade *chain novel*, segundo a qual os juízes seriam todos coautores de um grande romance em cadeia, em cujo exercício são desafiados a continuar a história com os mesmos personagens e mesmo enredo, observando os capítulos já escritos por outros magistrados e, assim, agindo enquanto houver o direito.

Daí, então, que o direito como integridade aceita a coerência de princípio como uma fonte de direitos, pois supõe, como já explorado, que as pessoas têm direito a uma extensão coerente, e fundada em princípios, das decisões políticas do passado. Nessa esteira, a preocupação dos juízes com o passado pode ser explicada como uma busca pela coerência, mas não se confunde com ela. Dworkin (1999) defende a ideia de que as decisões judiciais devam ser proferidas sob a dupla apreciação, da correção moral do ato judicante e da adequação daquelas ao que já vem se decidindo nas cortes de justiça.

### 3.3 Robert Alexy

Robert Alexy é um jusfilósofo da corrente do pensamento pós-positivista que inaugura, juntamente com Dworkin, a noção de que o direito positivista é insuficiente se interpretado e aplicado simplesmente por regras e argumenta no sentido de que há a necessidade de nele ser incorporada a noção de princípios jurídicos.

Ao dissertar sobre o problema do conceito de direito, o autor considera três características principais sem as quais há o risco de se cair ou no positivismo ou no jusnaturalismo. Para ele, quem deseja saber qual conceito de direito é correto ou adequado precisará relacionar três elementos: o da legalidade conforme o ordenamento, o da eficácia social e o da correção material. Analisaremos apenas o último elemento de maneira mais aprofundada nesta temática, mas antes faremos uma breve retomada de alguns conceitos.

Alexy, ao elaborar sua Teoria da Argumentação Jurídica, em sua clássica obra *Theorie der Grundrechte* (Teoria dos direitos fundamentais), de 1986, diferenciou as normas jurídicas em dois mandamentos de caráter qualitativo diversos, as regras cujas aplicações se dão na modalidade tudo ou nada e os princípios, que são mandamentos a serem otimizados quando da sua aplicação. Ambos são considerados normas porque foram formulados por intermédio de expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição, ambos funcionando como razões para juízos concretos de dever ser.

Alexy (2001, p. 212) entende que o discurso jurídico seria um caso especial do discurso prático geral. De acordo com o autor, este entendimento decorreu da constatação de três pontos: 1) as discussões jurídicas se dedicam a questões práticas; 2) a exigência de correção; e 3) as discussões jurídicas encontram limites “do tipo escrito”.

Ainda segundo o autor, “os discursos jurídicos se relacionam com a justificação de um caso especial de afirmações normativas, isto é, aquelas que expressam julgamentos jurídicos” (ALEXY, 2001, p. 218). Desta forma, dois aspectos da justificação podem ser observados: a justificação interna e a justificação externa. De forma bastante simplista, menciona-se que a justificação interna se relaciona às premissas aduzidas e a justificação externa relaciona-se à correção de tais premissas.

Ao se falar em justificação externa, trata-se da justificação de premissas que não são regras de lei positiva tampouco são afirmações empíricas (ALEXY, 2010, p. 224). Alexy (2001, p. 225) classifica em seis grupos as formas de argumento e as regras de justificação externa, são eles a argumentação empírica, a argu-

mentação dogmática, o uso de precedentes, as formas especiais de argumentos jurídicos, a argumentação geral e prática e a interpretação.

Para Alexy (2011, p. 47), o direito há de ser necessariamente fundamentando por normas morais, ou seja, é um aliado da tese da necessária conexão entre o direito e a moral. Daí então que surge a proposta da pretensão de correção moral-material do direito. Segundo esta, pelo que nos diz Gavião Filho (2012, p. 153), “o Direito promove, necessariamente, uma pretensão de correção, o que significa: i) a afirmação de uma correção; ii) a garantia da justificação e iii) a esperança do reconhecimento e da correção”. Desta forma, quando um juiz aplica uma norma jurídica para decidir um caso, há a pretensão de que esta proposição esteja correta, o juiz tem o dever de justificá-la, bem como tem a esperança de que a sua decisão seja considerada correta tanto pela comunidade como pelas partes.

Segundo Trevisan (2017, p. 72), a pretensão de correção deve necessariamente incluir a correção moral, aqui compreendida como aquela que traz em si uma pretensão de fundamentabilidade, isto é dizer que o agir moral será tão correto quanto mais passível de fundamentação for a correção moral da conduta. Assim, não se admitiria uma moral racista como a vivenciada no regime nazista, por exemplo, a fundamentar uma ação, uma vez que ela não cumpriria as exigências de fundamentação racional, e a justificar a utilização daquela moral nos discursos da teoria do discurso racional.

Torna-se evidente com isso que a argumentação jurídica possui protagonismo na busca de soluções melhores, mais aceitáveis e mais corretas por meio de um raciocínio racional e, por consequência, de um discurso racional. Assim, temos verdadeira instrumentária aos operadores do direito, em especial aos juízes, para que suas atividades sejam guiadas da maneira mais assertiva possível.

#### 4 Da coerência, da segurança jurídica e da igualdade:

Tradicionalmente, no Civil Law, a segurança jurídica é pensada a partir da função legislativa, exigindo-se normas jurídicas

estáveis, previsíveis, acessíveis e aplicadas com coerência, consistência e integridade. Nessa linha, ressalva de Lucca (2016, p. 62), “as garantias da legalidade e da licitude possuem posição de destaque”, uma vez que “enquanto a garantia da legalidade exige leis prévias para a adoção de comportamentos pelo Estado, a garantia da licitude atribui ao indivíduo ampla liberdade de fazer ou deixar de fazer tudo aquilo que não for expressamente proibido”.

Porém, a segurança jurídica não se restringe apenas a este caráter normativo do direito, e sequer nele se esgota. A partir do momento em que se abandonou a ideia exegética do juiz bouche de la loi, não se pode mais admitir uma análise do aludido princípio estritamente relacionado à normatividade. Muito mais importante que isso é a noção de segurança jurídica nas decisões. E tal discussão servirá tanto para os teóricos interpretativistas do direito, como é o caso de Dworkin, quanto para os da teoria da argumentação jurídica, como é o caso de MacCormick e Alexy.

Considerando que a expressão “segurança jurídica”, consagrada já no preâmbulo da Constituição Federal de 1988, essa é associada aos ideais de determinação, estabilidade e previsibilidade do direito, sendo mediante essa ideia que o constituinte guarneceu a missão de assegurar um direito mais harmônico (ÁVILA, 2011, p. 34). Considerando, de igual maneira, que o fenômeno jurídico (válido dever ser que é<sup>9</sup>), uma vez autônomo<sup>10</sup>, não se confunde com o fenômeno político, compreendemos que a efetiva operacionalidade de uma segurança jurídica se dá onde o direito deve-se realizar, isto é, na atividade jurisdicional, ou juridicidade, enquanto considerada a autêntica

9 Expressão muito utilizada pelo professor luso A. Castanheira Neves para identificar uma dupla faceta do direito. O direito que é, compreendido como a realização do direito mediante sua aplicação concreta de constituição da realização do direito, em sua faceta praxiológica. E o direito que deve ser compreendido enquanto o núcleo normativo-formal do direito em sua faceta positivista, garantidora da coercibilidade necessária para a implementação da medida.

10 Nesta questão, o catedrático luso aponto que “na linha do funcionalismo (aqui entendido como o normativismo e o seu lógico-sistemismo) o direito deixa de ser um auto-subsistente de sentido e de normatividade para passar a ser um instrumento – um finalístico instrumento e um meio ao serviço de teleologias que de fora o convocam e condicionantemente o submetem” (NEVES. 2002, p. 30).

realização do jurídico e não uma mera constatação prática do político<sup>11</sup>.

No Common Law<sup>12</sup>, em especial no *stare decisis*<sup>13</sup>, há a formulação do ideário de promoção da segurança jurídica e da igualdade entre os jurisdicionais a partir, principalmente, da previsibilidade das decisões judiciais (MARINONI, 2010, p. 125), sem que seja considerada, portanto, para esta promoção, a previsibilidade legal. A este aspecto da segurança jurídica trataremos como segurança jurídica interdecisional.

Assim, o sistema do common law não tem a preocupação da previsibilidade enquanto conhecimento e condutas esperadas perante a lei, mas sim com a previsibilidade das decisões do Poder Judiciário. Nesse diapasão, constata-se que o sistema do common law se caracteriza pela observância dos precedentes como fonte primária do direito, sendo tal força vinculativa das decisões, como se registrou, elemento central de tal estrutura jurídica. Pontua-se, ainda, que os precedentes ostentam o condão de vincular a decisão proferida aos casos posteriores. Para Wambier (2009, p. 04-05) “a vinculatividade dos precedentes é justificada pela necessidade de igualdade e a igualdade é atingida através da seleção de aspectos do caso que deve ser julgado”. Os precedentes judiciais, portanto, “garantem a segurança jurídica e a previsibilidade necessária para o exercício das atividades sociais” (OLIVEIRA JÚNIOR, 2017, p. 08).

Para Marinoni,

11 Para Neves (1985, p. 11), “o poder não é também redutor do direito, que a ‘potestas’ só por si não é constitutiva da juridicidade, porquanto esta não se oferecerá nunca enquanto tal se não assimilar uma validade (como fundamento constitutivo da sua normatividade do direito). Pois se é exacto que o direito, normativamente considerado, não é um simples facto ou fenómeno da realidade social redutível a outros factos-fenómenos sociais, é uma <<ordem de sentido>>, que intencionalmente leva referido um fundamento axiológico-culturalmente constituinte; também não é menos exacto que as prescrições do poder não são normas de direito se não invocam uma validade (uma pressuposta intencionalidade normativamente fundamentante) por que se justifique (fundamente) a sua jurídica normatividade (e, assim, a sua obrigatoriedade)”.

12 Tradição da qual não fazemos parte, mas que tem servido como importante marco teórico-prático para as discussões atinentes às questões envolvendo os precedentes, uma vez constatada que os institutos têm um melhor funcionamento quando abordados com sua essência originária e, considerando, como se vê no decorrer do presente trabalho, o importante instrumento que podem ser os precedentes em busca de um direito mais coerente.

13 Compreensão de um sistema de direito fundamentado no respeito aos precedentes judiciais.

quando há uma crise de colaboração na realização do direito material e os textos normativos encontram diversas interpretações no Judiciário, o que obviamente importa são as decisões judiciais, momento em que a dimensão normativa dos textos encontra expressão, e não o texto normativo abstratamente considerado. (MARINONI, 2010, p. 126).

A lei, segundo Neves (1995, p. 284), “é um instrumento político-jurídico onde a intenção é ideológica – enquanto acto e manifestação do Estado”. E o direito, enquanto autêntico fenómeno jurídico, é “essencialmente um axiológico-normativo”, e um “transpositivo de sua validade” (NEVES, 1995, p. 41). Daí que exsurge o problema de implementação do sistema jurídico enquanto instrumento de evocação da justiça formal mediante logicismos e uma normatividade racionalmente específica, “a ponto de culminar numa sistematicidade simplesmente formal que considera fungíveis ou que fica mesmo intencionalmente indiferente aos conteúdos normativos materiais, com a sua problematicidade e historicidade concretas” (NEVES, 2002, p. 26). Este ponto caracteriza-se, diga-se de passagem, pela teoria pura do direito<sup>14</sup>, assim como pelo neopositivismo jurídico contemporâneo.

Já Perelman (1996, p. 423) acerva que “um sistema formalizado, construído de uma forma tão rígida que impõe a univocidade dos signos, que limita as capacidades de expressão e de demonstração do sistema, é isolado do resto do universo, e não está em interação com os elementos que lhe são exteriores”, condições estas que distinguem um sistema jurídico de um sistema formal.

Complementarmente, o autor acrescenta que

Se é verdade que o direito visa ao estabelecimento de uma ordem estável, que garantiria a segurança jurídica, a uniformidade e a previsibilidade, ele nunca pode ser isolado do contexto social no qual se supõe que atue. Com efeito, mesmo que se reconheça o papel específico do direito, a busca da segurança jurídica, a busca de um consenso social não

14 Pensamento o qual faz referência à célebre obra de Hans Kelsen, intitulada de Teoria Pura do Direito, na qual há preocupação latente do autor em demonstrar o Direito enquanto uma ciência pura, desconectada de elementos externos, como a Moral, e que se identifica prontamente com uma teoria analítico-normativa do direito na qual a *autoritas da potestas facit legem*. O direito não seria, portanto, uma compreensão do ser (*Sein*), mas sim do dever ser (*Sollen*), marcadamente, portanto, uma teoria técnica do direito (MASCARO, 2016, p. 347-349).

lhe permite desprezar os valores que ele compartilha com a moral e a política, a saber: a justiça e o bem comum ou o interesse geral. (PERELMAN, 1996, p. 423).

E, ainda, continua:

Por outro lado, e na medida em que é aplicável a pessoas que também são regidas por outros sistemas, tais como um direito estrangeiro ou um direito religioso, ele não poderá desprezar-lhe a incidência. Enfim, o caráter rígido, portanto estático, do sistema não poderia resistir indefinidamente às mudanças, de ordem técnica e cultural, ocorridas na sociedade. Com efeito, se o direito é encarado sob seu aspecto teleológico, ou seja, como um meio visando a um fim que deve ser realizado no seio de uma sociedade em mutação, ele não pode ser indiferente a seu papel meio, o direito deverá flexibilizar-se, introduzir sua estrutura e em sua formação elementos de indeterminação. (PERELMAN, 1996, p. 424).

Dessa forma, não se pode ignorar o plano da realidade em detrimento de um plano estritamente jurídico, tampouco podem os juízes se afastar das exigências do mundo fenomênico a pretexto de manter a ordem (PORTELA, 2018, p. 85-86). Aliás, tal constatação, de que os juízes não devem procurar manter uma ordem<sup>15</sup> acima de quaisquer circunstâncias, é deveras antiga, um dos grandes filósofos gregos, Aristóteles, disse que

o equitativo é justo e superior a uma espécie de justiça, embora não seja superior à justiça absoluta, e sim ao erro decorrente do caráter absoluto da disposição legal. Desse modo, a natureza do equitativo é uma correção da lei quando esta é deficiente em razão de sua universalidade. (ARISTÓTELES, 2001, p. 121).

É nesse exato dinamismo da sistemática judicante que se fixam as teorias como a presente, por meio da qual se procura estabelecer um nexos transpositivo entre o requisito da coerência e os princípios da Segurança Jurídica e da Igualdade, no seu aspecto entre os jurisdicionados, tendo como protagonistas os magistrados, ou seja, aqueles legitimados a exercer a jurisdição e, por isso, realizar o direito.

Daí também a notável importância de interpretarmos a obra de MacCormick (2006, p. 197) de maneira adaptativa, pois se o sistema jurídico, como vimos, diz-se coerente quando as diversas normas em um sistema jurídico fazem sentido e, se considerarmos a importância que as decisões judiciais tem assumido enquanto caráter de “promulgação do direito”, inclusive com uma certa, porém não total, aproximação da nossa realidade judicante com o modelo do *stare decisis*, tradição da qual o escocês fazia parte, é certo que decisões judiciais tomadas em um mesmo sentido lógico propiciam o caráter coerente do sistema judicial.

Ávila (2011, p. 160) inclusive comenta que, em decorrência de uma série de problemas quanto à confiabilidade, calculabilidade e cognoscibilidade que enfrenta o Poder Judiciário, a este é destinado vários deveres, a partir de teorias que se prestam a analisar esta questão do direito, como esta. Os deveres para se preservar a segurança jurídica são a necessária e suficiente observância ao dever de fundamentação das decisões judiciais, a observância aos precedentes firmados sobre as teses sub judice e assim por diante.

Em contrapartida a isso, se não forem respeitadas estas teorias, estes mecanismos e estas preocupações, estaremos fadados a ter a insegurança jurídica imperando no cenário judicial brasileiro, a qual se prestaria a promover uma desconfiança ao poder judiciário pelo povo, a comprometer a estabilidade da jurisprudência e a oferecer aos jurisdicionados uma verdadeira variabilidade de respostas jurisdicionais para questões de direito semelhante.

É a este propósito que também servirá nossa tese, no sentido de assegurar que haja, a partir da observância de certos critérios, e dentro da possibilidade, tanto processualmente quanto materialmente igualdade entre os jurisdicionados. Esta não no sentido de tratar igual, ofertando os mesmos direitos e garantias aos trâmites burocrático-sociais, mas de efetivamente promover, se possível, a melhor resposta jurídica alcançável, de maneira mais ética, moral, segura, sistemática e coerente o possível.

15 Aqui entendida a palavra ordem em seu sentido normativo-positivista, da lógica-cartesiana de aplicação da lei indistintamente.

## 5 Conclusão

Diante de todo o exposto, verificou-se que, sendo a coerência um marco teórico-prático que garante proteção ao princípio da Segurança Jurídica e ao primado da Justiça, há a necessidade de se observar as decisões pretéritas emitidas pelos tribunais superiores. Assim, sejam por razões de ordem vinculante ou de persuasão deve haver atenção, por partes dos juízes no ato decisório, aos precedentes.

Além disso, analisou-se a importância da correlação existente entre o requisito da coerência, o postulado da segurança jurídica e o princípio da igualdade. Com efeito, vimos que a segurança jurídica tem por objeto a manutenção e proteção das justas expectativas dos jurisdicionados, ou seja, garante uma correta prestação jurisdicional pelo Estado.

Objetivou-se com a presente análise concluir que a coerência é um requisito indispensável para a correção das decisões judiciais, não propriamente por replicar e bem ajustar as Ratio Decidendis dos precedentes (quaisquer que sejam eles) fixados pelos Tribunais, mas sim, perceber que a correta resposta jurisdicional é aquela que, ao tratar os jurisdicionados de maneira igualitária, não os surpreende quando, da mesma pretensão, surgem duas respostas jurídicas diametralmente opostas.

Conclui-se que a resposta judicante que se pretenda como correta deve ser fundamentada em pretensão de fundamentabilidade de um agir moral e materialmente uníssono ao direito posto. Assim, para considerarmos coerentemente justificada uma decisão, é necessário verificarmos que ela está sintonizada a princípios aceitos pela comunidade, e que estes sejam princípios que reflitam um ideal de uma vida satisfatória, de mútuo respeito e busca pela garantia da igualdade daqueles que se socorrem ao Poder Judiciário.

## Referências

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. São Paulo: Landy Editora, 2001.

ALEXY, Robert. **Direito, razão, discurso**: estudos para a filosofia do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

ALEXY, Robert. **Conceito e Validade do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

ALVIM, Arruda. A Alta Função Jurisdicional do Superior Tribunal de Justiça no Âmbito do Recurso Especial e a Relevância das Questões. In: **STJ 10 anos** – obra comemorativa 1989-1999. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 1999.

ARAUJO, Juliana Furtado Costa. O precedente no novo Código de Processo Civil e suas implicações tributárias. In: CONRADO, Paulo Cesar; ARAUJO, Juliana Furtado Costa (coord.). **O Novo CPC e seu impacto no Direito Tributário**. 2. ed. São Paulo: Fiscosoft, 2016.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. 5. ed. São Paulo: Martin Claret, 2001.

ATIENZA, M. Entrevista a Neil MacCormick. **Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho**, v. 29, p. 479-489, 2006.

ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica**: Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 out. 1988.

BRASIL. Lei nº. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 mar. 2015.

BULFINCH, Thomas. **O Livro de Ouro da Mitologia**: histórias de deuses e heróis. Rio de Janeiro: Ediouro, 2006.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial**: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012.

CAMBI, Eduardo. Jurisprudência Lotérica. **Revista dos Tribunais**, v. 786, p. 108-128, abr. 2001. Disponível em: <http://www.revistadotribunais.com.br>. Acesso em: 02 out. 2018.

CAMBI, Eduardo; HAAS, Adriane; SCHMITZ, Nicole Naiara. Uniformização da Jurisprudência e Precedentes Judiciais. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 978, abr. 2017. Disponível em: <http://www.revistadotribunais.com.br>. Acesso em: 01 out. 2018.

CARRAZZA, Roque Antonio. Segurança Jurídica e eficácia temporal das alterações jurisprudenciais. In: **Efeito ex nunc e as decisões do STJ**. 2. ed. Barueri: Manoale, 2009.

DWORKIN, Ronald. **Império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. **Colisão de Direitos Fundamentais, Argumentação e Ponderação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. **Precedentes e Argumentação Jurídica**. CONPEDI, 2016. p. 27-47. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/y0ii48h0/2j5326sb/3R162VdC6qlj0dF2.pdf>. Acesso em: 04 set. 2017.

HESÍODO. **Teogonia; Trabalhos e dias**. 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2016.

LUCCA, Rodrigo Ramina de. **O dever de motivação das decisões judiciais**. Estado de Direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica e Teoria do Direito**. Tradução Waldéa Barcelos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e Estado de Direito**. Tradução Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. O precedente na dimensão da segurança jurídica. In: MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). **A força dos precedentes**. Estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

MASCARO, Alysson Leandro. **Filosofia do Direito**. 5 ed., rev., atual., e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

MOTTA, Francisco José Borges. **Ronald Dworkin e a Decisão Jurídica**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

NEVES, Antônio Castanheira. **A unidade do sistema jurídico: o seu problema e o seu sentido**. Boletim da Faculdade de Direito. Estudos em homenagem ao Prof. Doutora J. J. Teixeira Ribeiro. Coimbra: Universidade de Coimbra, número especial, 1979.

NEVES, Antônio Castanheira. **Digesta. Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros**. v. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

NEVES, Antônio Castanheira. **Fontes do Direito**. Contributo para a revisão do seu problema. Coimbra: Coimbra Editora, 1985.

NEVES, Antônio Castanheira. **O Direito hoje e com Que Sentido?** O problema actual da autonomia do direito. Lisboa: Instituto Piaget, 2002.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil** – volume único. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

OLIVEIRA JÚNIOR, Délio Mota. Influência de técnicas do common law na teoria brasileira dos precedentes judiciais. **Revista de Processo**, v. 270, p. 313-351, ago. 2017. Disponível em <http://www.revistadostribunais.com.br>. Acesso em: 05 set. 2018.

PERELMAN, Chain. **Ética e Direito**. Tradução Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PORTELA, João Filho de Almeida. **O precedente obrigatório e o dilema entre as garantias constitucionais e a estandarização do direito**. Salvador: Juspodivm, 2018.

TREVISAN, Leonardo Simchen. **Ponderação, Argumentação, Racionalidade**. Robert Alexy e seus críticos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora, 2017.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS). **Justiça em números**. 2017. Disponível em [https://www.tjrs.jus.br/site/administracao/prestacao\\_de\\_contas/relatorio\\_anual/2017/pdf/RA\\_2017-9-Relatorios\\_Estatisticos\\_v2.pdf](https://www.tjrs.jus.br/site/administracao/prestacao_de_contas/relatorio_anual/2017/pdf/RA_2017-9-Relatorios_Estatisticos_v2.pdf). Acesso em: 02 out. 2018.

ROESLER, Cláudia Rosane; MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira; JESUS, Ricardo Antonio Rezende de. A noção de coerência na teoria da argumentação jurídica de Neil MacCormick: caracterização, limitações, possibilidades. **Revista NEJ – Eletrônica**, v. 16, n. 2, p. 207-221, mai.-ago. 2011. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/download/3281/2064>. Acesso em: 04 mai. 2018.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law. **Revista de Processo**, v. 172, p. 121-174, jun. 2009. Disponível em: [http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/estabilidade\\_e\\_adaptabilidade\\_como\\_objetivos\\_do\\_direito\\_civil.pdf](http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/estabilidade_e_adaptabilidade_como_objetivos_do_direito_civil.pdf). Acesso em: 02 out. 2018.

RESUMOS



# Da função social à função econômica da terra: impactos da Lei nº 13.465/17 sobre as políticas de regularização fundiária e o direito à cidade no Brasil<sup>1</sup>

Betânia de Moraes Alfonsin<sup>2</sup>  
Pedro Prazeres Fraga Pereira<sup>3</sup>  
Débora Carina Lopes<sup>4</sup>  
Marco Antônio Rocha<sup>5</sup>  
Helena Boll Corrêa<sup>6</sup>

## Resumo

Este artigo analisa o novo modelo de Regularização Fundiária Urbana adotado pela Lei nº 13.465/17, demonstrando a ruptura paradigmática ocorrida em relação ao paradigma anterior consagrado pelo Estatuto da Cidade. A passagem de um modelo que priorizava o direito à cidade e a função social da propriedade para outro que privilegia a mera titulação e a função econômica da terra é desvelada a partir da análise comparativa de vários dispositivos legais. A pesquisa, realizada utilizando o método dialético, conclui que o Brasil, com tal alteração no Marco Legal da Terra, insere-se em um movimento internacional de financeirização da moradia, impondo uma derrota ao direito à

1 Artigo aceito para fins de publicação na *Revista de Direito da Cidade* da UERJ. Por razões ligadas ao ineditismo exigido pela revista, publicamos aqui apenas o resumo expandido do artigo completo enviado ao periódico.

2 Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul - Doutora em Planejamento Urbano e Regional pelo IPPUR/UFRJ Professora da Faculdade de Direito da FMP - Coordenadora do Grupo de Pesquisa em Direito à Cidade da FMP

3 PPGD - UFRGS - Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul

4 Programa de Pós-Graduação em Planejamento Urbano e Regional PROPUR - UFRGS - Mestre em Planejamento Urbano e Regional pelo PROPUR - UFRGS

5 Mestrado em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul - FMP - Mestrando em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul - FMP - Mestre em Ciência da Computação pela UFRGS

6 UFRGS - Bacharela em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul

cidade no primeiro país do mundo que o positivou em sua ordem jurídico-urbanística.

## Resumo expandido

No bojo de uma série de reformas aprovadas pelo Congresso Nacional após o impeachment da presidenta Dilma Rousseff, destaca-se a Reforma do Marco Legal da Terra, consolidada pela Lei nº 13.465/17. Inicialmente apresentada sob a forma de Medida Provisória, a lei em questão modificou quatro regimes fundiários brasileiros, contendo disposições que alteram a regulação das terras da Amazônia, das terras pertencentes à União, da regularização fundiária rural e da regularização fundiária urbana.

Este artigo apresenta uma análise da Lei nº 13.465/17 restrita à parte em que altera a legislação precedente sobre regularização fundiária urbana, apresentando uma retrospectiva histórica da política em questão, a fim de demonstrar a ruptura operada pela nova lei com o paradigma de regularização fundiária plena, adotado pelo país desde a Constituição de 1988 e, de forma ainda mais enfática, após a promulgação do Estatuto da Cidade, em 2001. A pesquisa tem inequívoca relevância em um momento em que, internacionalmente, os movimentos operados pelo mercado imobiliário deixam claro que o papel da terra mudou nos processos de urbanização desenvolvidos no marco do sistema econômico capitalista, passando a ser vista especialmente como reserva de valor. A presente investigação debruçou-se, então, sobre o seguinte problema de pesquisa: Em que medida a Lei nº 13.465/2017 promove uma ruptura em relação ao paradigma de regularização fundiária consagrado pela ordem constitucional e legislação regulamentadora, representando um retrocesso jurídico e social e institucionalizando o ingresso do país em um processo global de financeirização da terra e da moradia?

Além de analisar a questão da duvidosa constitucionalidade de uma série de dispositivos e de instrumentos introduzidos pela Lei nº 13.465/17, o presente artigo tratou de examinar as novidades na política de regularização fundiária a partir do método dialético. Tal método de abordagem mostrou-se extremamente fértil para a investigação, uma vez que o objeto pesquisado

emerge como antítese perfeita do modelo de regularização fundiária anteriormente adotado pelo país (tese), permitindo que a análise identificasse as contradições presentes nessa transição paradigmática, bem como fossem captadas as tendências e os movimentos colocados pelas tensões próprias desse particular momento histórico. A grande vantagem do método dialético, segundo um estudo clássico de Lefebvre (1969), é que ele aumenta as exigências de rigor analítico, permitindo que se investigue a fundo cada uma das partes (polos dialéticos) sem perder de vista a totalidade, a interpenetração e o choque dos contrários, o que leva a uma compreensão mais profunda do objeto pesquisado (síntese).<sup>7</sup> A adoção de tal metodologia nesta pesquisa contribuiu amplamente para o desvelamento do que ocorreu no Brasil com a substituição da Lei nº 11.977/09 pela Lei nº 13.465/17.

No presente artigo, então, são inicialmente contrastados dois paradigmas internacionalmente reconhecidos de regularização fundiária: o modelo de regularização fundiária plena, outrora adotado pelo Brasil, e o modelo que enfatiza a titulação das famílias possuidoras, com ampla difusão internacional a partir da experiência peruana.

Na sequência, as questões de fundo envolvidas nesses paradigmas divergentes são analisadas, muito especialmente para situar os distintos direitos prioritariamente tutelados em cada um deles. Os polos analíticos considerados serão, de um lado, o direito à propriedade (promovido pela Lei nº 13.465/17), e, de outro, o direito à cidade (promovido pela Lei nº 11.977/09), buscando-se identificar as características distintivas de cada um.

Entrando na discussão sobre as principais mudanças legais, são contrastadas as modalidades de regularização fundiária propostas na Lei nº 13.465/17 (a saber, a Regularização Fundiária de Interesse Social – REURB-S e a Regularização Fundiária de Interesse Específico – REURB-E), anotando-se suas peculiaridades. Pretende-se, assim, identificar nesses polos dialéticos a forma

7 Muito embora sejam tomados como referência os estudos de Lefebvre (1969), não se desconhece o frequente determinismo historicista que marca muitas de suas formulações. De todo modo, filtrados tais condicionamentos teóricos próprios do estruturalismo marxista das décadas de 1960 e 1970, a obra daquele autor se mostrou um guia metodológico bastante operacional para os objetivos deste trabalho.

com que o legislador tratou o problema da irregularidade na ocupação do solo urbano no país, bem como salientar as conexões internas do novo modelo e as consequências que dele decorrem.

Buscando identificar a forma como a nova lei inseriu a política de regularização fundiária nos processos de planejamento urbano, muito especialmente nos planos diretores, é apresentado o instituto das Zonas Especiais de Interesse Social, um instrumento de zoneamento adotado no paradigma de regularização fundiária plena como elemento central da estratégia da política pública. Tal modelo contrasta claramente, como se verá, com a facultatividade/discricionariedade que a adoção desse instrumento assume no procedimento admitido pela Lei nº 13.465/17.

Trabalhando com fontes documentais, como a lei aprovada e com a análise das três ações de inconstitucionalidade<sup>8</sup> propostas junto ao Supremo Tribunal Federal questionando a Lei nº 13.465/17, foi possível suprir a ainda escassa literatura sobre o tema. As conclusões do estudo, apresentadas ao final do artigo, demonstram a correção da hipótese de trabalho que orienta a investigação: o Brasil alterou não apenas a legislação aplicável aos processos de regularização fundiária, mas promoveu uma ruptura paradigmática com a política pública que vinha sendo desenvolvida no país sob o marco legal proveniente do tripé Constituição Federal, Estatuto da Cidade e Lei nº 11.977/09 (BRASIL, 1988; 2001; 2009). Tal ruptura representa, ademais, o ingresso do Brasil em um movimento internacional de financeirização da terra e da moradia nas áreas urbanas, como se demonstra no curso deste trabalho.

8 As ações de Inconstitucionalidade da Lei nº 13.465/17 foram propostas pela Procuradoria-Geral da República (ADI nº 5771), pelo Instituto dos Arquitetos do Brasil (ADI nº 5883) e pelo Partido dos Trabalhadores (ADInº 5787) (BRASIL, 2018a; 2018b; 2018c).

# Os atos de improbidade dos municípios em matéria de saúde pública segundo julgados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul<sup>1</sup>

Ricardo Hermany<sup>2</sup>  
Betieli da Rosa Sauzem Machado<sup>3</sup>

O Brasil passa por uma das mais severas crises política e financeira, na qual, em linhas gerais, pessoas egoístas, por meio de determinadas ações, buscam a promoção de seus objetivos individuais sem se preocupar com a coletividade. Tal crise afeta significativamente a saúde pública, pois a partir de atos ímprobos se executam as políticas públicas de forma ineficiente e precária, pondo em risco a vida de muitos indivíduos. Isso resulta, também, em intermináveis filas para a realização de cirurgias e exames, bem como para se conseguir os medicamentos adequados. Ou seja, tais atos conseqüentemente acabam gerando um colapso e um possível conflito entre os poderes da república, surgindo com isso a judicialização da saúde.

A pesquisa se justifica pela busca em verificar como o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ-RS) vem se posicionando diante de possíveis atos de improbidade em matéria de saúde pública, visando à punição dos gestores e à boa aplicação dos recursos públicos. Desse modo, o modelo de Estado democráti-

1 O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001.

2 Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2003) e pelo Doutorado sanduíche pela Universidade de Lisboa (2003). Pós-doutor na Universidade de Lisboa (2011). Professor da graduação e do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado/Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (1999). Coordenador do grupo de estudos Gestão Local e Políticas Públicas – UNISC. E-mail: hermany@unisc.br.

3 Mestranda em Direitos Sociais e Políticas Públicas pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul, com bolsa PROSUC/CAPES, modalidade II. Pós-Graduanda em Direito Processual Público pela Universidade de Santa Cruz do Sul e Centro de Ensino Integrado Santa Cruz. Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (2016). Advogada. E-mail: betielisauzem@yahoo.com.br.

co é considerado ponto essencial para a busca da boa aplicação dos recursos públicos de saúde e a punição dos indivíduos que desvirtuam e desviam tais recursos, deixando a população a sua própria sorte.

Dito isso, o TJ-RS passa a ser visto como um órgão auxiliar na busca para se frear e combater as condutas ímprobas nos governos locais. Esta pesquisa tem como objetivo a análise de acórdãos referentes a atos de improbidade municipais em saúde pública. Assim, se questiona: Quais atos e condutas se configuram como improbidade em matéria de saúde? O TJ-RS, diante de um suposto caso de improbidade administrativa em saúde, tende a se posicionar de que forma?

Nesse sentido, a fim de responder o objeto da pesquisa, dividiu-se a investigação nos seguintes momentos: primeiro, analisa-se o papel dos municípios na gestão da saúde pública, verificando-se a divisão de competências entre os entes federativos, com enfoque no que compete aos municípios, sob a lógica do princípio da subsidiariedade e do federalismo cooperativo; segundo, abordam-se os atos de improbidade administrativa, suas espécies e sanções previstas na Lei nº 8.429 de 1992, e as respectivas conseqüências para saúde pública; e, por fim, analisam-se julgados do TJ-RS referentes a atos de improbidade em matérias de saúde na esfera local.

A pesquisa foi elaborada por meio da técnica de pesquisa bibliográfica, com consulta em diplomas legais, livros e periódicos sobre a temática. A metodologia se desenvolveu em dois momentos: no primeiro, uma dimensão quantitativa; no segundo, em dimensão qualitativa, realizando-se uma tiragem das decisões, buscando casos que envolvam atos de improbidade municipais em saúde. O método de investigação utilizado é o hipotético-dedutivo.

Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil, em 1988, a Democracia foi restaurada, conforme disposto no seu art. 1º, surgindo, assim, os municípios como entes integrantes da federação. Na Constituição Federal buscou-se a estruturação do Brasil na forma federativa, em uma tentativa de descentralização estrutural com o intuito de se permitir maior autonomia para os entes (BERCOVICI, 2004).

Nesse sentido, de acordo com Tavares (2012), a Constituição Federal expressa que os municípios compõem a federação e são dotados de autonomia, segundo os arts. 1º, 18 e 34. Assim, o art. 1º expressa que a República brasileira é formada pela união indissolúvel dos estados-membros, municípios e Distrito Federal. Já o art. 18 dispõe que a organização político-administrativa brasileira é composta pela União, pelos estados-membros, pelo Distrito Federal e pelos municípios. E o art. 34 assegura e reconhece a autonomia municipal.

A Constituição Federal de 1988 passou a externar um federalismo cooperativo e de equilíbrio (ALMEIDA, 2000), estabelecendo competências comuns e concorrentes à União, aos estados-membros, ao Distrito Federal e aos municípios, conforme os arts. 23 e 24 da Constituição. Ademais, a Constituição estabeleceu um rol de competências municipais nos seus arts. 29 a 31, §§ 1º, 2º, 3º e 4º. Com a enumeração dessas competências, os municípios se tornaram entes federados e dotados de autonomia, e passaram a ter o poder de elaborar suas próprias leis orgânicas, as quais são engendradas pelo Executivo ou Legislativo, sem que sofram interferência dos estados-membros ou da União.

Portanto, é importante verificar que o princípio da subsidiariedade se articula em conjunto com o federalismo cooperativo, onde o desempenho das responsabilidades públicas deve ser atribuído, preferencialmente, às autoridades que estejam mais próximas dos cidadãos, ao passo que, para ser realizada a atribuição de responsabilidade de uma autoridade para outra, é necessário levar em conta a amplitude e a natureza da tarefa, bem como as exigências de eficácia e economia (MARTINS, 2003).

Quanto à competência administrativa, referente à saúde, é comum a todos os entes federados, cujas atribuições para a prestação do referido direito encontram-se elencadas no art. 23, inciso II da Constituição. Nesse sentido, o direito à saúde foi concebido pela Constituição de 1988 como direito fundamental social, uma vez que assim está disposto no Capítulo II, o qual aborda os direitos sociais, conforme o rol do art. 6º da Constituição.

Desse modo, Silva (2005) refere que a evolução do direito à saúde conduziu a Constituição de 1988 a declarar que se trata de

um direito de todos e dever do Estado, devendo ser garantido através de políticas sociais e econômicas que proporcionem a redução do risco de doenças e demais agravos, bem como o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua proteção, promoção e recuperação; e ações e serviços de relevância pública, de acordo com os arts. 196 e 197 da Constituição.

A Constituição Federal reforçou a essencialidade e a relevância dos serviços de saúde, no capítulo específico – Título VIII da ordem social, capítulo II, seção II da saúde –, ou seja, tal capítulo aduz que as diretrizes do serviço público de saúde devem ser prestadas na forma de um Sistema Único de Saúde (SUS),<sup>4</sup> que orientem os meios para o seu financiamento, conforme disposto no art. 198 da Constituição.

O art. 195 expressa uma preocupação da Constituição Federal com o financiamento da saúde: em sua redação originária, trazia previsão de financiamento à seguridade social – que abarca saúde, assistência social e previdência. No entanto, não existia uma previsão de recursos minimamente suficientes para a saúde. Com o advento da Emenda Constitucional nº 29/2000, passaram a ser previstos percentuais mínimos de aplicação de recursos orçamentários (BITENCOURT; RECK, 2017).

Dessa maneira, a fixação dos percentuais mínimos se deu mediante a aprovação da EC nº 29/2000, acrescentando, assim, o art. 77, caput e inciso II ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT). Em decorrência disso, em meados de 2012, com o advento da Lei Complementar nº 141/2012, foi reafirmado o dever de os estados-membros e o Distrito Federal aplicarem o percentual mínimo de 12% da arrecadação dos impostos em ações e serviços de saúde, com fundamento no art. 6º da norma em comento. Além disso, a lei complementar confirmou para os municípios e o Distrito Federal a aplicação do percentual mínimo de 15%, conforme seu art. 7º.

Assim, os atos de improbidade administrativa devem ser investigados por meio de ação própria (ação civil pública) – sendo que, conforme o art. 17 da Lei nº 8.429, o Ministério Público é o

4 Nos entes locais, o SUS é composto mediante as secretarias de saúde e dos fundos municipais de saúde.

legitimado para propor a ação de improbidade administrativa – ou por meio de processos administrativos no âmbito do órgão a que pertence o acusado.

Com relação ao ato de improbidade, o art. 37, § 4º da Constituição prevê que os atos de improbidade administrativa podem acarretar a suspensão de direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade de bens e o ressarcimento ao erário, sem que com isso haja o prejuízo da ação penal cabível. Tal matéria é regulamentada pela Lei nº 8.429 de 6 de junho de 1992, a Lei de Improbidade Administrativa (LIA), segundo Justen Filho (2016).

Conseqüentemente, a norma caracteriza como improbidade administrativa os atos que resultam em enriquecimento ilícito (art. 9º); que geram prejuízo ao erário (artigo art. 10); ao passo que a referida norma qualifica também os atos que atentam contra os princípios da administração pública (art. 11) (MEDAUAR, 2014). Em consequência, o art. 12 da Lei nº 8.429/1992 aborda as penalizações aplicadas aos responsáveis pelos atos de improbidade.

Assim, outro ponto preocupante que decorre dos atos de improbidade na saúde pública é o aumento quantitativo de ações judiciais contra o poder público com o intuito de se ter a concessão de medicamentos, cirurgias e outros tratamentos médicos, ações judiciais causadas por conta da má gestão dos recursos e dos atos ímprobos praticados (MAGALHÃES; ALCARÁ, 2017).

A partir dessas premissas, pode-se concluir que o TJ-RS vem se posicionando no sentido de condenar os responsáveis pelos atos ímprobos, aplicando as devidas sanções. Nesse sentido, foi possível constatar que diante de um caso de improbidade administrativa há a determinação de ressarcimento integral dos danos; a suspensão dos direitos políticos (de três a dez anos); multas cíveis (variando de duas a seis vezes o valor do prejuízo causado ao erário ou a remuneração percebida pelo servidor público); perda da função pública; custas processuais (as quais variavam entre o valor de 50% ou 100%); e/ou a proibição de contratar com o poder público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário (pelo prazo variando de três a dez anos).

Ademais, observam-se diversas situações de violação aos princípios da administração pública que merecem uma evolução na instrução probatória dos atores do processo.

**Palavras-chaves:** atos de improbidade; gestão da saúde pública; recursos públicos; saúde municipal; Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

## Referências

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

AMARRIBO – Amigos Associados de Ribeirão Bonito. **O combate à corrupção nas prefeituras do Brasil**. 5. ed. São Paulo: 24X7 Cultural, 2012.

BERCOVICI, Gilberto. **Dilemas do Estado federal brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

BITENCOURT, Caroline Müller; RECK, Janriê Rodrigues Democracia deliberativa, teoria da decisão e suas repercussões no controle social das despesas em saúde. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 8, n. 1, p. 121-147, jan./abr. 2017.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 5 out. 1988**. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 28 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.429, de 21 de junho de 1993. **Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/l8429.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8429.htm)>. Acesso em: 28 jun. 2018.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MAGALHÃES, Jaqueline Silva; ALCARÁ, Marcos. Reflexos da improbidade administrativa na saúde pública. **Revista Jurídica**

**Direito, Sociedade e Justiça/RJDSJ**, v. 5, n. 1, p. 156-174, nov./dez. 2017.

MARTINS, Margarida Slema D' Oliveira. **O princípio da subsidiariedade em perspectiva jurídico-política**. Coimbra: Coimbra, 2003.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 18. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2005.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

## A eficácia vinculante da *ratio decidendi* em sede de recursos extraordinários

---

Pesquisa desenvolvida no âmbito do projeto de pesquisa Garantias Processuais Cíveis dos Bens Transindividuais, coordenado pelo prof. dr. Handel Martins Dias e vinculado no CNPq ao grupo de pesquisa Tutelas à Efetivação dos Direitos Transindividuais do Programa de Pós-Graduação em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público.

Guilherme Candido  
Eduardo Gonçalves Spitaliere<sup>1</sup>

**Palavras-chave:** Corte Suprema. Recurso excepcional. Recurso Extraordinário. Repercussão geral. Transcendência dos motivos determinantes.

Por meio de revisão na legislação, jurisprudência e doutrina nacional, a presente pesquisa estuda a aplicabilidade da teoria da transcendência dos motivos determinantes no âmbito dos julgamentos dos recursos extraordinários, sobretudo a sua eficácia vinculante expansiva, em consonância com o princípio da segurança jurídica e com as garantias processuais fundamentais de um processo justo, efetivo e adequado. A presente investigação tem por objeto o exame da existência de vinculação do ordenamento jurídico frente aos motivos determinantes das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de recurso extraordinário a partir da adoção do sistema de controle difuso de constitucionalidade e da integração da teoria dinâmica da interpretação na ordem jurídica vigente.

---

<sup>1</sup> Bacharéis em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público. Integrantes do Grupo de Estudos do Projeto de Pesquisa Garantias Processuais Cíveis dos Bens Transindividuais do Programa de Pós-Graduação em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público, coordenado pelo Prof. Dr. Handel Martins Dias e vinculado no CNPq ao Grupo de Estudos Tutelas à Efetivação dos Direitos Transindividuais. Endereço eletrônico: guicandido97@gmail.com; eduardospitaliete@live.com

A análise em questão parte do pressuposto da necessidade de estabilidade e coerência do ordenamento jurídico, preceitos fundamentais ao Estado Constitucional. Em um Estado Democrático de Direito não são salutares as divergências e contrariedades nos julgados da Suprema Corte, bem como a desvinculação por parte dos órgãos judiciais inferiores para com as decisões de sua corte de vértice.

Através do exame da teoria constitucional e processual civil, resta evidente que a atribuição do Supremo Tribunal Federal não se resume a cassar decisões contrárias ao texto constitucional, tampouco servir como “4º instância recursal”, mas, sim, interpretar a legislação à luz da Constituição – e, a partir disso, emanar precedentes e entendimentos que tenham o condão de vincular todos os integrantes do Poder Judiciário por meio da eficácia decisional expansiva, unificando o direito e servindo como uma verdadeira Corte Suprema, que cria o Direito e orienta o ordenamento jurídico.

Diferentemente do paradigma europeu continental – onde as Cortes de Vértices atuaram por grandes períodos como Cortes de Cassação –, o modelo brasileiro, ao adotar um sistema de controle de constitucionalidade em que todo e qualquer juiz pode controlar a constitucionalidade das leis, estabelece a necessidade de adoção de um sistema de precedentes e de uma Corte Suprema que tenha a função de interpretar e dar a última palavra sobre a Constituição. Ademais, para o bom funcionamento de um ordenamento jurídico nesses moldes, se fazem necessários a observância e o respeito às decisões da Corte – de maneira que um sistema de controle difuso de constitucionalidade, sem respeito aos precedentes emanados pela Suprema Corte, cria um modelo inseguro, instável e imprevisível, que impossibilita que os indivíduos tenham cognoscibilidade do Direito vigente.

Dessa forma, a partir da adoção, feita pela Constituição republicana, do sistema de controle difuso de constitucionalidade, se faz necessária a adoção de um sistema de precedentes vinculantes na linha do que advertia o próprio Rui Barbosa à época da elaboração da Constituição.

Outrossim, outro motivo que corrobora com esse entendimento é o novo paradigma da teoria da interpretação, surgido

com a teoria dinâmica da interpretação. O modelo anterior (da interpretação estática), surgido com o positivismo jurídico, diz que o juiz é “la bouche de la loi”, ou seja, a boca da lei. Em outras palavras, caberia ao juiz somente aplicar uma norma preexistente, que era a própria lei.

Contudo, com o passar do tempo, a doutrina começa a reconhecer a equivocidade dos textos, a possibilidade de auferir mais de um sentido ao mesmo texto legal. Nessa linha, surge a teoria da interpretação dinâmica, que nos diz que texto e norma jurídica não se confundem, sendo o texto produto da criação legislativa e a norma fruto da interpretação feito pelo julgador com base no texto legal.

Dessa forma, fica claro que, sendo possível a existência de mais de um significado ao mesmo texto, e cabendo ao Judiciário atribuir e fixar esse sentido, esse significado não pode ser atribuído de maneira desuniforme pelos órgãos judiciais, cabendo à Suprema Corte orientar os juízes e tribunais sobre o sentido do texto legal.

Não obstante, esse sentido não pode ser fixado sem a devida argumentação e fundamentação. Assim, quando o Supremo Tribunal Federal se manifestar interpretando a Constituição, a observância não deve ser exclusiva dos dispositivos das decisões, mas deve atentar, principalmente, aos motivos que determinaram a corte a decidir de tal sorte.

Nessa linha, os motivos determinantes, ou a *ratio decidendi* (nome adotado na doutrina norte-americana), são as razões pelas quais se fundamenta o julgado; são os alicerces que estruturam e assentam toda decisão, chegando ao seu dispositivo; são os princípios ou as regras que incidem sobre o caso concreto, levando o julgador a decidir de tal forma. Nessa linha, define o ministro Luís Roberto Barroso, *in verbis*:

Em sucessivas decisões, o Supremo Tribunal Federal estendeu os limites objetivos e subjetivos das decisões proferidas em sede de controle abstrato de constitucionalidade, com base em uma construção que vem denominando transcendência dos motivos determinantes. Por essa linha de entendimento, é reconhecida eficácia vinculante não apenas à parte dispositiva do julgado, mas também aos próprios

fundamentos que embasaram a decisão. Em outras palavras: juízes e tribunais devem acatamento não apenas à conclusão do acórdão, mas igualmente às razões de decidir.

Como consequência, seria admissível reclamação contra qualquer ato, administrativo ou judicial, que contrarie a interpretação constitucional consagrada pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade, ainda que a ofensa se dê de forma oblíqua.

Entretanto, ao analisarmos o cenário nacional, podemos constatar que parte significativa da doutrina e da jurisprudência pátria não segue esse entendimento. Para uma fração dos doutrinadores e alguns ministros do próprio Supremo, essa vinculação se restringiria ao dispositivo do julgado do Pretório Excelso, sendo prescindível as razões as quais o embasam.

Apesar disso, mostra-se indispensável para a higidez do ordenamento jurídico que a vinculação não fique portanto restrita, mas abranja também os motivos que a determinaram, para que assim se alcance, de fato, a unificação e a concretude do direito objetivo. Assim, a vinculação frente aos motivos determinantes dos julgados da Suprema Corte e, em especial, dos recursos extraordinários deve se tornar clara, pois, bem vistas as coisas, é possível concluir que a decisão não se restringe ao dispositivo, mas abrange toda a tese formada no julgamento, reforçando ainda mais a ideia de importância para com os precedentes a que o novo diploma processual civil visa.

Com efeito, os motivos determinantes para a fixação da tese pelo Supremo Tribunal Federal nos julgamentos dos recursos extraordinários – um dos principais mecanismos de unificação do direito – devem ter eficácia expansiva e ser observados pelos tribunais locais e juízes singulares em todo o território nacional – e, até mesmo, a própria Corte de Vértice –, só podendo ser dispensada ou superada nos casos de *distinguishing* e *overruling* (este só podendo ser feito pela própria corte).

Em conclusão, constata-se que a eficácia expansiva vinculante dos julgamentos dos recursos extraordinários colocaria fim na crise institucional do judiciário e na insegurança jurídica que, infelizmente, permeia os foros e Tribunais locais deste País. Outrossim, os julgados proferidos com essa eficácia expansiva pela

Suprema Corte brasileira cada vez mais auferem importância na sociedade, de maneira que se mostra clara a imprescindibilidade, para a coerência e a integralidade do ordenamento jurídico, bem como para evolução do direito, e a transcendência dos motivos determinantes dos recursos extraordinários de forma a vincular todo o ordenamento jurídico.

## Referências

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. 13. ed. São Paulo: Editora JusPodvim, xxxx.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016. v. III.

SARLET, Ingo W.; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, xxxx.

## O exercício da democracia através dos movimentos sociais e a tentativa de silenciamento com os projetos de lei nº 5.065/2016 e 9.604/2018

Aneline Kappaun<sup>1</sup>  
Laura Vaz Bitencourt<sup>2</sup>

**Palavras-chave:** Democracia; Movimentos Sociais; Retrocesso social

Parte-se das ideias trazidas por Gohn (1997, p. 139) que, ao refletir acerca das explicações de Habermas, atribui dois papéis centrais aos movimentos sociais: podem ser vistos como elementos dinâmicos no processo de aprendizado e formação da identidade social e também como projetos democráticos que têm potencial para iniciar processos pelos quais a esfera pública pode ser revivida. Ou seja, os movimentos sociais são vistos por Habermas como fatores dinâmicos na criação e expansão dos espaços públicos da sociedade civil.

Assim, o presente ensaio tem como problema de pesquisa a inquietação presente: Os projetos de Lei nº 5065/2016 e nº 9604/2018, no caso de aprovação, inviabilizam o exercício da democracia através dos movimentos sociais?

<sup>1</sup> Mestranda em Direito pelo PPGD da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, linha de pesquisa Políticas Públicas de Inclusão Social. Integrante do Grupo de Pesquisas Direito, Cidadania & Políticas Públicas, coordenado pela pós-doutora. Marli Marlene Moraes da Costa, ligado ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da UNISC, e certificado pelo CNPq. Advogada OAB/RS 96.370. Especialista em Direito Civil e Direito Empresarial com capacitação para o magistério no ensino superior pela Faculdade Damásio de Jesus. E-mail: aneline.k@hotmail.com.

<sup>2</sup> Mestranda em Direito na Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, com linha de pesquisa em Políticas Públicas de Inclusão Social, vinculada ao Grupo de Estudos Controle Administrativo e Social de Políticas Públicas, coordenado pelo professor doutor Janriê Rodrigues Reck e pela professora doutora Caroline Muller Bitencourt. Graduada em Direito pela mesma universidade. Integrante do Grupo de Estudos "Estado, Administração Pública e Sociedade" – UNISC. E-mail: laura.vazbitencourt@hotmail.com.

Para elaboração do presente trabalho, utilizar-se-á do método de abordagem hipotético-dedutivo, procedimento analítico, utilizando-se da técnica de documentação direta através de pesquisa bibliográfica.

Citando o pensamento de Marx, Tarow (2009, p. 31-32), que afirma ter levado muito tempo para se reconhecer os movimentos sociais, os quais vagarosamente passaram a ser vistos como forma de comportamento coletivo, "propunha que os movimentos eram pouco mais do que a parte organizada e autoconsciente de um arquipélago de fenômenos emergentes que iam desde moda e rumores até entusiasmos coletivos, movimentos e revoluções".

Ainda assim, Tarow (2009, p. 32) complementa, a própria sociedade apresentava-se como "desorientada e a mobilização surgia da urgência de recompô-la [...] a teoria da 'anomia' de Durkheim, pela qual os indivíduos descolados de seus papéis e identidades tradicionais buscavam novas identidades coletivas através da reintegração pessoal em movimentos". Dessa forma, os indivíduos buscaram se organizar com manifestações populares a partir de movimentos sociais que até hoje refletem efeitos positivos, principalmente em causas políticas do país.

Gohn (2003, p. 14), citando a visão de Touraine, dispara que os "movimentos sociais são o coração, o pulsar da sociedade. Eles expressam energias de resistências ao velho que os oprime, e fontes revitalizadas para a construção do novo". No mesmo sentido, o autor entende que a participação nos movimentos sociais é de suma importância, pois torna o participante protagonista de sua história, acrescentando força política a suas manifestações, o que necessariamente produziria novos valores sociais e uma cultura política distinta. Ou seja, atender-se-á o objetivo da mudança de padrões arraigados e controvertidos, impostos por aqueles que ocupam cargos políticos "importantes", os quais, por sua vez, estão interessados somente em suas próprias facilidades nas decisões que tomam diariamente (GOHN, 2008, p. 30).

Corroborando as ideias até então trazidas, Melucci (2001, p. 21) aduz que os movimentos sociais contemporâneos são "profetas", anunciando as lutas por mudanças que clamam por democracia igualitária:

Os movimentos são um sinal. Não são apenas produtos da crise, os últimos efeitos de uma sociedade que morre. São, ao contrário, a mensagem daquilo que está nascendo. Eles indicam uma transformação profunda na lógica e nos processos que guiam as sociedades complexas. [...] Não têm a força dos aparatos, mas a força da palavra. Anunciam a mudança possível, não para um futuro distante, mas para o presente da nossa vida. Obrigam o poder a tornar-se visível e lhe dão, assim, forma e rosto.

Adiante, cabe trazer o conceito de esfera pública desenvolvido por Habermas, onde se refere a um ambiente de liberdade de expressão, debate e formação de opinião pública. A esfera pública habermasiana, todavia, estava localizada no contexto monárquico do século XVIII, sendo ocupada por um público simbólico, a burguesia, essa então composta por homens alfabetizados e detentores de posses. Foi nesse ambiente que se abriu o debate político, começou-se a compartilhar informações, jornais e demais manifestações que repassavam notícias, e discussões sobre interesses públicos tiveram início (HABERMAS, 1984). Contudo, mais recentemente (1997), o mesmo autor atualizou o conceito até então visualizado, destacando que a esfera pública também poderia pressionar o Estado, formando a opinião pública, uma força convincente para se alcançar alterações na sociedade.

Nesse diapasão, Bobbio (2000, p. 30), ao buscar uma definição mínima para o conceito de democracia, afirma que, ao contrário de todas as formas de governo autocrático, quando se fala em democracia, considera-a caracterizada por um conjunto de regras (primárias ou secundárias) que estabelece quem está autorizado a tomar as decisões coletivas e através de quais procedimentos poderá tomar referidas decisões, ou seja, todo o grupo social está obrigado a tomar decisões que vinculem todos os seus membros com o objetivo de prover a própria sobrevivência. Porém, até mesmo as decisões de grupo são tomadas por um indivíduo. Assim, para que a decisão tomada por um único indivíduo seja aceita como uma decisão coletiva, é preciso que seja empreendida com base em regras que estabeleçam quais indivíduos estão autorizados a tomar essas decisões vinculatórias e com base em quais procedimentos.

Nesse sentido, reforçando a ideia de democracia como um conjunto de decisões que devem ser tomadas por todo o grupo social e que vinculem todos os membros com o objetivo de prover a própria sobrevivência, é que se consideram os movimentos sociais atores fundamentais na construção de espaços deliberativos, de forma a manter uma postura crítica em relação às instituições públicas, procurando tematizar novas questões que serão analisadas e comparadas com as propostas já existentes, colaborando, assim, com o processo de aprofundamento democrático (PEREIRA, 2012).

Em contrapartida, a aprovação dos projetos de lei nº 5.065/2016 e nº 9.604/2018 – que pretendem tipificar como ato de terrorismo aqueles movimentos originados por motivação ideológica, política e social, principalmente, bem como dispor sobre o abuso do direito de protesto dentro das articulações de movimentos sociais (em especial os movimentos sociais de ocupação, visando assim alterar a Lei nº 13.260/2016, a chamada “Lei Antiterrorismo”) – constitui verdadeiro retrocesso social ante a ordem democrática.

O Projeto de Lei nº 5.065/2016 tenta modificar a Lei nº 13.260/2016 conforme mencionado, consentindo que movimentos sociais e manifestações políticas devem ser enquadrados na Lei Antiterrorismo. Isso vai contra os interesses de toda a sociedade, visto que, a partir de então, atos reivindicatórios de representação da esfera pública diante de ações do governo seriam abolidos. Perderia-se, assim, mais do que uma forma de manifestação, mas também a garantia de construir o futuro da sociedade juntamente àqueles investidos de poderes públicos, os quais, na maioria das vezes, não o fazem – tome-se, por exemplo, a própria deliberação acerca dos movimentos sociais como terrorismo.

Já o Projeto de Lei nº 9.604/2018 pretende a criminalização da articulação de movimentos sociais – projeto que esbarra totalmente na Ordem Constitucional Democrática, uma vez que contraria a Constituição Federal, especificadamente no art. 220 que assim prevê: “a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição [...] § 2º – É vedada toda e qual-

quer censura de natureza política, ideológica e artística.” Ou seja, o projeto em questão acaba afrontando diretamente a liberdade de expressão. Tal garantia é imprescindível na política, como alicerce para qualquer sistema democrático, bem como, rejeitando norma antecedente prevista na Lei Antiterrorismo, que anuncia uma excludente de tipicidade para os movimentos sociais.

A hipótese de resposta ao questionamento proposto é de que efetivamente os projetos de lei nº 5065/2016 e nº 9604/2018 constituem verdadeiro retrocesso social ante a ordem democrática instaurada, inviabilizando o próprio exercício da democracia, visto que aqueles – movimentos sociais – sempre trouxeram mudanças em questões relevantes: o movimento sufragista, que deu direito ao voto para as mulheres; o movimento das Diretas Já, pelas eleições diretas em 1983-1984; o movimento dos “caras-pintadas”, pelo impeachment de Fernando Collor, em 1992; os movimentos de negros; os movimentos de índios; entre outros...

Ademais, os projetos supramencionados acabam sendo uma forma de silenciamento da população ante a almejada construção democrática, arquitetada pela Constituição Federal há trinta anos, eis que ter-se-á dificultado o direito de participação das decisões futuras do país, a proteção de minorias, e o resguardo de direitos em geral que até então vinham sendo alvo de luta pelos movimentos sociais.

## Referências

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 15 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. **Projeto de Lei nº 5.065/2016**. Altera o art. 2º da Lei 13.260/2016, dando nova redação ao seu caput e ao seu § 1º, inciso V, acrescentando os incisos VI, VII e VIII ao seu § 1º, e revogando o seu § 2º. Câmara dos Deputados. 2016. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=208247>>. Acesso em: 12 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. **Projeto de Lei nº 9.604/2018**. Dispõe sobre o abuso do direito de articulação de movimentos sociais, destinado a dissi-

mular atuação terrorista, inserindo parágrafo no art. 2º da Lei nº 13.260, de 16 de março de 2016. Câmara dos Deputados. 7 de fevereiro de 2018. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1640974&filename=PL+9604/2018](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1640974&filename=PL+9604/2018)>. Acesso em: 12. nov. 2018.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 10 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

GOHN, Maria da Glória. **Movimentos sociais no início do século XXI: antigos e novos atores sociais**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2003.

\_\_\_\_\_. **O protagonismo da sociedade civil: movimentos sociais, ONGs e redes solidárias**. 2 ed. São Paulo: Cortez, 2008.

\_\_\_\_\_. **Teoria dos movimentos sociais: paradigmas clássicos e contemporâneos**. São Paulo: Loyola, 1997.

HABERMAS, J. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. II.

\_\_\_\_\_. **Mudança estrutural da esfera pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

MELUCCI, A. **A invenção do presente: movimentos sociais nas sociedades complexas**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2001.

PEREIRA, Marcus Abílio. **Movimentos sociais e democracia: a tensão necessária**. **Opin. Pública**, Campinas, v. 18, n. 1, jun. 2012. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-62762012000100004](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-62762012000100004)>. Acesso em: 10 nov. 2018.

TARROW, Sidney. **O poder em movimento: movimentos sociais e confronto político**. Tradução Ana Maria Sallum. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009.

## As atribuições dos conselhos tutelares na prevenção e erradicação do trabalho infantil no tráfico de drogas

André Viana Custódio<sup>1</sup>  
Matheus Denardi Paz Martins<sup>2</sup>

**Palavra-chave:** Conselho Tutelar. Atribuições. Crianças e Adolescentes. Trabalho Infantil. Tráfico de Drogas.

A pesquisa tem como tema as atribuições dos conselhos tutelares na prevenção e erradicação do trabalho infantil no tráfico de drogas. Considerando que o conselho tutelar é órgão de caráter administrativo atuante no âmbito das políticas públicas de proteção a crianças e adolescentes, o estudo tem como problema de pesquisa: Quais as atribuições específicas do conselho tutelar na política de prevenção e erradicação do trabalho infantil no tráfico de drogas? O trabalho infantil no tráfico de drogas é considerado, de acordo com a Convenção nº 182 da Organização Internacional do Trabalho, uma das piores formas de trabalho infantil, e seu enfrentamento requer a ação articulada dos diversos níveis do Sistema de Garantias de Direitos da Criança e do Adolescente. Assim, a hipótese proposta estabelece que o conselho tutelar tem como atribuições na prevenção e erradicação do trabalho infantil no tráfico de drogas: a) a notificação para a rede de responsabilização dos casos de que tiver conhecimento; b) a averiguação decorrente do recebimento de comunicação de

1 Pós-doutor em Direito na Universidade de Sevilla/Espanha. Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Professor permanente e coordenador adjunto do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado – da Universidade de Santa Cruz do Sul. Coordenador do Grupo de Estudos em Direitos Humanos de Crianças, Adolescentes e Jovens. Líder do Grupo de Pesquisa Políticas Públicas de Inclusão Social da Universidade de Santa Cruz do Sul. E-mail: andrecustodio@unisc.br.

2 Mestrando no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Santa Maria – FADISMA. Integrante do Grupo de Estudos em Direitos Humanos de Crianças, Adolescentes e Jovens e do Grupo de Pesquisa Políticas Públicas de Inclusão Social da UNISC. E-mail: matheusdenardimartins@hotmail.com.

fato e o encaminhamento de crianças e adolescentes para atendimento nas redes de saúde, educação e assistência social; c) a aplicação de medidas de proteção para crianças e adolescentes; d) a aplicação de medidas aos pais e responsáveis; e) a requisição de serviços públicos de atendimento decorrente da negativa de acesso de crianças e adolescentes aos serviços de natureza pública; dentre outras prerrogativas que poderão ser identificadas ao longo do desenvolvimento da pesquisa.

O estudo do tema é de grande importância, pois o conselho tutelar é órgão estratégico do Sistema de Garantias de Direitos, e deve atuar sempre que houver ameaça ou violação de direitos da criança e do adolescente por ação ou omissão da sociedade e do Estado, por falta, omissão ou abuso dos pais ou, ainda, pela própria conduta de crianças e adolescentes – o que inclui, portanto, o trabalho infantil em diversas modalidades.

O objetivo geral é estudar e sistematizar as principais atribuições do conselho tutelar na política de prevenção e erradicação do trabalho infantil no tráfico de drogas. Os objetivos específicos foram definidos como: a) contextualizar o trabalho infantil no tráfico de drogas; b) descrever as atribuições do conselho tutelar; e c) analisar as atribuições específicas do conselho tutelar na prevenção e erradicação do trabalho infantil no tráfico de drogas.

O método de abordagem é dedutivo, e o método de procedimento o monográfico, com técnicas de pesquisa bibliográfica e documental.

O conselho tutelar, criado em decorrência do princípio da desjurisdicionalização, é um órgão público, autônomo, vinculado à administração pública municipal, responsável por zelar pela garantia dos direitos de crianças e adolescentes, nos termos dos arts. 131 e 132 do Estatuto da Criança e do Adolescente, sendo composto por cinco membros. (BRASIL, 1990).

O processo de escolha dos conselheiros tutelares é conduzido pelo conselho municipal dos direitos da criança e do adolescente e fiscalizado pelo Ministério Público, conforme determina o art. 139 do estatuto (BRASIL, 1990). O art. 133 estabelece como requisitos para candidatura ao cargo de conselheiro tutelar a idade de 21 anos, reconhecida idoneidade moral e residência

no município (BRASIL, 1990). No entanto, a lei municipal poderá estabelecer critérios mais restritivos, como formação superior, aprovação prévia em exame de conhecimento ou participação em curso prévio de formação.

O art. 135 do Estatuto da Criança e do Adolescente, alterado pela Lei n. 12.696, de 25 de julho de 2012, estabelece, ainda, que “o exercício efetivo da função de conselheiro constituirá serviço público relevante e estabelecerá presunção de idoneidade moral” (BRASIL, 2012).

Em se tratando de caráter colegiado, é válido mencionar Di Pietro (2005, p. 441), que destaca que os conselhos tutelares são formados por uma coletividade de pessoas físicas ordenadas horizontalmente, ou seja, com base em uma relação de coligação ou coordenação, não uma relação de hierarquia. Nesse sentido, destaca que são pessoas situadas no mesmo plano que devem atuar coletivamente em vez de individualmente.

Os conselhos tutelares têm função na condição de autoridades públicas, e a autoridade do conselho tutelar tomará providências e aplicará medidas de proteção, em nome da sociedade, para que cesse a ameaça ou violação dos direitos da criança e do adolescente (REIS, 2015, p. 149). Também “as decisões do conselho tutelar proferidas no âmbito das suas atribuições e obedidas as formalidades legais têm eficácia plena e são passíveis de execução imediata” (CONANDA, 2014).

Os conselheiros tutelares são responsáveis pela consecução e efetivação das políticas públicas de proteção à criança e ao adolescente. É válido analisar que no âmbito do conselho tutelar não há decisões individuais, ou seja, trata-se de um órgão colegiado. Desse modo, as medidas são deliberadas pelos cinco membros do colegiado do conselho tutelar (REIS, 2015, p. 14).

Percebe-se que o conselho tutelar é um dos principais órgãos de atuação municipal na proteção dos direitos da criança e do adolescente, tendo também como obrigação fazer com que seja corrigida a não oferta ou a oferta irregular dos atendimentos necessários à população (SOUZA; SOUZA, 2010).

Desse modo, analisando o conselho tutelar em sua essência, necessário se faz verificar quais são suas principais atribuições na

proteção aos direitos fundamentais da criança e do adolescente, previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Percebendo-se como órgão integrante do Sistema de Garantias de Direitos, o conselho tutelar deve primar pela articulação intersetorial, assumindo suas responsabilidades de acordo com as competências institucionais, considerando o princípio da tríplice responsabilidade compartilhada, em que Sociedade, Estado e Família, em conjunto, lutam pela efetivação dos direitos da criança e do adolescente.

Nesse sentido, o Estatuto da Criança e do Adolescente instituiu o conselho tutelar. Devido a sua aproximação junto à sociedade, o conselho tem melhores condições de atuar administrativamente a fim de enfrentar a ameaça ou a violação de direitos da criança e do adolescente.

Assim, o conselho tutelar atua em cenários e realidades com diferentes níveis de complexidade – problemáticas que, em seu cerne, apresentam mais de uma ordem, exigindo do conselheiro habilidade para encaminhar a questão para a sua solução. Habilidades questionáveis quando se observa a natureza democrática que o conselho assume no contexto da materialização dos direitos infantis, é de suma importância que o agente de proteção, o conselheiro tutelar, apresente qualificação técnica e operacional no exercício das suas atribuições e o conhecimento que demandam.

Conclui-se que, do seu conjunto de atribuições, não deve o conselho tutelar interferir nos casos de ato infracional cometidos por adolescentes, mas tem o dever de atuar nos casos de atos infracionais cometidos por crianças, nos termos do art. 105 do Estatuto da Criança e do Adolescente. No entanto, o enfrentamento do trabalho infantil no tráfico de drogas antecede qualquer situação relativa ao ato infracional – daí a necessidade preliminar de atuação no campo das ações estratégicas do Programa de Erradicação do Trabalho Infantil. É responsabilidade do conselho tutelar encaminhar as notificações para a rede de responsabilização e o encaminhamento de crianças, adolescentes e suas famílias para o atendimento, conforme determinam os fluxos intersetoriais de atendimento de assistência social, saúde e educação.

## Referências

BAZON, Marina Rezende. Violências contra crianças e adolescentes: análise de quatro anos de notificações feitas ao conselho tutelar na cidade de Ribeirão Preto, São Paulo, Brasil. **Cadernos de Saúde Pública**, v. 24, p. 323-332, 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. Brasília: 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm). Acesso em: 24 abr. 2018.

BRASIL. Lei n. 12.696, de 25 de julho de 2012. Brasília: 2012. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12696.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12696.htm). Acesso em: 24 abr. 2019.

BRITO, Carolina Oliveira de; NASCIMENTO, Célia Regina Rangel; ROSA, Edinete Maria. Conselho tutelar: rede de apoio socioafetiva para famílias em situação de risco? **Pensando famílias**, v. 22, n. 1, p. 179-192, 2018.

CONANDA. Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente. **Resolução nº 170, de 10 de dezembro de 2014**. Brasília: CONANDA, 2014.

\_\_\_\_\_. **Resolução nº 117**. Disponível em: <http://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=104398>. Acesso em: 24 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. **Parâmetros de Funcionamento dos Conselhos Tutelares**. Brasília: [s.n.], 2001. Disponível em: [http://concursos.biorio.org.br/Teresopolis2013/arquivos/legislacao/Resolu%C3%A7%C3%A3o%20CONANDA%2075\\_2001.pdf](http://concursos.biorio.org.br/Teresopolis2013/arquivos/legislacao/Resolu%C3%A7%C3%A3o%20CONANDA%2075_2001.pdf). Acesso em: 25 abr. 2018.

COSTA, Ana Paula Motta. Elementos que favoreceram e incidiram sobre a criação do conselho tutelar. In: BRAGALIA, Mônica; NAHRA, Clícia Maria Leite (Orgs.). **Conselho tutelar: gênese, dinâmica e tendências**. Canoas: Edulbra, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

DIGIÁCOMO, Murilo José. **Apenas o Conselho Tutelar não basta**. Cadernos do Ministério Público do Paraná, p. 45-47, 2008. Disponível em: [https://scholar.google.com.br/scholar?cluster=13538326574052577817&hl=pt-BR&as\\_sdt=0,5](https://scholar.google.com.br/scholar?cluster=13538326574052577817&hl=pt-BR&as_sdt=0,5). Acesso em: 01 de dezembro de 2018

FONSECA, Laura; OLIVEIRA, Luciana. A dupla face do trabalho infantojuvenil: a dialética entre o princípio educativo e o trabalho explorado. **Revista Trabalho Necessário**, v. 15, n. 26, 2018.

LIMA, Claudinei dos Santos. **Os significados do conselho tutelar como um dispositivo de governo de criança e adolescente**. 2014. Dissertação de Mestrado em Ciências Sociais. Universidade Federal de Juiz de Fora. Disponível em: <https://repositorio.ufjf.br/jspui/handle/ufjf/753>.

MOTA, Fabiana Dantas Soares Alves da. **A concretização do princípio da proteção integral à criança e ao adolescente pela mediação do combate ao trabalho infantil no campo**. 2018. 157f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2018.

MPPR – Ministério Público do Estado do Paraná. **Conselho tutelar**. Disponível em: <http://www.crianca.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=1483>.

PERES, Emerson Luiz. **Concepções e práticas dos conselheiros tutelares acerca da violência doméstica contra crianças e adolescentes: um estudo sobre o caso de Curitiba**. Dissertação – (Mestrado em Psicologia). Curso de Pós-Graduação em Psicologia da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2001.

PIMENTEL, Solange Maria; SEBEN, Fernando José. O adolescente em conflito com a lei em cumprimento de medida socioeducativa de internação nos centros de atendimento socioeducativo e suas perspectivas de ressignificação. **Humanidades em Perspectivas**, v. 2, n. 2, 2018.

REIS, Suzéte da Silva. **Ações estratégicas de políticas públicas para o enfrentamento da exploração do trabalho infantil nos meios de comunicação no marco da teoria da proteção integral aos direitos da criança e do adolescente**. Santa Cruz do Sul: [s.n.], 2015.

ROSÁRIO, Maria do. O Conselho Tutelar como órgão de defesa de direitos num cenário de exclusão social. In: NAHRA, Clícia Maria Leite; BRAGAGLIA, Monica (Org.). **Conselho tutelar: gênese, dinâmica e tendências**. Canoas, RS: ULBRA, 2002.

SOUZA, Ismael Francisco de; SOUZA, Marli Palma. **O conselho tutelar e a erradicação do trabalho infantil**. Criciúma, SC: Ed. UNESC, 2010.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Direito da criança e do adolescente**. Florianópolis: OAB/SC, 2006.

# A (im)possibilidade da candidatura avulsa à luz do elemento gramatical

Maurício Martins Reis<sup>1</sup>  
Thomás Henrique Welter Ledesma<sup>2</sup>

**Palavras-chave:** Candidatura Avulsa. Condição de Elegibilidade. Elemento Gramatical. Procuradoria-Geral da República.

## Introdução

A Constituição Federal, em seu art. 14, § 3º, V da CRFB, elenca as condições de elegibilidade para que um candidato tenha seu pedido de registro de candidatura deferido. Dentre os requisitos estabelecidos pelo texto constitucional, tem-se o da necessidade de prévia filiação partidária.

A partir da leitura do dispositivo mencionado, conclui-se que o legislador constituinte concedeu aos partidos políticos a figura de protagonistas no processo eleitoral, vedando, em consequência, a candidatura avulsa.

Ocorre que a Procuradoria-Geral da República, em parecer proferido no Recurso Extraordinário nº 1.054.490, entendeu ser possível a candidatura avulsa, em razão do Brasil ser signatário do Pacto de São José da Costa Rica, contrariando a necessidade

1 Graduado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2002) e em licenciado em Filosofia pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2005), mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2005), doutor em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2010) e doutor em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (2015). Professor da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP).

2 Advogado. Graduado em Direito pelo Centro Universitário Curitiba – Unicuritiba (2013). Pós-graduado em Direito Administrativo Aplicado, pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar Filho (2015); e em Direito Eleitoral pelo Instituto Brasileiro de Direito Público – IDP (2017). Aluno do programa de mestrado da Fundação da Escola Superior do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul – FMP/RS.

de prévia filiação partidária como condição de elegibilidade, prevista no texto constitucional.

O presente resumo se propõe a verificar a possibilidade da candidatura, analisando o art. 14, §3º, V da CRFB à luz do elemento gramatical de interpretação constitucional, que permite modificações no âmbito da interpretação jurídica para o caso concreto, mas restringe a atuação do intérprete ao conteúdo do texto.

## Metodologia

O método utilizado na presente pesquisa foi o hipotético-dedutivo, com a adoção de pesquisa bibliográfica, jurisprudencial e legislativa, buscando analisar o conteúdo da prévia filiação partidária como requisito de elegibilidade, conjuntamente com o parecer da Procuradoria-Geral da República proferido no RE 1.054.490, que defende a possibilidade da candidatura avulsa.

## Discussão do resultado

O posicionamento da PGR sobre a (des)necessidade da prévia filiação partidária como condição de elegibilidade controverte e enfraquece o rigor da condição prevista no art. 14, § 3º, V da Constituição Federal.

A partir do posicionamento da PGR, analisou-se a possibilidade da candidatura avulsa à luz do método gramatical interpretativo, que consiste na apuração exata das palavras e da linguagem, utilizando os elementos puramente verbais, de modo a analisar os termos individualmente e na sua dimensão sintática, completando-se com a análise do texto (ROCHA, 2008, p. 203).

A utilização do método gramatical impõe limites para o intérprete, restringindo sua atuação no tocante ao conteúdo do texto a ser depurado como sentido ou norma de decisão. O significado atribuído à norma jurídica após a atividade interpretativa não poderá ser distinto daquele contido no texto, algo como um corpo estranho ali introduzido arbitrariamente por quem aplica o Direito.

A limitação interpretativa pelo texto acarreta a preservação da vontade do Poder Legislativo, que é quem possui tipicamente legitimidade para a elaboração e a alteração das normas jurídicas. O Poder Judiciário, por ser contramajoritário, não deve ter liberdade para além dos limites gramaticais do texto quando empreender a interpretação concretizadora.

A partir da utilização do método gramatical, o requisito da prévia filiação partidária como condição de elegibilidade não poderá ser afastado, pois o legislador manifestou, expressamente, a necessidade de o candidato possuir vínculo com uma sigla partidária como condição necessária para a participação no processo eleitoral.

Apesar do Pacto de San José da Costa Rica ter sido ratificado e inserido dentro do ordenamento jurídico brasileiro, suas disposições contrárias ao texto constitucional não podem produzir efeitos jurídicos, em razão da respectiva natureza infraconstitucional, a não ser que sobrevenha para elas quórum de aprovação típico das emendas constitucionais, como aliás recomenda o teor do art. 5º, § 3º da Constituição.

O rito de aprovação do Pacto de São José da Costa Rica iniciou-se na Câmara dos Deputados, posteriormente foi enviado ao Senado Federal e, por fim regressou à Câmara dos Deputados, não sendo discutida e votada em dois turnos, nos termos do § 3º do art. 60 da Constituição Federal.

Como o rito previsto no § 3º do art. 5º da Constituição Federal somente foi inserido com a edição da Emenda Constitucional nº 45/2004, o Pacto de São José da Costa Rica só poderia substituir a vontade do legislador constituinte caso aprovado pelo mesmo quórum das ECs.

Em razão da não aprovação do Pacto de São José de Costa Rica pelo rito previsto no § 3º do art. 60 da Constituição Federal, já que o procedimento utilizado foi o de leis ordinárias (BRASIL, 1986), não se apresenta admissível retirar do ordenamento jurídico uma norma constitucional (art. 15, § 3º, V) ante uma norma aprovada infraconstitucionalmente. Caso tal hipótese venha a ser admitida, estar-se-á criando um instrumento de burla à vontade do Poder Constituinte originário.

A partir da utilização do método gramatical, o intérprete não poderá dispor sobre a prévia filiação partidária como condição de inelegibilidade, pois sua atividade está limitada ao texto. O legislador constituinte mencionou expressamente a necessidade da existência de vínculo com partido político como requisito para participação no processo eleitoral, exigência que só poderá ser afastada na hipótese de apresentação de uma proposta de emenda à Constituição (PEC), ou de aprovação de um tratado internacional de Direitos Humanos pelo rito previsto no art. 5º, § 3º da CF.

Portanto, em razão do conteúdo e do limite semântico exigível do elemento gramatical, a prévia filiação partidária como condição de elegibilidade somente poderá ser afastada pela realização de uma nova atividade legislativa, qual seja, mediante a apresentação de Proposta de Emenda Constitucional ou através da conformação do Pacto de San José através do procedimento de aprovação de Emenda à Constituição, pois a letra da lei é o limite intransponível do campo de atuação do intérprete.

## Considerações finais

A PGR se manifestou, no mérito, pela procedência do RE nº 1.054.490, permitindo a candidatura avulsa, por entender que o Pacto de São José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário, não elencou a filiação partidária como condição para o exercício dos direitos políticos.

Para verificar se o instituto da candidatura avulsa é compatível com o sistema jurídico brasileiro, utilizou-se da técnica do elemento gramatical de interpretação, que, além de preservar a vontade do legislador, impõe como limite ao intérprete a letra da lei – no caso, a lei constitucional.

Conclui-se pela impossibilidade da candidatura avulsa no Brasil, por contrariar a Constituição Federal, que elenca, dentre as condições de elegibilidade, a prévia filiação partidária, e também por ser incompatível com o sistema eleitoral brasileiro.

## Referências

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto Decreto Legislativo nº 132/1986. Brasília: Senado Federal, 1986. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=167795>> Acesso em: 24 jul. 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 15 jul. 2018

BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf)>. Acesso em: 15 jul. 2018.

BRASIL. Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9504.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9504.htm)>. Acesso em: 15 jul. 2018.

CONCEIÇÃO, Tiago de Menezes. Direitos políticos fundamentais e sua suspensão por condenações criminais e por improbidade administrativa. Curitiba: Juruá, 2010.

KNOERR, Fernando Gustavo. Bases e perspectivas da reforma política brasileira. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MEZZAROBBA, Orides. Partidos políticos: princípios e garantias constitucionais da Lei nº 9.096/95: anotações jurisprudenciais. Curitiba: Juruá, 2005.

PGR – Procuradoria-Geral da República. Recurso Extraordinário nº 1.054.490/RJ. Parecer da PGR. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/parecer-mp-avulsa.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2018.

ROCHA, Solange de Holanda. Aspectos relevantes da hermenêutica constitucional. Revista da AGU, n. 18, p. 197-228, out./dez. 2008. Disponível em: <<https://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/316/193>>. Acesso em: 24 jul. 2018.

## A proteção dos grupos em situação de vulnerabilidade sob a ótica da corte interamericana de direitos humanos<sup>1</sup>

Mônia Clarissa Hennig Leal<sup>2</sup>

Sabrina Santos Lima<sup>3</sup>

### Resumo

Surgem, após a Segunda Guerra Mundial, organismos de direito internacional criados com o escopo de promover e proteger direitos humanos. Dentre esses organismos, destacam-se os sistemas regionais de proteção aos direitos humanos. O Sistema Interamericano, notadamente, é composto pela Comissão e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), com o

- 1 Este resumo expandido foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Código de Financiamento 001, e é resultante das atividades do projeto de pesquisa “‘Fórmulas’ de aferição da ‘margem de apreciação do legislador’ (Beurteilungsspielraum des Gesetzgebers) na conformação de políticas públicas de inclusão social e de proteção de minorias pelo Supremo Tribunal Federal e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos”, financiado pelo CNPq (Edital Universal – Edital 14/2014 – Processo 454740/2014-0) e pela FAPERGS (Programa Pesquisador Gaúcho – Edital 02/2014 – Processo 2351-2551/14-5), coordenado pela professora pós-doutora em Direito Mônia Clarissa Hennig Leal. O estudo é vinculado ao Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta” (CNPq) e desenvolvido junto ao Centro Integrado de Estudos e Pesquisas em Políticas Públicas – CIEPPP (financiado pelo FINEP) e ao Observatório da Jurisdição Constitucional Latino-Americana (financiado pelo FINEP), ligados ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC.
- 2 Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC (Santa Cruz do Sul, RS, Brasil), onde ministra as disciplinas de Jurisdição Constitucional e de Políticas Públicas, respectivamente. Doutorado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos (São Leopoldo, RS, Brasil), com pesquisas realizadas junto à Ruprecht-Karls Universität Heidelberg, na Alemanha. Pós-doutorado na Ruprecht-Karls Universität Heidelberg (Alemanha). Coordenadora do Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta”, vinculado ao CNPq. Bolsista de produtividade em pesquisa do CNPq. ORCID: <<https://orcid.org/0000-0002-3446-1302>>. E-mail: <[moniah@unisc.br](mailto:moniah@unisc.br)>.
- 3 Mestranda no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direitos Sociais e Políticas Públicas da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC (Santa Cruz do Sul, RS, Brasil), na linha de pesquisa Constitucionalismo Contemporâneo. Bolsista PROSUC/CAPES, modalidade I. Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Membro do Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta: uma proposta de discussão da legitimidade e dos limites da jurisdição constitucional – instrumentos teóricos e práticos”, vinculado ao CNPq e coordenado pela professora pós-doutora Mônia Clarissa Hennig Leal. ORCID: <<https://orcid.org/0000-0003-2863-1755>>. E-mail: <[sa\\_94@hotmail.com](mailto:sa_94@hotmail.com)>.

objetivo de proteger direitos humanos violados pelos Estados aderentes ao sistema. Destaca-se, nesse cenário, a proteção dos grupos em situação de vulnerabilidade, haja vista que esses grupos muitas vezes precisam recorrer a órgãos externos para ver garantidos seus direitos.

Diante desse contexto, exsurge a problemática a ser debatida ao longo deste trabalho: Quais as discussões teóricas, tais como as diferenças terminológicas entre os conceitos “minorias” e “grupo vulnerável”, e as novas formas que as sentenças proferidas pela Corte IDH vêm adquirindo (sentenças estruturantes), que circundam a temática da atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos na proteção de grupos em situação de vulnerabilidade?

Assim, o objetivo central calca-se na pesquisa e abordagem do tema, a fim de enriquecer os debates teóricos sobre tal assunto ainda pouco debatido no Brasil. Adota-se, para tanto, o método dedutivo, partindo-se de uma perspectiva geral para a particular. Num primeiro momento, aborda-se o surgimento e a evolução do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos; depois, a análise de termos como “minorias”, “grupos vulneráveis” e “grupos em situação de vulnerabilidade”, em razão das confusões teóricas que assombram esse ponto. Por fim, verificar-se-á como vêm se estruturando as sentenças proferidas pela Corte IDH quando está em pauta a proteção de direitos de grupos em situação de vulnerabilidade.

**Palavras-chave:** direitos humanos; Corte Interamericana de Direitos Humanos; grupos em situação de vulnerabilidade; políticas públicas; sentenças estruturantes.

## Objetivos

Objetivo geral: aprofundar as discussões teóricas, tais como as diferenças terminológicas entre os conceitos “minorias” e “grupo vulnerável”, e as novas formas que as sentenças proferidas pela Corte IDH vêm adquirindo (sentenças estruturantes), que circundam a temática da proteção dos grupos em situação de vulnerabilidade.

Objetivos específicos: a) discorrer sobre o surgimento, a evolução e o **âmbito de atuação do Sistema Interamericano de**

**Proteção aos Direitos Humanos;** b) investigar as diferenças terminológicas entre os conceitos de grupos vulneráveis, minorias e grupos em situação de vulnerabilidade; c) analisar a atuação da Corte IDH na proteção de grupos em situação de vulnerabilidade, por meio das suas sentenças estruturantes.

## Metodologia

Utilizar-se-á, para o desenvolvimento deste trabalho, o método de abordagem dedutivo, partindo-se de uma perspectiva geral para a particular, sendo que inicialmente se analisará o contexto de surgimento e evolução do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos. Num segundo momento, se abordará as diferenças terminológicas que circundam os conceitos de grupos vulneráveis, minorias e grupos em situação de vulnerabilidade. Por fim, será analisada a atuação da Corte IDH, por meio das suas sentenças estruturantes, quando em jogo direitos de grupos em situação de vulnerabilidade.

## Referencial teórico

O Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos surgiu e se fortaleceu após as atrocidades cometidas no decorrer da Segunda Guerra Mundial. É um sistema que tem como aparato institucional dois órgãos: a Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (PIOVESAN, 2000). A Comissão tem como principal função a promoção de direitos humanos, por meio da promoção de eventos que abordem a temática e publicação de obras informativas, bem como por meio da recepção de denúncias de violações de direitos humanos cometidas pelos Estados aderentes ao Sistema, e posterior investigação e processamento, podendo, ao final, levar o caso ao conhecimento da Corte Interamericana.

A Corte IDH, por sua vez, desempenha uma competência consultiva e jurisdicional, sendo a última calcada na prerrogativa de processar e julgar os casos de violações de direitos humanos, trazidos ao seu conhecimento pela comissão. Ressalta-se, quanto a esse ponto, que somente os Estados que reconhecem a competência jurisdicional da Corte IDH podem ser processados e julgados por ela. O Brasil, notadamente, reconheceu a compe-

tência jurisdicional apenas em dezembro de 1998, e, assim sendo, somente os fatos ocorridos após essa data puderam e podem ser levados à apreciação da corte (GORCZEVSKI, 2009).

Nesse contexto, o principal documento que rege o Sistema Interamericano intitula-se Convenção Americana sobre Direitos Humanos, muito conhecida como Pacto São José da Costa Rica, promulgado em 1969. Entretanto, o Brasil a ratificou apenas em 1992. Frisa-se, contudo, que não apenas a convenção deve ser observada pelos Estados, mas também todo o aparato legislativo internacional, isto é, todo o corpo iuris interamericano, que abarca convenções, declarações, pactos, tratados e inclusive a jurisprudência da Corte IDH (TRINDADE, 2000).

Diante dessa lógica de proteção, a atuação do Sistema Interamericano destaca-se ainda mais ante violações que atingem grupos em situação de vulnerabilidade, haja vista que não raramente se veem desamparados no âmbito interno, encontrando refúgio, assim, no âmbito internacional. Ocorre que pouco se debatem, no campo teórico, as diferenças terminológicas que circundam conceitos como “grupos vulneráveis”, “minorias” e “grupos em situação de vulnerabilidade”. Essa diferenciação acarreta consequências práticas, principalmente quando se quer pensar em estratégias de proteção e implementação de políticas públicas. Dessa forma, pontua-se que tanto minorias como grupos vulneráveis sofrem pressão e opressão social. Entretanto, enquanto os grupos vulneráveis não detêm um traço cultural comum, as minorias são indivíduos que se conectam entre si, contam com uma identidade, um traço cultural comum, a citar como exemplo os indígenas (SIQUEIRA; CASTRO, 2017).

Ademais, verifica-se que a atuação da Corte IDH vem se dando de forma diferenciada nos últimos anos, especificamente a partir dos anos 2000, quando em jogo direitos de grupos em situação de vulnerabilidade, haja vista que as sentenças, antes proferidas no intuito de reparar os danos sofridos, hoje, além desse aspecto, abordam uma questão preventiva (ROJAS, 2015). Trata-se, pois, das sentenças estruturantes, que, em última análise, se consubstanciam pelo aspecto preventivo e pela proibição de não repetição da violação, trazendo, no seu bojo, a determinação de implementação de políticas públicas que visam, justamente, tra-

balhar para que novas violações no mesmo sentido não voltem a ocorrer. Assim, a corte, quando diante de uma situação de violação estruturante – isto é, uma violação que se repete em determinado Estado –, tende a adotar medidas estruturantes, voltando-se para a raiz do problema, e não somente para o caso concreto levado para a sua apreciação (LEAL; ALVES, 2016).

## Conclusão

A partir do que foi exposto, procurando responder uma problemática suscitada no início do trabalho É possível dizer que a lógica de proteção de direitos humanos, adotada pelo Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos, vem se fortalecendo, o que fica evidenciado pela nova estrutura das sentenças proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos quando em jogo, principalmente, direitos de grupos em situação de vulnerabilidade, haja vista que, em geral, as violações estruturantes abarcam grupos que se encontram nessa situação. Trata-se, pois, das sentenças estruturantes, que para além de abarcar as questões de reparação e indenização da vítima, adota uma postura preventiva, buscando a proibição de repetição da violação de direitos humanos, o que se faz possível, ao fim e ao cabo, por meio da determinação de implementação de políticas públicas. Ademais, referiu-se que tanto grupos vulneráveis como minorias estão em posição de desvantagem na sociedade. Entretanto, enquanto os primeiros não contam com um traço cultural comum, os **últimos** compartilham de uma identidade, aspecto que deverá ser observado quando se pensar em implementar políticas públicas voltadas para esses grupos.

## Referências

ABRAMOVICH, Víctor. De las violaciones masivas a los patrones estructurales: nuevos enfoques y clásicas tensiones en el sistema interamericano de derechos humanos. **Revista Internacional de Derechos Humanos**, v. 6, n. 11, p. 7-39, dez. 2009.

CASTILLO DAUDÍ, Mireya. **Derecho internacional de los derechos humanos**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

GORCZEWSKI, Clovis. **Direitos humanos, educação e cidadania: conhecer, educar, praticar**. 1. ed. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2009.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **A Constituição como princípio: os limites da jurisdição constitucional brasileira**. Barueri: Manole, 2003.

\_\_\_\_\_; ALVES, Felipe Dalenogare. A Corte Interamericana de Direitos Humanos como indutora de políticas públicas estruturantes: o exemplo da educação em direitos humanos – uma análise dos casos Ximenes Lopes e Gomes Lund versus Brasil – perspectivas e desafios ao cumprimento das decisões. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**, n. 15, p. 287-300, out. 2016. Disponível em: <<http://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/318>>. Acesso em: 3 out. 2018.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. In: MAIA, Luciano Mariz; LIRA, Yulgan (Org.). **Controle de convencionalidade: temas aprofundados**. Salvador: Juspodivim, 2018. p. 23-67.

OSUNA, Néstor. Las sentencias estructurales. Tres ejemplos de Colombia. In: BAZÁN, Víctor. **Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales: la protección de los derechos sociales – las sentencias estructurales**. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2015. p. 91-117.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Los Derechos Fundamentales**. 8. ed. Madrid: Tecnos, 2004.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

ROJAS, Claudio Nash. Tutela judicial y protección de grupos: comentário al texto de Néstor Osuna “Las sentencias estructurales. Tres ejemplos de Colombia”. In: BAZÁN, Víctor. **Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales: la protección de los derechos sociales – las sentencias estructurales**. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2015. p. 125-145.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; CASTRO, Lorena Roberta Barbosa. Minorias e grupos vulneráveis: a questão terminológica como fator

preponderante para uma real inclusão social. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)**, v. 5, n. 1, p. 105-122, 2017.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil (1948-1997): as primeiras cinco décadas**. 2. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2000.

# As teorias dialógicas e da margem de apreciação (nacional e do legislador) sob a ótica da Corte Interamericana de Direitos Humanos e do Supremo Tribunal Federal<sup>1</sup>

Mônia Clarissa Hennig Leal<sup>2</sup>

Maria Valentina de Moraes<sup>3</sup>

## Resumo

Diante da proteção multinível que se estabelece pelo reconhecimento de ordens jurídicas internacionais e de tratados

<sup>1</sup> Este resumo expandido foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Código de Financiamento 001, e é resultante das atividades do projeto de pesquisa “‘Fórmulas’ de aferição da ‘margem de apreciação do legislador’ (Beurteilungsspielraum des Gesetzgebers) na conformação de políticas públicas de inclusão social e de proteção de minorias pelo Supremo Tribunal Federal e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos”, financiado pelo CNPq (Edital Universal – Edital 14/2014 – Processo 454740/2014-0) e pela FAPERGS (Programa Pesquisador Gaúcho – Edital 02/2014 – Processo 2351-2551/14-5), coordenado pela professora pós-doutora em Direito Mônia Clarissa Hennig Leal. A pesquisa é vinculada ao Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta” (CNPq) e desenvolvida junto ao Centro Integrado de Estudos e Pesquisas em Políticas Públicas – CIEPPP (financiado pelo FINEP) e ao Observatório da Jurisdição Constitucional Latino-Americana (financiado pelo FINEP), ligados ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC.

<sup>2</sup> Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC (Santa Cruz do Sul, RS, Brasil), onde ministra as disciplinas de Jurisdição Constitucional e de Políticas Públicas, respectivamente. Doutorado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos (São Leopoldo, RS, Brasil), com pesquisas realizadas junto à Ruprecht-Karls Universität Heidelberg, na Alemanha. Pós-Doutorado na Ruprecht-Karls Universität Heidelberg (Alemanha). Coordenadora do Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta”, vinculado ao CNPq. Bolsista de produtividade em pesquisa do CNPq. ORCID: < <https://orcid.org/0000-0002-3446-1302>>. E-mail: moniah@unisc.br.

<sup>3</sup> Mestranda no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direitos Sociais e Políticas Públicas da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, na linha de pesquisa Constitucionalismo Contemporâneo. Bolsista PROSUC/CAPES e Bolsista CAPES no Processo nº 88887.156773/2017-00, Edital PGCI nº 02/2015, Universidade de Santa Cruz do Sul (Brasil) e Universidad de Talca - Centro de Estudios Constitucionales de Chile – CECOCH (Chile). Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Membro do Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta: uma proposta de discussão da legitimidade e dos limites da jurisdição constitucional – instrumentos teóricos e práticos”, vinculado ao CNPq e coordenado pela professora pós-doutora Mônia Clarissa Hennig Leal. E-mail: mariavalentina.23@hotmail.com.

garantidores de direitos humanos, discutir as relações entre jurisdição nacional e interamericana mostra-se necessário. Nesse cenário, teorias como a da margem de apreciação e do diálogo jurisdicional e institucional, no tocante à relação entre Poderes em âmbito nacional, ganham destaque, uma vez que permitem a articulação entre distintos ordenamentos. Questiona-se, assim, como referidas teorias vêm sendo utilizadas pelo Supremo Tribunal Federal e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos na prática. Para tanto, utilizam-se, para a abordagem, o método dedutivo e, para o procedimento, o método analítico, a partir da análise jurisprudencial e bibliográfica. É possível afirmar, ante a análise realizada, a pouca utilização das teorias da margem de apreciação, em ambos os níveis, e uma ainda tímida abertura à adoção de posturas dialógicas, sendo poucas as decisões nas quais ocorre um diálogo que busque uma maior efetivação de direitos humanos e fundamentais.

**Palavras-chave:** Corte Interamericana de Direitos Humanos; jurisprudência; Supremo Tribunal Federal; teoria da margem de apreciação; teorias dialógicas.

## Objetivos

Pretende-se discutir as teorias da margem de apreciação nacional e do legislador, bem como as teorias que sustentam o diálogo jurisdicional e o diálogo institucional, quanto a suas origens e características. Busca-se analisar, ainda, os posicionamentos jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal e da Corte Interamericana de Direitos Humanos quanto ao reconhecimento da margem de apreciação, e a adoção, ou não, de posturas dialógicas por parte desses tribunais.

## Metodologia

Utiliza-se, na pesquisa desenvolvida, o método dedutivo, sendo realizada uma análise teórica, em relação às teorias que embasam as discussões apresentadas no presente artigo, trazendo-se considerações da doutrina nacional e estrangeira sobre os

temas desenvolvidos, especialmente no tocante ao controle de convencionalidade, e às teorias da margem de apreciação e do diálogo. Como método de procedimento, utiliza-se o método analítico, por meio da análise jurisprudencial de decisões proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e pelo Supremo Tribunal Federal, a fim de compreender como esses tribunais vêm utilizando as teorias referidas.

## Referencial teórico

A teoria da margem de apreciação nacional, pouco utilizada pelas cortes internacionais, tem sua origem no direito administrativo europeu (SALDANHA; BRUM, 2015), mais especificamente na França, onde passa a ser utilizada, como um critério, pelo Conseil d'Etat, "a propósito del control de la discrecionalidad administrativa o *pouvoir discrétionnaire*, en casos paradigmáticos como el *arrêt Gomel (1914)* o el más conocido *arrêt La grande*" (ESTAY, 2014, p. 378). Desde a década de 1980, contudo, a margem também passou a ser utilizada pelo Conseil Constitutionnel como um mecanismo para que estabeleça se em determinados casos a atuação legislativa se encontra dentro de um espaço de decisão política (ESTAY, 2014).

Diante desse reconhecimento da teoria e seu posterior desenvolvimento jurisprudencial e doutrinário, referida margem pode ser considerada, nesse sentido, "una actitud judicial de deferencia hacia las autoridades internas, al estar ubicadas en una mejor sede para el enjuiciamiento de ciertos conflictos de intereses y responder democráticamente ante sus electorados" (ROCA, 2007, p. 142). Entretanto, "no puede ocultarse su débil construcción jurisprudencial y las inseguridades que ocasiona" (ROCA, 2007, p. 142), o que se pretende discutir no presente capítulo, as quais permitem distorções práticas de sua aplicabilidade que podem acarretar um enfraquecimento dos sistemas de proteção de direitos humanos. Embora as discussões acerca da aplicabilidade da margem de apreciação e dos seus limites estejam mais presentes na ordem internacional – sendo a origem da teoria europeia –, é necessário observar como esse espaço de decisão legislativa é reconhecido no âmbito interno, na relação

entre Poderes do Estado, especialmente ante o fato de que a teoria de Montesquieu foi pensada em um contexto muito distinto do atual.

Assim, a divisão criada por Montesquieu e da qual decorre a atual divisão de funções adotada em muitos Estados, "apesar de seu status canônico, [...] nos mantêm cegos para a surgimento, em nível mundial, de novas formas institucionais que não podem ser categorizadas como legislativas judiciárias ou executivas" (ACKERMANN, 2014, p. 15) e que refletem as complexidades sociais atuais. As teorias dialógicas configuram-se, por sua vez, como contraposições às teorias que defendem a existência de uma última palavra definitiva e imutável quanto ao sentido da Constituição Federal (MENDES, 2008). Sob a perspectiva dialógica, "as decisões, tomadas em qualquer um dos poderes, passam a ter um caráter parcialmente definitivo, pois podem ser contestadas em outras instâncias públicas" (CLÈVE; LORENSETTO, 2015, p. 189).

Reside nessa característica um dos fatores comuns às teorias dialógicas: a rejeição da noção de última palavra – atribuindo-lhe caráter provisório – que, aliada à recusa de um monopólio de interpretação judicial da Constituição Federal, configura-se como elemento basilar do diálogo entre poderes (MENDES, 2008). Elas reconhecem a falibilidade das instituições, suas virtudes e fraquezas, adotando uma concepção realista sobre as mesmas – o que não é reconhecido ou adequadamente trabalhado em teorias supremacistas –, e entendendo que o sentido da Constituição é dado por uma interação complexa entre os poderes, e entre estes e a sociedade (BRANDÃO, 2012). O diálogo é, dessa maneira, algo além de uma ferramenta, que permite "1) compensar un poder con otro poder y 2) distribuir funciones entre cuerpos diferenciados, también puede ser 3) un aparato deliberativo, un mecanismo que permita un chispeante intercambio de motivos institucionales" (MENDES, 2014).

A realização do diálogo ocorre por meio do controle de convencionalidade – seja pela Corte, seja pelos tribunais nacionais –, sendo a modalidade de diálogo realizada entre a Corte Interamericana (órgão jurisdicional do sistema de proteção internacional de direitos humanos) e o Supremo Tribunal Federal brasileiro

(na condição de mais alto tribunal do país) o chamado “diálogo vertical”, ou seja, aquele “entre un tribunal internacional y los tribunales nacionales que integran dicho sistema” (BAZAN, 2012, p. 50), e que será analisado no presente capítulo. Essa forma de diálogo implica “el seguimiento de los tribunales nacionales de sentencias o estándares fijados por los tribunales internacionales o supranacionales que tienen un carácter vinculante para los operadores jurídicos domésticos” (ALCALÁ, 2014, p. 518), em razão das obrigações firmadas pelos Estados internacionalmente.

## Conclusão

A análise jurisprudencial, no tocante às teorias da margem de apreciação, permite algumas conclusões, respondendo ao problema proposto: a) quanto à fundamentação das decisões em nível interno, é possível perceber a falta de fundamentos na relação entre poderes e no que se refere também aos próprios direitos tutelados, sendo poucas as decisões que enfrentam as temáticas com uma maior preocupação teórica; b) em nível interamericano, as decisões adentram mais em questões que se mostram essenciais em cada caso; c) o Supremo Tribunal Federal, embora traga ao debate a problemática quanto à separação de poderes, não adota uma postura de autocontenção, prevalecendo o posicionamento que defende a atuação judicial; d) a Corte Interamericana, por sua vez, embora também discuta as responsabilidades estatais, se autolimita, em regra estendendo sua competência interpretativa; e) a pouca utilização das teorias guarda relação também com a ausência de um argumento contrário que as sustente, seja por parte dos Estados em nível estrangeiro, seja por parte do Poder Legislativo, em âmbito doméstico.

Em relação às teorias dialógicas, é possível concluir que: a) a maioria das decisões em âmbito nacional, utilizadas como recorte as decisões envolvendo grupos em situação de vulnerabilidade, não fazem qualquer referência à possibilidade de um diálogo com os demais poderes; b) as referências às decisões interamericanas, em sua maioria, servem apenas como um reforço argumentativo, não caracterizando um diálogo vertical entre Supremo Tribunal Federal e Corte Interamericana de Direitos Hu-

manos; c) as decisões nas quais o Supremo Tribunal faz alguma referência ao caráter provisório de suas decisões indicam uma abertura ao diálogo, porém não garantem que esse diálogo ocorra de fato; d) a pouca preocupação em apresentar argumentos que indiquem a modificação de uma decisão prévia destaca-se como um ponto negativo na construção do diálogo institucional, uma vez que esses são essenciais para a uma justiça dialógica; e) os – poucos – casos em que há um efetivo diálogo entre poderes propiciam elementos para compreender como as teorias dialógicas podem ser construídas na prática, devendo ser mais explorados em razão das características positivas que contêm.

## Referências

- ACKERMANN, Bruce. Adeus, Montesquieu. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 265, p. 13-23, jan./abr. 2014.
- BAZÁN, Víctor. El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas. In: BAZÁN, Víctor; NASH, Claudio. **Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales: El control de convencionalidad**. Colombia: Unión Gráfica Ltda., 2012. p. 17-55.
- BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.
- CLÈVE, C. M.; LORENSETTO, B. M. Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 2, n. 3, p. 183-206, set./dez. 2015.
- GARCÍA ROCA, Javier. La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía y integración. **Teoría y realidad constitucional**, Madrid, n. 20, 2007, p. 117-143.
- MARTINEZ ESTAY, José Ignacio. Auto Restricción, Deferencia y Margen de Apreciación. Breve análisis de sus orígenes y de su desarrollo. **Estudios Constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales**, Talca, v. 1, p. 365-396, 2014.
- MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo, 2008. 219 f. Tese: Doutorado em

Ciência Política. Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo.

\_\_\_\_\_. Una división de poderes deliberativa: entre el diálogo y la última palabra. In: GARGARELLA, R. **Por una justicia dialógica: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática**. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2014.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto Nogueira. El uso de las comunicaciones transjudiciales por parte de las jurisdicciones constitucionales en el derecho comparado y chileno. In: ALCALÁ, H. N.; ZELADA, L. G. **Jurisprudencia del Tribunal Constitucional ante los derechos humanos y el derecho constitucional extranjero**. Santiago: Librotecnia, 2014. p. 509-570.

SALDANHA, J. M. L.; BRUM, M. M. A margem nacional de apreciação e sua (in)aplicação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em matéria de anistia: uma figura hermenêutica a serviço do pluralismo ordenado? **Anuário Mexicano de Derecho Internacional**, México, v. XV, p. 195-238, 2015.

## Pobreza na infância e adolescência brasileira: a atuação do UNICEF e o princípio da municipalização

---

Johana Cabral<sup>1</sup>

Maria Carolina dos Santos Costa<sup>2</sup>

### Tema

A pobreza na infância e adolescência brasileira e a atuação do UNICEF.

### Problema

Considerando a pesquisa “Pobreza na Infância e na Adolescência”, apresentada pelo UNICEF em agosto de 2018, onde consta a informação de que 61% das crianças e dos adolescentes brasileiros são afetados pela pobreza, em suas múltiplas dimensões, qual a atuação do UNICEF para o enfrentamento das violações aos direitos decorrentes dessa situação e a importância do princípio da municipalização para a modificação da realidade local?

### Hipótese

O Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF) tem atuado para reduzir a pobreza que atinge crianças e adolescentes

---

1 Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense – UNESC. Bacharel em Direito pela UNESC. Especialista em Direito Civil e em Direito Processual Civil pela Universidade Anhanguera – UNIDERP. Especialista em Direito da Criança e do Adolescente e Políticas Públicas pela UNESC. Integrante do Núcleo de Pesquisa em Estado, Política e Direito – NUPED e do Núcleo de Pesquisa em Direito da Criança e do Adolescente e Políticas Públicas, da UNESC. O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Código de Financiamento 001. E-mail: johanacabral712@hotmail.com.

2 Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense – UNESC. Bacharel em Direito pela UNESC. Integrante do Núcleo de Pesquisa em Estado, Política e Direito – NUPED e do Núcleo de Pesquisa em Direito da Criança e do Adolescente e Políticas Públicas, da UNESC. E-mail: mariacarolinacosta@hotmail.com.br.

brasileiros. Uma de suas iniciativas é o Selo UNICEF, uma parceria com os municípios do Semiárido e da Amazônia Legal Brasileira, voltada para a redução das desigualdades e a garantia dos direitos de crianças e adolescentes. O Selo UNICEF (2017-2020) visa contribuir com o fortalecimento das políticas públicas destinadas a crianças e adolescentes, desenvolvendo as capacidades dos gestores municipais, e estimulando a mobilização social e a participação dos próprios adolescentes. Tem como base o princípio da municipalização, e atua em articulação com os demais atores do sistema de garantias de direitos. O princípio da municipalização é essencial à modificação do cenário atual, visto que é na esfera municipal onde mais bem se identificam as violações e necessidades de intervenções, a fomentar não apenas a formulação de políticas públicas, como também a fiscalização e elaboração da lei orçamentária.

## Metodologia

Para o desenvolvimento do artigo será utilizado o método dedutivo, o qual, consoante o entendimento clássico, parte do geral para o particular (PRODANOV; FREITAS, 2013). Segundo Prodanov e Freitas (2013, p. 27), “[a] partir de princípios, leis ou teorias consideradas verdadeiras e indiscutíveis, prediz a ocorrência de casos particulares com base na lógica”.

O método de procedimento será o monográfico. Tal método corresponde ao estudo aprofundado de casos, desde indivíduos, grupos, comunidades e até mesmo instituições (MARCONI; LAKATOS, 2010). “A investigação deve examinar o tema escolhido, observando todos os fatores que o influenciaram e analisando-o em todos os seus aspectos” (MARCONI; LAKATOS, 2010, p. 90).

Por sua vez, as técnicas de pesquisa utilizadas serão a bibliográfica, a qual “[...] coloca frente a frente os desejos do pesquisador e os autores envolvidos em seu horizonte de interesse” (MINAYO, 1994, p. 53) e a documental indireta, que trata do “[...] levantamento de dados de variadas fontes, quaisquer que sejam os métodos ou técnicas empregadas” (MARCONI; LAKATOS, 2010, p. 157).

## Resultados e discussões

De acordo com a pesquisa “Pobreza na Infância e na Adolescência”, realizada pelo Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF) e publicada em agosto de 2018, no Brasil, 6 em cada 10 crianças e adolescentes vivem na pobreza. Ou seja, 61% de meninas e meninos brasileiros encontram-se em situação de pobreza, o que inclui a pobreza monetária e/ou a privação de um ou mais direitos, dentre os quais os direitos à educação, informação, trabalho infantil, moradia, saneamento e água:

Educação, informação, proteção contra o trabalho infantil, moradia, água e saneamento foram as dimensões consideradas pelo UNICEF para esta análise, realizada com base na Pnad 2015. A ausência de um ou mais desses direitos coloca meninas e meninos em situação de ‘privação múltipla’, uma vez que os direitos de crianças e adolescentes são indivisíveis. (UNICEF, 2018a, p. 5).

O documento mencionado detalha os referidos dados: considerando a situação de pobreza monetária, são mais de 18 milhões de crianças e adolescentes vivendo em domicílios com renda per capita insuficiente para adquirir a cesta mensal básica. Isso representa 34,3% de crianças e adolescentes nessa condição. O estudo ainda aponta que quase 27 milhões de crianças e adolescentes encontram-se com um ou mais direitos negados, o que corresponde à 49,7% do total de crianças e adolescentes. Dos que vivenciam a privação dos direitos, “[o]s mais afetados são meninas e meninos negros, vivendo em famílias pobres monetariamente, moradores de zona rural e das Regiões Norte e Nordeste” (UNICEF, 2018a, p. 5).

A pesquisa destaca que a pobreza na infância e na adolescência possui múltiplas dimensões, as quais vão além do dinheiro. Ou seja, pobreza é mais que renda. Consiste na resultante da relação entre as privações, as exclusões e as diversas vulnerabilidades que afetam diretamente o bem-estar. Por sua vez, no que tange às privações, ressalva a existência de 13,9 mil crianças e adolescentes que não têm acesso a nenhum dos seis direitos analisados. Trata-se de um dado alarmante, que indica a existência de uma parcela significativa de jovens completamente à margem, sem acesso às políticas públicas (UNICEF, 2018a).

Ao ratificar a Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1989 (Decreto nº 99.710/90), o Brasil se comprometeu a assegurar às crianças (o que, conforme preceitua a convenção, é toda pessoa com menos de 18 anos de idade) a proteção e o cuidado necessários para o seu bem-estar. Comprometeu-se, ainda, a garantir que toda criança tenha o direito à vida, cabendo-lhe tutelar, ao máximo, a sobrevivência e o pleno desenvolvimento (BRASIL, 1990a).

A Constituição Federal de 1988 adotou o paradigma da proteção integral e estabeleceu, no art. 227, caput, a tríplice responsabilidade compartilhada, ao elencar o dever da família, da sociedade e do Estado em assegurar às crianças, aos adolescentes e aos jovens os direitos “[...] à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária [...]” (BRASIL, 1988). Tais direitos devem ser assegurados com absoluta prioridade. Além disso, as crianças e os adolescentes deverão ser protegidos de toda e qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, crueldade e opressão.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) reforça a previsão constitucional e cria um complexo sistema de garantias de direitos. No art. 3º, dispõe que a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana. A eles devem ser asseguradas todas as oportunidades e facilidades, que promovam o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade. Dentre as linhas de ação da política de atendimento estão “serviços, programas, projetos e benefícios de assistência social de garantia de proteção social e redução das violações de direitos, seus agravamentos ou reincidências” (art. 87, inciso II). Por sua vez, ao estabelecer as diretrizes da política de atendimento, elenca a municipalização do atendimento (art. 88, inciso I). Portanto, o Estatuto protetivo assegura a proteção integral a crianças e adolescentes, os quais, como sujeitos de direitos, não podem sofrer violações aos seus direitos e garantias fundamentais (BRASIL, 1990b).

A municipalização, seja na formulação de políticas locais, por meio do CMDCA, seja solucionando seus conflitos mais simples e resguardando diretamente os direitos fundamentais

infantojuvenis, por sua própria gente, escolhida para integrar o Conselho Tutelar, seja, por fim, pela rede de atendimento formada pelo Poder Público, agências sociais e ONGS, busca alcançar eficiência e eficácia na prática da doutrina da proteção integral. (AMIN, 2014, p. 71).

Ciente da importância do princípio da municipalização para a superação das condições locais de violação aos direitos de crianças e adolescentes, bem como de sua missão no amparo e na proteção, o UNICEF implementou o Selo UNICEF com o objetivo de proteger os direitos da população infantojuvenil por meio da capacitação de gestores municipais, do incentivo à participação de adolescentes e da mobilização social, buscando a consolidação de políticas públicas relacionadas às crianças e adolescentes.

Os municípios, através do selo, se comprometem com a confecção de um plano municipal de enfrentamento aos problemas mais expressivos da localidade, além de diagnosticar em que situação se encontra essa parcela da população. As ações envolvem as políticas públicas relacionadas à educação, à saúde e à assistência social. O compromisso envolve, ainda, a partir da análise de indicadores e da realização de fóruns, o controle sobre os efeitos das ações realizadas (UNICEF, 2018b).

Através do Guia de dicas de políticas públicas, documento contendo ações eficazes já praticadas, os municípios participantes são incitados à diminuição das desigualdades. As chamadas Ações de Validação vêm acompanhadas da melhor maneira de ser implantadas, servindo como norteadoras para a comunidade e para a gestão municipal (UNICEF, 2018b).

O documento traz ainda em seu conteúdo o conceito de políticas públicas, procedimentos adotados pelo Poder Público de modo a concretizar a proteção e os direitos da sociedade. Para tanto, afirma que esse conjunto de ações voltadas para crianças e adolescentes deve conter a mobilização da comunidade, ser bem constituído e possuir bons atributos (UNICEF, 2018b). Assim, o UNICEF tem atuado, buscando a superação das violações por meio do fortalecimento de políticas públicas, e demonstrando o quanto é necessário, para que os direitos da criança e do adolescente sejam garantidos, que haja a participação da sociedade civil, bem como o engajamento dos gestores públicos.

## Referências

AMIN, Andréa Rodrigues. Evolução histórica do direito da criança e do adolescente. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 59-72.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 2 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao\\_compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao_compilado.htm)>. Acesso em: 15 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990a**. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d99710.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm)>. Acesso em: 15 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990b**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8069Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069Compilado.htm)>. Acesso em: 15 nov. 2018.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de metodologia científica**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MINAYO, Maria Cecília de Souza (Org.). **Pesquisa social: teoria, método e criatividade**. Petrópolis: Vozes, 1994.

PRODANOV, Cleber Cristiano; FREITAS, Ernani Cesar de. **Metodologia do trabalho científico: métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico**. 2. ed. Novo Hamburgo: Feevale, 2013.

UNICEF – Fundo das Nações Unidas para a Infância. **Pobreza na infância e na adolescência**. 2018a. Disponível em: <[https://www.unicef.org/brazil/pt/pobreza\\_infancia\\_adolescencia.pdf](https://www.unicef.org/brazil/pt/pobreza_infancia_adolescencia.pdf)>. Acesso em: 15 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. **Guia de dicas de políticas públicas: dicas para garantir os direitos das crianças e dos adolescentes nos municípios participantes do Selo UNICEF**. 2018b. Disponível em: <<http://www.selounicef.org.br/sites/default/files/2018-08/Guia%20de%20Dicas%20de%20Políticas%20Publicas.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2018.

## O processo na modernidade: uma análise/crítica acerca do excessivo protagonismo da magistratura e da necessidade de se democratizar os processos judiciais

---

Fernando Barros Martinhago<sup>1</sup>

Reginaldo de Souza Vieira<sup>2</sup>

### Tema

O protagonismo da magistratura e a democratização dos processos judiciais.

### Problema

Considerando o atual protagonismo dos magistrados nos processos judiciais e o riscos que sua excessiva participação/ingerência pode causar, questiona-se: Quais medidas/instrumentos podem ser adotadas(os) para tornar a cultura processual mais democrática?

### Hipótese

Tendo em vista a previsão da soberania compartilhada no art. 1º, parágrafo único, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, entende-se necessária a construção de um

1 Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense – PPGD/UNESC. Participante do Núcleo de Pesquisa em Estado, Política e Direito – NUPED. Taxista PROSUP/CAPEs. E-mail: fernando.phn7@gmail.com.

2 Mestre e Doutor em Direito pelo Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Atualmente é professor titular da Universidade do Extremo Sul Catarinense, atuando nos cursos de Direito e Odontologia. Professor, pesquisador e coordenador adjunto do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD/UNESC). Professor e pesquisador do Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Socioeconômico (PPGDS/UNESC). É coordenador do Núcleo de Estudos em Estado, Política e Direito (NUPED/UNESC) e do Laboratório de Direito Sanitário e Saúde Coletiva (LADSSC/UNESC). E-mail: prof.reginaldovieira@gmail.com.

aparato técnico que possibilite uma participação mais democrática na atual práxis processual brasileira. Percebe-se também que a arbitragem e as audiências públicas de caráter deliberativo, utilizadas, respectivamente, nos planos individual e coletivo, podem ser consideradas soluções aptas para tal fim.

## Metodologia

Para a realização da presente pesquisa utilizar-se-á como método de abordagem o método dedutivo, uma vez que terá seu início em teorias e hipóteses, e seguirá em direção a aplicações práticas. Em outras palavras, o presente estudo tem como objetivo explicar, em um primeiro momento, o conteúdo das premissas para posteriormente analisá-las, a fim de confirmar ou não as hipóteses levantadas.

No que se refere aos procedimentos para a realização do estudo proposto, seguindo Marconi e Lakatos (2010), pretende-se lançar mão do método monográfico, que “[...] consiste no estudo de determinados indivíduos, profissões, condições, instituições, grupos ou comunidades, com a finalidade de obter generalizações”. Em relação às técnicas de pesquisa, pretende-se utilizar das técnicas bibliográfica e documental consideradas respectivamente “fontes secundárias” e “fontes primárias”. A primeira,

técnica bibliográfica, [...] abrange toda [a] bibliografia já tornada pública sobre em relação ao tema de estudo, desde publicações avulsas, revistas, livros pesquisas, monografia, teses, [...] meios de comunicação oral: rádio, gravações em fita magnética e audiovisuais [...]

Já a segunda, “técnica documental”, por sua vez, envolve documentos públicos (como legislação, publicações parlamentares entre outros), documentos particulares (como os de instituições de ordem privada e públicas etc.) e fontes estatísticas (como características da população, fatores econômicos, meios de comunicação etc.).

## Resultados e discussões

Ao longo da história, diante das reformas processuais liberais, sociais e neoliberais, o magistrado deixou de exercer uma função de mero expectador e passou a adquirir certo protagonismo. Porém, surge o questionamento: Até que ponto esse protagonismo judicial é válido? É possível afirmar, diante de tais reformas, que o protagonismo judicial beneficia a lógica processual?

Acerca desse protagonismo do juiz há muita divergência entre os autores. Enquanto alguns o defendem, considerando algo positivo, outros o criticam, afirmando a necessidade de tornar o processo mais democrático.

Dentre aqueles que defendem esse protagonismo está José Renato Nalini (2006, p. 267-269), que afirma que a lei atual é imperfeita, e por isso o único modo de ser aplicada sem causar injustiças é o intelecto do juiz, pois ele é o único capaz de decodificá-la, aperfeiçoá-la e completá-la, extraíndo dela um sentido possível.

Já entre aqueles que criticam esse protagonismo do magistrado é possível destacar Antoine Garapon (2001, p. 62, grifos nossos). O autor afirma que, ao se submeter tudo à apreciação do magistrado, “[...] ligamo-nos a novos sacerdotes que **tornam o objetivo da cidadania sem efeito**. Isso desvaloriza o papel do cidadão, confinado a ser um consumidor, um telespectador ou um litigante. **O risco é de [...] se confiscar a soberania**”.

É possível perceber que um modelo processual governado e dirigido unicamente por um juiz pode gerar uma carência de legitimidade que impede “uma real democratização do processo, que pressupõe uma interdependência entre os sujeitos processuais, uma corresponsabilidade entre estes e, especialmente, um policentrismo processual” (NUNES, 2012, p. 195).

Mas o que seria então essa democratização do processo, defendida pelos opositores do protagonismo do juiz, e como poderia ser alcançada?

De acordo com Dierle José Coelho Nunes (2012), a democratização do processo permitiria o afastamento da ideia de privilégio cognitivo por parte do julgador, e asseguraria, ao

mesmo tempo, a implantação de um espaço discursivo participativo de formação das decisões. Segundo o autor, tal modelo somente será obtido mediante a assunção da corresponsabilidade social e política de todos os interessados – isto é, juízes, partes, advogados, órgão de execução do Ministério Público e serventários da Justiça –, de acordo com os requisitos constitucionais e técnicos adequados, de modo a se construir um novo procedimento que atenda às exigências tanto de legitimidade como de eficiência técnica. O referido autor destaca ainda que a participação dos sujeitos e o policentrismo processual, de modo geral, buscam o abandono da atual postura vocacionada a cidadãos infantilizados e carentes de um salvador, que é respectiva de sistemas de dominação totalitaristas (NUNES, 2012, p. 200).

Acerca de tais apontamentos, cumpre salientar o entendimento de que, para que essa democratização da práxis processual se concretize cabalmente, faz-se necessário que, a priori, ocorra uma redefinição de objetos, sujeitos e processos que preze pela inclusão da sociedade como legítima titular de bens. Em outras palavras, diante do contexto atual e do acúmulo de processos no Judiciário, é preciso repensar o modelo processual moderno de modo que se assegure uma participação mais democrática e se possibilite a abertura de “espaço para novas práticas jurídicas em favor do Estado, dos indivíduos, e da Sociedade” (PILATI, 2015, p. 25).

Diante de tal concepção, há três pontos que merecem ser considerados: primeiro, a abertura desse espaço para novas práticas jurídicas em favor do Estado, dos indivíduos e da sociedade deve ser assegurada tanto no âmbito coletivo como individual, ou seja, deve possibilitar uma participação mais democrática na resolução dos conflitos coletivos e individuais (PILATI, 2015). Em segundo lugar, a necessidade de tornar o processo mais democrático, possibilitando uma maior participação popular, pode ser confirmada pela máxima contida no parágrafo único do art. 1º da CRFB/88, onde se assegura que todo o poder emana do povo, e que este pode exercê-lo de forma indireta, a partir de representantes, ou de forma direta (BRASIL, 2018).

Por fim, se faz necessário destacar que o objetivo por trás dessa democratização do processo moderno não é transferir a “soberania atribuída ao juiz” para a sociedade, mas sim assegurar uma soberania (com)partilhada entre ambos – afinal, a sociedade já é detentora originária e legítima de tal soberania. Ao se assegurar uma maior participação democrática no processo, não se deve ter por objetivo retirar a função jurisdicional atribuída ao juiz e transferi-la para a sociedade de forma geral, mas sim abrir novos espaços para práticas jurisdicionais mais democráticas, permitindo que se participe de forma mais efetiva e deliberativa (PILATI, 2015, p. 25-27)

Acerca da construção de um novo paradigma processual que possibilite uma participação mais democrática na resolução dos conflitos coletivos e individuais, pode-se destacar como possível solução a aplicação de audiências públicas e arbitragem, respectivamente.

## Referências

- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 15 de nov.2018.
- GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia**. Rio de Janeiro: Revan, 2001.
- MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de metodologia científica**, 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- NALINI, José Renato. **A rebelião de toga**. Campinas: Millennium, 2006.
- NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais**. Curitiba: Juruá, 2012.
- PILATI, José Isaac. **Audiência pública na Justiça do Trabalho**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

# O princípio da juridicidade no controle da Administração Pública do Estado Democrático de Direito

Vinícius Filipin<sup>1</sup>

## Tema abordado

A pesquisa apresenta como temática principal o princípio da juridicidade administrativa e, como objetivo geral, analisar sua operatividade no controle da Administração Pública do Estado Democrático de Direito.

## Problema de pesquisa

Esta pesquisa pretende investigar como e em que medida a operatividade do princípio da juridicidade incide no controle da Administração Pública brasileira. O problema de pesquisa matriz encontra expressão na seguinte pergunta: Quais efeitos a ampliação do sentido da legalidade ao da juridicidade administrativa operam no âmbito do controle judicial da Administração Pública?

## Hipóteses

Conjugando-se o problema de pesquisa com os objetivos implicados na pesquisa, emergem as seguintes hipóteses:

a) O Estado de Direito revelou, em sua origem, um verdadeiro Estado de Leis, dando à legalidade administrativa uma posição de inquestionável destaque nos estudos de Direito Administrativo, em especial porque no Estado Liberal, onde a lei adquiriu

completa relevância, tinha-se a ideia de que apenas a legalidade estrita poderia conter os arbítrios do chefe do Poder Executivo, como acontecera no absolutismo que, em tese, colocava-se fim;

b) Na doutrina brasileira, a legalidade predominou sob a feição de vinculação positiva da Administração à lei, conforme a noção desenvolvida no direito francês. Assim, a lei apresentava-se como formadora do direito, sendo a administração sua mera executora, que encontrava na legalidade tanto a sua própria condição de validade como os seus limites de atuação. Vale dizer, a Administração não poderia agir exceto se legitimada pelo direito legislado, tal como sintetizado na frase de Hely Lopes Meirelles, pela qual “enquanto na administração particular é lícito fazer tudo o que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza”;

c) Contudo, parte da doutrina administrativista contemporânea alerta que, para uma compreensão exata e com responsabilidade científica acerca do conceito do princípio da legalidade, há de se considerar que o mesmo se desdobra em várias espécies normativas, aqui importando sua acepção como postulado, a qual não mais adota significado estrito da “primazia da lei”, ampliando-se para submeter a atividade administrativa à lei e ao Direito, sob pena de ser invalidado. Tem-se, assim, o que a doutrina tem denominado de “legalidade lato sensu”, “bloco de legalidade” ou, conforme aqui adotado, “juridicidade”;

d) O princípio da juridicidade administrativa é um imperativo que impõe seja a Administração Pública submetida à lei e ao Direito. Decorre, com efeito, da falência do referencial liberal que via na Administração Pública mera executora da lei, bem como da falência da própria lei, naquilo que a doutrina aponta como “crise da lei formal”, mormente pelas consequências negativas produzidas pela vinculação positiva estrita à lei, como o formalismo exagerado, a inflação legislativa, a insegurança jurídica e a crise da democracia representativa. Cria-se, assim, uma mudança no parâmetro da legalidade, o que não importa em descrédito à legalidade estrita, e sim na concepção de que ela, per si, não é suficiente como único elemento que componha a validade da ação da Administração Pública;

e) A fim de garantir que o sistema jurídico alcance sua própria legitimidade, faz-se necessário que as mesmas normas que

<sup>1</sup> Mestrando em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). Especialista em Direito do Estado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Professor do Bacharelado em Direito do Instituto Brasileiro de Gestão de Negócios (IBGEN/UNIFTEC). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito Administrativo e Gestão Pública da Faculdade de Direito de Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). Advogado. E-mail: vini.filipin@gmail.com.

atribuem poder se façam seguidas de modos de controle e, como visto, toda norma de conduta consiste, simultaneamente, em uma norma de controle. Assim, o controle da atividade administrativa, sistematizado, no Direito Administrativo brasileiro, no controle interno ou administrativo (exercido pela própria Administração Pública) e no controle externo (exercido pelo Poder Judiciário e pelo Poder Legislativo), bem como a própria responsabilização do Estado, revela-se imprescindível à efetividade da submissão da função administrativa ao ordenamento jurídico e, por consequência, aos direitos e às garantias fundamentais dos cidadãos.

## **Metodologia**

A escolha do tema não é uma opção neutra. Parte-se da premissa de que a legalidade estritamente considerada não atende às necessidades da Administração Pública contemporânea. Nesse sentido, a legalidade administrativa passa a ser compreendida como parte de um movimento maior. Assim, a submissão da Administração Pública à lei deve considerar as características que conduzem à ampliação à juridicidade. Esta se constitui, em síntese, sendo o polo de análise com qual se buscará trabalhar todo o tempo. No outro eixo analítico, encontram-se a legitimidade e o preceito democrático enquanto seus justificadores. O método de abordagem, portanto, é o dialético, o qual permitirá uma análise mais completa, já que não se fundamenta na análise da juridicidade em si, mas se relaciona, necessariamente, à realidade, a partir de sua incidência no controle da Administração Pública, sendo parte constitutiva do movimento do real. Quanto à organização propriamente dita, adotou-se, na organização geral, um caminho dedutivo, partindo-se do geral ao particular. Para tanto, dividiu-se em duas partes gerais: da primeira constam as bases constitucionais do Direito Administrativo no Estado Democrático de Direito; da segunda, as análises que conduzem para além da legalidade estrita, ou seja, ao princípio da juridicidade no controle da Administração Pública.

## **Resultados**

O Estado, a fim de tutelar os interesses públicos, deve possuir seus meios de controle. Com a concepção estrita de

legalidade, o controle é igualmente estrito e, invariavelmente, mais tímido, sobretudo o externo, cingindo-se a analisar se a Administração Pública cumpriu, ou não, a lei. Doutra banda, se a sujeição da Administração Pública se amplia da legalidade estrita à juridicidade, o refinamento do controle de seus atos conduz à sua igual ampliação. Buscou-se, assim, analisar os limites e as possibilidades do controle da juridicidade da Administração Pública, sobretudo a fim de perquirir quais efeitos e manifestações concretas que a aludida ampliação opera no âmbito da Administração Pública do Estado Democrático de Direito, certo de que a submissão do Estado a mecanismos de controle é elemento indissociável da noção de Estado de Direito.

A par dos meios tradicionalmente referidos em sede de controle da Administração Pública, foi no controle administrativo externo que se constatou frequentes as discussões quanto aos limites e possibilidades da juridicidade na Administração Pública. O controle externo realiza-se quando o órgão fiscalizador ou controlador encontra-se em outra Administração ou Poder daquele donde a conduta administrativa foi originada. O ponto de partida do exame da incidência da legalidade no controle da Administração Pública passa, invariavelmente, pela análise da vinculação ou discricionariedade do ato administrativo. Quanto aos atos vinculados, ou seja, em relação àqueles que a lei fixa as competências dos órgãos do Estado, indicando com exatidão a conduta a ser tomada, construiu-se a noção pela qual a apreciação do Poder Judiciário poderia se dar sob todos os aspectos. Assim, é controlável o seu motivo, a manifestação da vontade, a forma, o objeto e a finalidade, pois requisitos descritos na lei de forma a obstar o arbítrio por parte da Administração Pública.

Doutra banda, os atos praticados em razão de competência discricionária, definida como aquela que confere o poder de escolha, ou seja, o poder que se relaciona com o “se” e com o “como” da ação, vinha definindo-se a vedação do seu exame a partir de todos os aspectos. Neste sentido, o controle judicial dos atos administrativos, sobretudo dos de natureza discricionária, eram restritos à análise da legalidade, sendo vedada a apreciação do mérito pelo Poder Judiciário, sob pena de afronta ao princípio constitucional da separação de poderes. No entanto, a história

do controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário experimentou significativa ampliação da revisão judicial, tendo iniciado no âmbito do Direito Administrativo Disciplinar. A extensão do controle judicial dos atos administrativos é, seguramente, um dos temas mais controversos do Direito Administrativo. No entanto, reconhece-se que a doutrina hodierna é majoritária em entender que mesmo os atos discricionários, ou seja, aqueles cujo mérito implica juízo de conveniência e oportunidade por parte do administrador podem, excepcionalmente, apresentar nulidades e, conseqüentemente, serem controlados pelo Poder Judiciário.

A juridicidade dos atos administrativos guarda relação com a extensão do próprio controle e da real conformação de um Estado Democrático de Direito. No entanto, não é singela a discussão quanto à extensão do controle, sobretudo judicial, da Administração Pública. Parte posiciona-se favoravelmente ao controle restrito, ou seja, que deve o Poder Judiciário ficar adstrito ao controle de legalidade estrita. A defesa desse posicionamento é justificada pela impossibilidade da ingerência do Judiciário em atividades típicas do Executivo, como pretensa decorrência do princípio da separação de poderes. Por essa razão, cinge-se o Judiciário à legalidade em sentido estrito, principalmente porque os integrantes desse Poder não possuem mandato eletivo e, portanto, não gozam da legitimidade necessária à apreciação dos aspectos relevantes ao interesse público. Assim, o controle judicial do ato administrativo deve apreciar apenas matéria relativa à competência, forma e licitude do objeto. De outro lado, há forte orientação ao controle amplo, fundamentada que, em sistemas com separação de poderes, o poder deve deter o poder, cabendo sempre ao Judiciário a jurisdição e, logo, o controle jurisdicional da Administração, sem que se fale em ingerência indevida. De fato, a Administração Pública está subordinada não apenas à lei, pois esta é parte de um todo ponderável e sistêmico que deve justificar os atos administrativos.

Passou-se, assim, à análise de julgados que guardam respeito ao controle da juridicidade, do que se constatou que, pelo menos no recorte jurisdicional realizado – limitado ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal –, não restarem claros quais são os critérios definidores do real sentido

que a legalidade, ou sua ausência, confere à Administração Pública de modo a possibilitar sua ampliação à juridicidade. Ainda assim, a interpretação do conjunto de regras e princípios da Administração Pública é utilizada pelo Poder Judiciário brasileiro, havendo casos de inegável vinculação contra legem, ao arrepio do que formalmente estabelece a lei formal, extraindo-se, invariavelmente, o devido fundamento numa otimizada aplicação da Constituição.

Portanto, a noção restrita do princípio da legalidade administrativa não mais corresponde às necessidades do mundo contemporâneo. Não se constituiu a lei como limite à atividade administrativa, pois deve ela constituir própria substância do agir do Poder Público. O princípio da legalidade dá espaço ao princípio da juridicidade administrativa. A Administração Pública não é livre, pois antes vinculada, principalmente, às normas constitucionais e, principalmente, aos direitos fundamentais. O estágio atual do Estado Democrático de Direito exige um modelo jurídico em que a juridicidade inclua, cada vez mais, legitimidade e moralidade, e não somente a legalidade. Mais que cumprir a legalidade, a vinculação à juridicidade diz da legitimidade da própria atuação do Estado hodierno. A juridicidade representa, portanto, o meio através do qual se efetiva a principal consequência da constitucionalização do Direito Administrativo – justamente ligar de forma direta a Administração Pública aos princípios constitucionais.

O princípio da juridicidade não representa a mitigação da legalidade administrativa. Ao contrário, a reforça e legitima, pois garante o respeito aos princípios do Estado Democrático de Direito. Ao afirmar a submissão do agir da Administração Pública aos direitos e fundamentos consagrados na Constituição Federal, o princípio da juridicidade se afigura uma poderosa e imprescindível ferramenta capaz de obstar o avanço cada vez mais progressivo de medidas que se configuram verdadeiros e graves retrocessos sociais. Não se pode admitir que, sob o manto da aparente legalidade, seja dificultada a consecução efetiva do principal objetivo da Administração Pública, qual seja, o de assegurar e promover os direitos e garantias fundamentais da maior autoridade de um Estado Democrático de Direito: Sua Excelência, o povo.

# O papel do Supremo Tribunal Federal e a candidatura avulsa no Brasil

Marília Medeiros Piantá

## Resumo

Este artigo tem por objetivo examinar o papel do Supremo Tribunal Federal na apreciação do ARE n. 1.054.490, no qual se discute a possibilidade de candidatura avulsa no Brasil. A análise percorre o estudo dos partidos políticos como organismos de representação democrática popular; a jurisprudência do STF acerca da hierarquia normativa dos tratados internacionais; a adequação do direito interno ao internacional; e a importância do pleno exercício dos direitos políticos. Pretende-se verificar se o STF, ao reconhecer repercussão geral ao tema, agiu nos limites de atuação da sua jurisdição constitucional.

**Palavras-chave:** Candidatura Avulsa. Filiação Partidária. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Jurisdição Constitucional. Pacto de São José da Costa Rica.

## Introdução

O debate acerca da possibilidade da candidatura avulsa vem ganhando destaque no cenário nacional. Essa visibilidade desponta como produto da profunda crise de representatividade política das agremiações partidárias, assim como da recente decisão do Supremo Tribunal Federal, que reconheceu repercussão geral ao tema candidatura avulsa, apesar de disposição constitucional que estabelece a filiação partidária como condição de elegibilidade.

Para compreensão da problemática, são imprescindíveis o estudo da gênese dos organismos de representação popular, a jurisprudência do STF acerca da hierarquia dos tratados inter-

nacionais, a adequação do direito interno ao internacional, e a importância do pleno exercício dos direitos políticos.

Utilizando-se o método dedutivo e por meio de pesquisa bibliográfica, pretende-se examinar se cumpre ao STF o papel de decidir sobre o tema.

## Problema

O Supremo Tribunal Federal, ao reconhecer repercussão geral ao tema “candidatura avulsa” no ARE n. 1.054.490, acenando a possibilidade de afastar a condição de elegibilidade da filiação partidária, prevista no art. 14, § 3º, V, da Constituição Federal, extrapolou os limites de atuação da sua jurisdição constitucional?

## Hipótese

A Constituinte de 1988 foi contundente ao demonstrar a intenção de dedicar papel central aos partidos políticos na democracia nacional: arrolou o pluralismo político como um dos fundamentos da República no art. 1º, V; a liberdade de associação no art. 5º, XVII; a autonomia partidária e o pluripartidarismo, no art. 17; e a filiação partidária como condição de elegibilidade, figurando como eixo central da verdadeira opção pelo sistema representativo.

São eles, os partidos políticos, os interlocutores entre o povo e poder. Nas palavras de Caggiano (1995, p. 18):

Consequentemente, ao partido é cometida a notável tarefa de mediação entre os dois polos [eleitores/representados e eleitos/representantes], exatamente no ensejo de viabilizar o implemento objetivo do cânone da representação, qual seja, o equilíbrio social, suporte do ideal democrático. Nesse terreno, o partido passa a configurar peça integrante do processo governamental.

De outro vértice, não se desconhece que a atual jurisprudência do STF atribui natureza supralegal às disposições do Pacto de São José da Costa Rica, internalizado no ordenamento jurídico por meio do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992 (STF, RE nº 466.343/SP, Relator: Ministro Cezar Peluso).

Contudo, doutrinadores como Flávia Piovesan, Antônio Augusto Cançado Trindade, Flávio Gomes, Valério Mazzuoli e Ingo Sarlet defendem a hierarquia constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos. Ferreira (2015, p. 79) resume a questão:

Em conclusão, tanto os tratados com status constitucional (§ 2º, art. 5º) e aqueles equivalentes às emendas constitucionais (§ 3º, art. 5º) integram o bloco de constitucionalidade, não havendo razão para qualquer distinção entre eles, porquanto ostentam a mesma natureza, extraídos de dispositivos distintos e em momentos históricos diferentes, sendo tais os únicos fatos dignos de nota, sob pena de, inutilmente, tornar complexo o que o Parlamento levou muito tempo para tentar simplificar por meio de uma emenda constitucional. Em face da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no entanto, como se viu, haverá tratados equivalentes às emendas constitucionais (§ 3º, art. 5º) comungando a natureza desses diplomas, bem como tratados de direitos humanos com caráter supralegal compreendendo tanto aqueles aprovados antes da EC 45 como aqueles ratificados posteriormente, mas, sem o quórum qualificado.

O art. 23.2 do Pacto de São José da Costa Rica dispõe que

A lei pode regular o exercício dos direitos e oportunidades, a que se refere o inciso anterior, **exclusivamente** por motivo de idade, nacionalidade, residência, idioma, instrução, capacidade civil ou mental, ou condenação, por juiz competente, em processo penal. (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1969, grifo nosso).

Equivale dizer, no plano internacional, que a filiação partidária não figura como requisito ao exercício dos direitos políticos.

## Conclusão

Considerando, como ensina Mazzuoli (2011, p. 30), que o sistema de direitos e garantias tem uma dupla fonte normativa – ou seja, direito interno e direito internacional –, é consentânea à jurisdição constitucional empreender interpretação que se harmonize aos tratados internacionais, sem que se possa opor ao Supremo Tribunal Federal excesso ou indevido exercício de sua competência jurisdicional.

## Referências

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARE n. 1.054.490**. QO/RJ. Relator: Ministro Roberto Barroso. DJe 05 nov. 2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14474833>. Acesso em: 14 nov. 2018.

CAGGIANO, Monica Herman Salem. **Oposição na política**: proposta para uma rearquitetura da democracia. São Paulo: Angelotti Ltda., 1995.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**, Costa Rica, 22 de novembro de 1969. Disponível em: [https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm). Acesso em: 25 nov. 2018.

FERREIRA, Marcelo Ramos Peregrino. **O controle de convencionalidade da lei da ficha limpa**: direitos políticos e inelegibilidades. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.



**CAPÍTULO 2**  
**GT2: ESTADO, MERCADO E**  
**SOCIEDADE: EQUAÇÕES DE**  
**EQUILÍBRIOS.**

# A possibilidade de impetração do mandado de segurança coletivo pelo Ministério Público

## *The possibility of impetration of the collective security mandate by the Public Ministry*

Marina Gomes de Souza<sup>1</sup>

### Resumo

O mandado de segurança coletivo é uma garantia constitucional instituída pela Constituição Federal de 1988 que visa cessar lesão ou ameaça de lesão a direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, podendo ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, sindicatos, entidades de classe ou associações legalmente constituídas há mais de um ano, na defesa dos interesses dos seus membros. Contudo, a Carta Política conferiu ao Ministério Público a proteção dos direitos difusos e coletivos e, ao seu turno, o microsistema constitucional de tutela de interesses transindividuais, composto pelo conjunto de leis a que se integra, corroboram a legitimidade do Ministério Público para a defesa dos direitos transindividuais, difusos, coletivos e individuais homogêneos. O presente estudo pretende verificar a possibilidade da extensão da legitimidade para a impetração do mandado de segurança coletivo pelo Ministério Público, no uso de suas atribuições constitucionalmente instituídas, a partir de uma análise da doutrina pertinente ao tema.

<sup>1</sup> Advogada especializada em Direito de Família e Sucessões, integrante da equipe do Escritório Madaleno Advogados Associados, vinculada ao Programa de Mestrado em Direito da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP), membro do grupo de pesquisa Tutelas à Efetivação dos Direitos Transindividuais, sob a coordenação do professor Dr. Handel Martins Dias. E-mail: marina\_gsouza@hotmail.com.

**Palavras-chave:** Ampliação. Atribuições institucionais. Legitimidade ativa. Mandado de segurança coletivo. Ministério público.

### Abstract

The collective security order is a constitutional guarantee instituted by the Federal Constitution of 1988, which intends to cease lion or threat of injury to net and certain right, not covered by *habeas corpus* or *habeas data*, and may be filed by a political party with representation in the National Congress, trade unions, class entities or associations legally constituted more than a year ago, in the defense of the interests of its members. However, the Political Charter gave the Public Ministry the protection of diffuse and collective rights and, in turn, the constitutional micro-system of protection of transindividual interests, composed of the set of laws to which it belongs, corroborate the legitimacy of the Public Prosecution Service for the defense of transindividual, diffuse, collective and individual homogeneous rights. The present study intends to verify the possibility of extending the legitimacy for the impetration of the collective security order by the Public Prosecutor's Office, in the use of its constitutionally instituted attributions, based on an analysis of the doctrine pertinent to the theme.

**Keywords:** Active legitimacy. Collective writ of mandamus. Enlargement. Institutional assignments. Public ministry.

### Considerações iniciais

Até a entrada em vigor da Carta Política de 1988, inexistia no ordenamento jurídico pátrio o instituto do mandado de segurança coletivo, instituído pelo inciso LXX, do artigo 5º, em cujas alíneas a e b restou atribuída a legitimação ativa do writ aos partidos políticos com representação no Congresso Nacional, às organizações sindicais, às entidades de classe e às associações legalmente constituídas há pelo menos um ano.

Mais de dez anos após a promulgação da Constituição Federal, o mandado de segurança, em suas duas modalidades, foi regulamentado, ainda que de forma deficiente, pela lei nº. 12.016/2009. Seguindo a linha do dispositivo constitucional, o artigo 21 da referi-

da lei atribuiu a legitimação ativa para a impetração do mandamus coletivo aos partidos políticos com representação no Congresso Nacional, às organizações sindicais, às entidades de classe e às associações legalmente constituídas há pelo menos um ano.

Contudo, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 129, inciso III, delegou ao Ministério Público a proteção dos direitos difusos e coletivos e, ao seu turno, o microsistema constitucional de tutela de interesses transindividuais, composto pelo conjunto de leis a que se integra, quais sejam, a Lei da Ação Civil Pública, o Código de Defesa do Consumidor, a Lei da Ação Popular, Lei de Improbidade Administrativa, Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei do Mandado de Segurança e o Estatuto do Idoso. Estes corroboram a legitimidade do Ministério Público para a defesa dos direitos transindividuais, difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Não obstante tenha o legislador originário delegado ao Ministério Público a proteção dos direitos difusos e coletivos (artigo 129, inciso III), aquele quedou-se silente sobre a possibilidade da proteção de tais direitos pela via do mandamus coletivo. Nesse contexto, o objetivo do presente artigo é verificar a possibilidade da extensão da legitimidade para a impetração do mandado de segurança coletivo pelo Ministério Público, no uso de suas atribuições constitucionalmente instituídas.

## O mandado de segurança coletivo na ordem jurídica brasileira

Dispõe o artigo 5º, inciso LXIX, da Constituição Federal de 1988, que

conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público. (BRASIL, 1988).

Em seguimento, o inciso LXX do suprarreferido dispositivo legal elenca o rol dos legitimados a impetrar mandado de segurança na forma coletiva, quais sejam, partido político com representação no Congresso Nacional, organização sindical, entidade de classe

ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.

Embora a previsão constitucional do mandado de segurança na forma coletiva datasse de 1988, somente no ano de 2009 sobreveio legislação disciplinando, ainda que de forma precária, o writ. Ampliando a definição do mandamus, a lei nº. 12.016/09, em seu artigo primeiro, acrescentou que o remédio constitucional pode ser utilizado “sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça”.

Em verdade, não se tratava de uma nova lei, mas de antiga proposta datada do ano de 1996, anterior a importantes doutrinas e decisões dos tribunais pátrios a respeito do mandado de segurança coletivo que, entre outras disposições, reconheciam a sua aplicabilidade à tutela dos direitos coletivos, incluindo os direitos difusos, àquela época confundidos com meros interesses. Contudo, a legislação não acompanhou os escritos e a jurisprudência mais atualizada sobre o assunto (ZANETI JÚNIOR, 2011, p. 155-156).

De acordo com Moraes (2008, p. 162), o constituinte pretendeu facilitar o acesso ao juízo, autorizando que pessoas jurídicas defendam os interesses dos seus membros ou associados sem a necessidade de autorização ou de um mandado especial, objetivando, ainda, a evitação de múltiplas ações idênticas, a morosidade na prestação jurisdicional e o fortalecimento das organizações classistas.

O Código de Processo Civil de 2015 deixou de incluir o mandado de segurança entre os procedimentos especiais porque permanecem em vigor as disposições da lei nº. 12.016/09, assim como todas as lacunas e controvérsias por ela deixadas. Para Xavier e Dias, o mandado de segurança coletivo

ainda está aquém do esperado de um writ consagrado na Constituição como garantia fundamental para a proteção transindividual. Dotado de feições peculiares que o isolam como figura ímpar e sem precedentes na história jurídica pátria, o mandado de segurança coletivo ainda não alcançou

pleno amadurecimento, produto de duas décadas de vácuo legislativo e da dificuldade dos operadores do direito no trato de formas processuais para a tutela coletiva mercê de uma tradição que sempre compreendeu somente a tutela jurisdicional individual. (XAVIER; DIAS, 2016, p. 151).

Como pode ser visto, o mandado de segurança tem por objetivo precípuo a proteção de direitos individuais ou coletivos que foram ou poderão ser lesados por ato de autoridade, com a característica de celeridade processual, pela rapidez com que deve ser protegido o direito líquido e certo. O objetivo do mandamus é oferecer uma proteção rápida ao direito lesado do titular quando tal direito puder ser provado de plano, documentalmente, para que seja imediatamente cessada a ilegalidade ou o abuso de poder (FERREIRA, 1985, p. 03).

Um dos pontos mais polêmicos a respeito do writ coletivo está na definição do seu objeto, pois, como antes referido, a ação mandamental está entre os limites da versão individual e os instrumentos de tutela judicial de direitos coletivos, tal qual a ação civil pública. Mancuso, ao definir interesse coletivo, afirma que

aquele concernente a uma realidade coletiva, ou seja, o exercício coletivo de interesses coletivos; e não, simplesmente, aqueles interesses que apenas são coletivos na forma, permanecendo individuais quanto à finalidade perseguida, o que configuraria um exercício coletivo de interesses individuais. (MANCUSO, 1991, p. 65).

Optou o legislador ordinário por omitir-se de incluir dentre os direitos passíveis de proteção pelo writ os interesses difusos. Para efeito de segurança coletiva, estão incluídos os interesses individuais homogêneos (MORAES, 2008, p. 163). Zanetti Júnior (2011, p. 158) afirma que a corrente dominante nos tribunais brasileiros<sup>2</sup> e na melhor doutrina aderiu à tese ampliativa, pela qual o writ coletivo permitiria a defesa dos direitos coletivos lato sensu ou difusos dos direitos coletivos stricto sensu e dos individuais homogêneos.

A ação denominada mandado de segurança é gênero que se divide em individual e coletivo. As duas espécies do mandamus guardam semelhanças, quais sejam, a ofensa a um direito líquido

e certo, a existência de prova pré-constituída e a ilegalidade ou o abuso de poder, distinguindo-se na abrangência, guardadas as especificidades de cada modalidade.

O mandado de segurança coletivo segue o procedimento do mandado de segurança individual, havendo diferenciação na legitimação de que pode impetrá-lo na defesa de direitos ou prerrogativas coletivas. Zavascki (2006, p. 207) afirma que as consequências que decorrem da diferença do regime de legitimação ativa ultrapassam as aparências, na medida em que a substituição processual do mandado de segurança coletivo está agregada ao objetivo de autorizar que o substituto processual busque tutelar interesses de diversas pessoas.

Em outras palavras, o writ coletivo objetiva a proteção coletiva a um conjunto de direitos líquidos e certos, violados ou ameaçados por autoridade, transformando o mandado de segurança em um instrumento para a tutela coletiva de direitos, sendo uma ação coletiva (ZAVASCKI, 2006, p. 207). Para fins de mandado de segurança coletivo, direito coletivo pode ser entendido como aquele que pertence a uma coletividade ou categoria representada por partido político, organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída há pelo menos um ano.

Segundo Zanetti Júnior (2011, p. 164), “o adjetivo coletivo se refere à forma de exercer-se a pretensão mandamental, e não a pretensão deduzida em si mesma”. Nesse sentido, o mandado de segurança se presta à salvaguarda de direito coletivo, difuso ou individual, não podendo ser utilizado na defesa de direito individual ou de alguns filiados de partido político, sindicato ou associação, mas de toda a categoria que possua um direito (líquido e certo) ofendido (MEIRELLES, 1998, p. 07).

Nos termos do parágrafo único, do artigo 21, da lei nº. 12.016/09, poderão ser objeto de segurança coletiva os direitos coletivos, assim entendidos os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo ou categoria de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica (inciso I) ou os direitos individuais homogêneos, assim entendidos como os decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante (inciso II).

2 Conforme RE nº 181.438-1/SP, proferido pelo Tribunal Pleno do STF, tendo como relator o Ministro Carlos Velloso.

O objetivo do mandamus na forma coletiva, conforme leciona Aires Filho (1998, p. 33), é “afastar ou evitar uma lesão a direito social ou difuso, bastando a descoberta da ilegalidade ou abuso no exercício do direito”. Estes são elementos caracterizadores de uma ação coletiva a representação processual por terceiro não detentor do direito material e a extensão da coisa julgada (efeito erga omnes). No mandado de segurança coletivo, há o elemento da substituição processual, sendo indicados pela Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LXX, alíneas a e b, os legitimados ativos à propositura da ação, substitutos processuais dos titulares do direito material.

A decisão do mandado de segurança coletivo possui efeito erga omnes e produz efeitos para pessoas ausentes da relação processual, em razão da natureza dos objetos tuteláveis, contudo, a sentença fará coisa julgada somente em relação aos membros da categoria substituídos pelo impetrante (artigo 22 da lei nº. 12.016/09). O mandado de segurança não induz litispendência com relação às ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada não beneficiarão o impetrante individual caso ele não requeira a desistência do seu mandado de segurança no prazo de 30 dias da ciência da impetração da ação coletiva (artigo 22, parágrafo primeiro da lei nº. 12.016/09).

Assim como na forma individual, o prazo para a impetração do mandamus coletivo é de 120 dias, a contar da data em que o interessado tiver ciência do ato a ser impugnado. Trata-se de prazo decadencial que, portanto, não pode ser suspenso ou interrompido quando iniciado. O termo inicial é contado a partir do momento em que a ação ou omissão se torna exequível, ou seja, quando for capaz de lesar o direito do impetrante. Cessa o prazo decadencial na data da impetração, não havendo caducidade intercorrente (MEIRELLES, 1998, p. 28-30).

### Natureza jurídica

Como antes referido, grande parte da doutrina<sup>3</sup> classifica o mandado de segurança coletivo como uma ação coletiva, em razão das características daquele. Contudo, trata-se de uma ação cons-

titucional de natureza civil que segue o rito sumário, dependendo de prova documental pré-constituída que demonstre a existência do direito líquido e certo violado, sendo inadmitida a produção de provas no decorrer do trâmite.

Moraes (2008, p. 162) afirma que o mandado de segurança é “uma ação constitucional, de natureza civil, cujo objeto é a proteção de direito líquido e certo, lesado ou ameaçado de lesão, por ato ou omissão de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público”. Possuindo caráter de ação civil, aquele é regulado, de forma subsidiária, pelo Código de Processo Civil, no que não colide com o modelo e a finalidade próprios previstos pela legislação específica.

No tocante à natureza da prestação jurisdicional, Medina (2012, p. 202-203) classifica o mandamus coletivo como uma ação de conhecimento. Buzaid (1989) defende que a determinação da natureza da segurança varia conforme o pedido formulado pelo impetrante, podendo ser meramente declaratório, constitutivo ou condenatório. Celso Agrícola Barbi possui entendimento idêntico.

José da Silva Pacheco defende que, no tocante à natureza jurídica, trata-se de mandamento judicial para determinar a remoção dos óbices ou sustar os efeitos destes, a fim de fluir, sem empecilhos, direitos líquidos e certos. A sentença teria caráter mandamental, determinativa, ordenativa e obrigatória, devendo ser imediatamente cumprida, sem a necessidade de nova ação, como ocorre com uma sentença condenatória (MEDINA, 2012, p. 181). Pontes de Miranda também entende que a prestação jurisdicional no mandado de segurança possui caráter mandamental, pois o juiz ou tribunal manda, sendo o que ele determina o conteúdo desta prestação (MEDINA, 2012, p. 203).

O teor do artigo 26 da lei nº. 12.016/09 corrobora a natureza mandamental do writ ao prever como crime de desobediência o descumprimento da decisão proferida no processo, sem prejuízo das sanções administrativas e da imputação de crime de responsabilidade à autoridade coatora. O mandado de segurança, portanto, é uma ação civil de rito sumário especial destinada a cessar ofensa a direito individual ou coletivo, privado ou público, por meio de ordem impeditiva ou corretiva da ilegalidade, que deve ser cumprida especificamente pela autoridade coatora.

<sup>3</sup> Nesse sentido Pontes de Miranda, Alfredo Buzaid, Celso Agrícola Barbi, dentre outros.

Por ter natureza de ação civil, o mandato enquadra-se no conceito de causa, para fins de fixação de competência e produz todos os efeitos próprios de uma ação contenciosa (MEIRELLES, 1998, p. 08), diferenciando-se das demais ações por seu objeto e procedimento célere, utilizando-se subsidiariamente das regras processuais civis vigentes. Para entender a natureza jurídica do mandamus coletivo, inicialmente, há que ser verificada a essência deste, sobre a qual existem duas orientações, a partir do seu ingresso no ordenamento jurídico brasileiro pela Carta Política de 1988.

De um lado, alguns juristas consideram o mandato de segurança coletivo uma simples versão do individual, dele diferindo somente pela legitimidade para o seu ingresso. Carvalho Neto (2009, p. 168-173) entende que o mandato de segurança coletiva nada mais é do que um mandato de segurança impetrado pelas pessoas legitimadas. A diferença estaria na natureza do direito protegido, na medida em que a versão individual trata de direito líquido e certo de natureza singular, enquanto o writ coletivo tutela direito líquido e certo de natureza coletiva.

Relativamente ao conteúdo do mandato de segurança coletivo, alguns doutrinadores pregam tratar-se de uma forma especial de tutela de direitos coletivos, diferenciando-se, neste aspecto, da forma individual, inclusive quanto ao procedimento. Os defensores desta linha acreditam que o rito sumário do mandato de segurança individual não seria apropriado para a versão coletiva.

A lei nº. 12.016/2009 regulamentou as duas formas do mandato de segurança, com idênticos requisitos e pressupostos para a impetração, bem como para o procedimento. Assim, o mandamus coletivo se diferencia da modalidade individual “pelos elementos da causa, ou seja, pelo fato de o impetrante atuar como substituto processual de uma coletividade ou de um grupo de indivíduos e o bem jurídico tutelado corresponder a um direito coletivo, essencial ou acidentalmente considerado” (XAVIER; DIAS, 2016, p. 153).

O legislador ordinário estabeleceu três peculiaridades no procedimento do mandamus na forma coletiva, em razão da distinção do pedido mediato e, bem assim, repetiu a disposição constitucional no tocante à legitimação ativa e ao objeto. Reprisando o disposto no artigo 2º, da lei nº. 8.497/1992, o artigo 22, parágrafo

segundo da lei nº. 12.016/2009 dispõe que a tutela provisória no mandato de segurança coletivo só poderá ser concedida depois da audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que terá o prazo de 72 horas para se pronunciar sobre o pleito.

O artigo 22, da Lei do Mandado de Segurança, prevê um regime diferenciado no tocante à coisa julgada, na medida em que a sentença que julga o mandamus coletivo faz coisa julgada relativamente aos membros do grupo ou da categoria substituídos pelo impetrante. Nos termos do parágrafo primeiro, do artigo 21, da lei nº. 12.016/2009, o mandato de segurança coletivo não induz litispendência para as ações individuais. Os efeitos da sentença do writ beneficiarão somente os impetrantes individuais que, no prazo de 30 dias, a contar da ciência comprovada da impetração da segurança coletiva, requererem a desistência da ação individual.

Portanto, características do mandato de segurança individual não são suscetíveis de plena e automática aplicação à forma coletiva que, no entendimento de Zavascki (2006, p. 207), possui dupla função: de uma ação sumária que deve guardar os contornos do mandato de segurança original e de uma demanda coletiva que, sob pena de comprometer a sua natureza, não pode se limitar ao exame particular e individualizado dos direitos subjetivos tutelados.

A tutela de direitos metaindividuais pela via do mandato de segurança coletivo é possível ante a concepção liberal individual do Código de *Processo* Civil, que estabelece como inter partes os efeitos da sentença, aplicando-se àquela ação o sistema de coisa julgada constante do artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor<sup>4</sup>, integrante do microsistema coletivo.

O artigo 22, da lei nº. 12.016/2009 reforça este entendimento ao dispor que a sentença proferida no mandato de segurança

<sup>4</sup> Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada: I - erga omnes, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81; II - ultra partes, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81; III - erga omnes, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81 (BRASIL, 1990).

coletivo faz coisa julgada aos membros substituídos pelo impetrante. Inexistindo legislação infraconstitucional que regulamente de forma adequada o mandado de segurança coletivo, há o desafio da doutrina e da jurisprudência de viabilizar, por meio da hermenêutica, os meios e procedimentos adequados à tutela coletiva de direitos líquidos e certos, ameaçados ou lesados por autoridade (ZAVASCKI, 2006, p. 207).

Não se trata de uma ação plúrima, de litisconsórcio ativo facultativo, na qual podem ser identificados os titulares do direito, mas deve ser um meio adequado a uma ação que trata coletivamente da controvérsia, ou seja, uma demanda em que, de certa forma, haverá juízos genéricos e impessoais. Nesse sentido, Zavascki (2006) afirma ser indispensável a aplicação das normas do mandado de segurança singular, de forma subsidiária, assim como das regras e princípios que regem as ações coletivas.

A respeito do objeto do mandamus coletivo, prevalece o entendimento de que abrange tanto os direitos coletivos em sentido estrito, como os direitos individuais homogêneos (XAVIER; DIAS, 2016, p. 154-155). Todavia, há discussão no que tange à possibilidade da tutela de direitos difusos ou transindividuais de natureza indivisível dos quais sejam titulares pessoas indeterminadas e vinculadas por circunstâncias de fato, nos termos do artigo 81, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor.

De acordo com a corrente restritiva, o mandamus não poderia tutelar tais direitos. Defendendo este entendimento, Silva (1990, p. 131-145) afirma não ser possível debater interesses difusos em sede de mandado de segurança coletivo, tendo em vista o caráter sumário e documental da ação. No entender do autor, somente poderia ser defendido o direito líquido e certo, e não um mero interesse, pelo que os interesses difusos não poderiam ser protegidos pelo mandado de segurança coletivo.

Sem levar em consideração a distinção entre direitos e interesses, surge um posicionamento mais brando, o qual admite a proteção dos direitos difusos por meio do mandado de segurança coletivo, quando impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional. Nesse sentido, não seria admitida a impetração por organizações sindicais, entidades de classe e associações legalmente constituídas e em funcionamento há pelo

menos um ano, pois, conforme dispõe a alínea b, do inciso LXX, do artigo 5º, da Carta Magna, ao ser impetrado por estes legitimados, o writ deve tratar da defesa dos seus associados ou membros.

Contudo, a maior parte da doutrina passou a defender a possibilidade de impetração do mandado de segurança coletivo para a tutela de qualquer interesse ou direito coletivo lato sensu, incluindo os difusos, na medida em que a defesa desses interesses está prevista expressamente na legislação e, estando equiparados interesses e direitos difusos, a natureza do mandado de segurança não pode servir de óbice à tutela deste por esse meio (XAVIER; DIAS, 2016, p. 156). Grinover (1990, p. 18-22) afirma que as alíneas do artigo 5º, inciso LXX, estão voltadas à tutela de todas as categorias de interesses e direitos.

Não obstante as posições divergentes, ao regulamentar o mandado de segurança coletivo, o legislador acolheu a posição restritiva, sustentada por Ovídio Baptista, e deixou de incluir os direitos difusos entre tutelados pelo writ. Conforme previsão do parágrafo único, do artigo 21 da lei nº. 12.016/2009, podem ser protegidos pela via do mandado de segurança coletivo os direitos transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo ou categoria de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica, assim como os direitos individuais homogêneos, decorrentes de origem comum e atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante.

Em que pese a omissão legislativa, cuja intenção era de afastar a categoria de direitos difusos do alcance da proteção do mandado de segurança coletivo, o entendimento dominante dentre os doutrinadores é de que a lacuna legislativa não impede o manuseio do mandamus para a defesa de direitos difusos, pois, sendo o mandamus um instrumento constitucional que objetiva a tutela dos direitos metaindividuais, deverá incluir todas as categorias de direitos coletivos (XAVIER; DIAS, 2016, p. 157).

Zanetti Júnior (2006, p. 207-208) defende que qualquer legislação infraconstitucional ou interpretação restritiva são inconstitucionais, pois a interpretação da norma deverá ocorrer conforme a Carta Política, sendo vedado o retrocesso social na defesa dos interesses coletivos. Portanto, o mandado de segurança

deve ser interpretado segundo o princípio da máxima efetividade, cabendo ser lembrada a previsão constante no artigo 83, do Código de Defesa do Consumidor, o qual prevê a admissão de todas as espécies de ações capazes de tutelar de forma adequada os direitos e interesses protegidos pelo microsistema processual, não podendo ser excluído deste rol o mandamus coletivo.

De acordo com Zavascki (2006, p. 207-208), existe divergência entre aqueles que entendem tratar-se o mandado de segurança coletivo de instrumento de defesa de direitos coletivos e direitos individuais e os que defendem tratar-se apenas de instrumento para a tutela coletiva de direitos subjetivos individuais, possuindo, este segundo posicionamento, a chancela do Supremo Tribunal Federal<sup>5</sup>.

A defesa dos interesses metaindividuais é admitida, ainda que de modo implícito, pelo Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 83 e de forma explícita pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

Ferraresi faz referência ao Estatuto da Criança e do Adolescente para reforçar o entendimento de que o writ na forma coletiva deverá servir à proteção e garantia dos direitos difusos. O parágrafo segundo, do artigo 212, da lei nº. 8.069/1990, inserido no capítulo “Da Proteção Judicial dos Interesses Individuais, Difusos e Coletivos”, dispõe que caberá ação mandamental, regida pelas normas da Lei do Mandado de Segurança, em desfavor de atos ilegais ou abusivos de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público que lesem direito líquido e certo previsto na referida lei (BRASIL, 1990a). Assim, de acordo com Ferraresi (2009, p. 242-243), no âmbito do direito da infância e da juventude, quando houver lesão a direito líquido e certo, seja difuso, coletivo ou individual homogêneo, por ato ilegal ou abusivo de autoridade pública ou agente no exercício de função pública, poderá ser impetrado o mandamus por qualquer dos legitimados.

Zavascki (2006, p. 210-211) leciona que a inovação trazida pelo inciso LXX, do artigo 5º, da Constituição Federal foi a de transformar o mandado de segurança coletivo em instrumento para a

tutela de direitos subjetivos individuais e não propriamente de direitos coletivos. No entender do autor, poderia ser denominado de uma nova espécie de ação coletiva de mandado de segurança.

### **A legitimidade ativa no mandado de segurança coletivo**

No mandado de segurança coletivo, diferentemente do que ocorre na modalidade individual, o direito de agir é exercido por quem não é o verdadeiro titular da pretensão (AIRES FILHO, 1998, p. 33). Independentemente da legitimação, a função do writ é afastar ou evitar lesão a direito coletivo ou difuso, bastando a demonstração da ofensa a direito líquido e certo. A legitimidade ativa é extraordinária, ocorrendo a substituição processual do efetivo titular do direito, sendo dispensável a autorização dos membros, associados ou filiados (MORAES, 2008, p. 166).

Conforme previsão do artigo 5º, inciso LXX, alíneas a e b, o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional ou organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados. Independentemente da legitimação, a função do remédio constitucional é afastar ou evitar lesão a direito coletivo ou difuso, bastando a demonstração da ilegalidade (direito líquido e certo).

Alguns autores entendem que o rol do inciso LXX do artigo 5º, da Constituição Federal não poderia ser interpretado de forma restritiva, de modo que outros legitimados poderiam decorrer do próprio texto constitucional e dos princípios e leis infraconstitucionais relacionados à tutela coletiva. Em contrapartida, outros possuem o entendimento de que o rol dos legitimados previstos pela Carta Magna e pela legislação específica seria taxativo.

Para ajuizar qualquer ação não basta que o autor detenha legitimidade, sendo requisito indispensável o interesse de agir, mesmo no caso do substituto processual, que deverá ostentar interesse próprio, distinto e cumulado com o interesse do substituído. No caso do mandamus coletivo, cumpre ser comprovada a existência de relação de pertinência e compatibilidade entre a

<sup>5</sup> STF, Pleno – MS 20.936, Relator Ministro Sepúlveda Pertence – RTJ 142:446.

razão de ser da entidade impetrante e o teor do direito lesado ou ameaçado de lesão (ZAVASCKI, 2006, p. 213-214).

Estando ausente este elo de referência entre o direito pleiteado e a razão de ser de quem o afirma, estará ausente uma das condições essenciais da ação.

### Partidos políticos

O artigo 21, da lei nº. 12.016/2009 dispõe que o mandado de segurança coletivo poderá ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária.

Conforme lecionam Xavier e Dias:

A legitimação especial outorgada pela Constituição Federal aos partidos políticos reside, na feliz síntese de Nelson Nery Júnior, na função política por eles exercida.<sup>25</sup> Os partidos políticos são essenciais para a conservação do Estado Democrático de Direito, pois se destinam a assegurar, no interesse do regime democrático, a autenticidade do sistema representativo e a defender os direitos fundamentais definidos na Constituição. (XAVIER; DIAS, 2016, p. 160).

O partido político poderá impetrar mandado de segurança coletivo na defesa de seus membros ou da sociedade, sendo que, em qualquer dos casos, estará buscando proteger direitos de terceiros. O legislador incluiu o requisito da pertinência do tema, limitando a legitimidade dos partidos políticos no mandado de segurança coletivo à defesa dos seus integrantes ou à finalidade partidária.

Os partidos políticos, com representação no Congresso Nacional, podem impetrar o mandamus para a proteção de qualquer direito líquido e certo relacionado com a sua finalidade institucional, quando violada por ato de autoridade ou agente no exercício de função pública.

O Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Mandado de Segurança nº. 197/DF, entendeu que o partido político não possui legitimidade para impetrar segurança coletiva em favor dos aposentados brasileiros, diante da impossibilidade de atuação legítima

para defender em juízo milhões de funcionários inativos, que não são, na sua totalidade, filiados ao partido e não autorizaram a impetração do mandado de segurança em seus nomes (AIRES FILHO, 1998, p. 34).

Zavascki (2006, p. 209) defende que, no que diz respeito aos partidos políticos, a norma constitucional não estabelece limites quanto à natureza dos direitos defensáveis. Em uma interpretação abrangente, não poderiam ser excluídos desta tutela os direitos transindividuais, conquanto tratem-se de direitos líquidos e certos e que estejam presentes os pressupostos de legitimação, relativos à pertinência entre o direito tutelado e os fins institucionais do partido político.

Seria adequado que “um partido político, cuja bandeira seja a proteção do meio ambiente natural, impetre mandado de segurança contra ato de autoridade lesivo ao equilíbrio ecológico” (ZAVASCKI, 2006, p. 209-210), sendo hipótese de segurança coletiva para tutelar direito transindividual, sem titular certo, pertencente a todos, consoante dispõe o artigo 225, da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Entendimento em sentido contrário implicaria em desvirtuar a natureza dos partidos políticos, que não foram instituídos para satisfazer os interesses dos seus filiados, bem como, eliminaria a possibilidade do ingresso da segurança coletiva. Os partidos políticos com representação no Congresso Nacional, estão legitimados a ingressar com a segurança coletiva com objetivos mais abrangentes, desde que estejam limitados à sua finalidade institucional e ainda que não pertencentes aos seus filiados (ZAVASCKI, 2006, p. 212-213).

Consoante entendimento esposado por Zavascki (2006), cumpre ao partido impetrante demonstrar o elo de compatibilidade entre o direito defendido e os fins institucionais ou programáticos do partido, assim como comprovar a abrangência da limitação, requisito indispensável à demonstração do interesse de agir.

### Organizações sindicais, entidades de classe e associações

O artigo 21, da lei nº. 12.016/2009 dispõe que o mandado de segurança coletivo poderá ser impetrado por organização sin-

dical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, um ano, em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade ou de parte dos seus membros ou associados, na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial.

Esses legitimados atuam em regime de substituição processual, hipótese de representação extraordinária, e não de representação dos interesses de seus associados, com legitimação legalmente autorizada, razão pela qual não necessitam da autorização, individual ou de assembleia, tampouco da relação nominal dos substituídos no processo (MEDINA, 2012, p. 200). Isto ocorre em razão do interesse jurídico, consistente na relação de pertinência e compatibilidade entre o direito defendido, de titularidade dos associados ou filiados, e os fins institucionais.

A atuação das associações no mandamus coletivo é forma de legitimidade extraordinária, consoante entendimento pacificado pelo no Supremo Tribunal Federal (STF), por meio da Súmula nº.629, pela qual “a impetração de mandado de segurança coletivo por entidade de classe em favor dos associados independe da autorização destes”.

Conforme o enunciado da Súmula nº 630 do STF, “a entidade de classe tem legitimidade para o mandado de segurança ainda quando a pretensão veiculada interesse apenas a uma parte da respectiva categoria”. Entendimento em sentido diverso terminaria por confundir o direito coletivo, de titularidade da categoria, com a tutela de direitos individuais, diminuindo a eficácia do mandando de segurança como instrumento de defesa coletiva.

Como antes referido, para impetrar mandado de segurança coletivo os legitimados deverão demonstrar a pertinência do tema, ou seja, a relação entre o objeto do mandamus e os fins institucionais.

O requisito da pertinência temática foi construído sob o fundamento jurídico e a lógica constitucional de que deve existir homogeneidade no atendimento aos direitos dos beneficiários, bem como de que o legitimado deve representar interesses convergentes a validar as pretensões apresentadas na ação. (XAVIER; DIAS, 2016, p. 162).

Assim, as entidades atuam na defesa dos seus interesses institucionais ou estatutários, possuindo legitimação ordinária, porém, se o órgão coletivo impetrar mandado de segurança no interesse de apenas parte de seus filiados sem que o interesse esteja relacionado com os objetivos institucionais, ocorrerá substituição processual ou legitimação extraordinária, na medida em que a entidade estará defendendo direito material de outrem (AIRES FILHO, 1998, p. 34).

As associações impetram o mandamus para tutelar direito dos associados. O ajuizamento de mandado de segurança coletivo para a defesa de direito próprio da associação e não dos associados é pretensão típica de mandado de segurança individual, por inexistir substituição processual como elemento caracterizador da ação coletiva. O requisito temporal previsto pela Lei do Mandado de Segurança aplica-se somente às associações, consoante entendimento do STF, no julgamento do RE nº. 198.919-DF.

### **O Ministério Público como legitimado à impetrar mandado de segurança coletivo**

Dispõe o artigo 127, da Constituição Federal, que o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Em seguimento, o artigo 129, atribui como função institucional do Parquet a promoção do inquérito civil e da ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

Contudo, o legislador originário não incluiu o Ministério Público no rol dos legitimados a impetrar segurança coletiva, existindo duas correntes opostas a respeito da possibilidade da ampliação da legitimação ativa no mandamus coletivo, a teoria restritiva e a teoria ampliativa, como adiante será visto.

### **Teoria restritiva**

Os defensores da corrente restritiva entendem que o rol dos legitimados à impetrar mandado de segurança coletivo é taxativo, não havendo a possibilidade de qualquer interpretação diferente

do texto legal. O principal argumento utilizado pelos defensores da posição restritiva seria de que o constituinte, ao tratar da legitimidade ativa, traz um rol taxativo e, não havendo previsão legal do ingresso pelo Ministério Público, seria inadmissível a impetração do mandamus pelo Parquet.

A única regra prevista pela Carta Política para o mandado de segurança coletivo foi a legitimação ativa, em rol expresso que não incluiu o Ministério Público (ZANETI JÚNIOR, 2011, p. 165). Nesse sentido, para os defensores deste posicionamento, somente os partidos políticos com representação no Congresso Nacional, as organizações sindicais, as entidades de classe e as associações seriam legitimados.

Outro ponto levantado é que o mandado de segurança coletivo seria distinto do sistema da Ação Civil Pública e da Ação Popular, na medida em que esta segunda admite a legitimidade ativa do cidadão e a primeira pode ser ajuizada por pessoas jurídicas de direito público, instituições e órgãos públicos e associações. Em contrapartida, a segurança coletiva inadmite a impetração pelo indivíduo e por entes públicos.

O Ministério Público possui legitimidade para propor Ação Civil Pública, cuja lide admite qualquer espécie de pedido, nos termos do artigo 83, do Código de Defesa do Consumidor. Logo, seria desnecessário reconhecer a legitimação ativa do Parquet para impetrar mandado de segurança coletivo quando as mesmas pretensões poderiam ser objeto de Ação Civil Pública. Com efeito, o artigo 83 do Código de Defesa do Consumidor abrange tão somente os direitos e interesses protegidos pelo microsistema, admitindo todas as espécies de ações para a sua adequada e efetiva tutela, ficando fora da abrangência direitos líquidos e certos previstos em outras legislações específicas como, por exemplo, o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Outro impeditivo seria o disposto pelo já revogado artigo 6º, do Código de Processo Civil, de 1973, pelo qual somente seria admitida a propositura de ação em nome próprio para a defesa de direito alheio nos casos expressamente autorizados em lei. Assim, o Ministério Público somente poderia impetrar o mandamus se houvesse previsão legal. Defendem a posição restritiva Zaneti Junior (2011, p. 171-172) e Gomes Junior (2009, p. 178), entre outros.

Zaneti Júnior (2011, p. 171) acredita que o rol estabelecido pela Constituição Federal é taxativo, podendo ser ampliado apenas por meio de lei ordinária, em razão da regra prevista pelo artigo 5º, parágrafo segundo, da Carta Magna, a qual assegura a ampliação dos direitos e garantias fundamentais do cidadão. O autor prossegue, afirmando que o rol dos legitimados é expresso, deixando pouco espaço para interpretações hermenêuticas.

No distante ano de 1990, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Mandado de Segurança nº 21.059<sup>6</sup>, em voto de relatoria do ministro Sepúlveda Pertence, entendeu ser taxativo o rol dos legitimados à impetração do mandamus. Contudo, tratava-se de ação de autoria do Estado de Minas Gerais, restando firmado o entendimento, àquela época, de que não haveria legitimidade extraordinária do Estado-Membro para defender os interesses da sua respectiva população pela via do mandado de segurança coletivo. O entendimento foi justificado na estrutura do federalismo, pela qual o estado-membro não é órgão de gestão ou representação dos interesses da população. Não se tratava, portanto, de ação impetrada pelo Ministério Público, razão pela qual não foram analisadas as peculiaridades das funções constitucionalmente atribuídas ao Parquet.

### Teoria ampliativa

De acordo com Medina (2012, p. 199), “o mandado de segurança coletivo é uma versão especial do writ, destinada à proteção de direitos líquidos e certos comuns a um grupo social determinado ou, conforme o caso, a uma comunidade, no interesse dos quais a legitimação ativa é ampliada”. Os defensores desta teoria afirmam que a legitimidade do Ministério Público na impetração do mandamus coletivo decorre logicamente da própria Constituição Federal, que, no inciso III, do artigo 129, atribui a esta instituição a proteção dos direitos difusos e coletivos.

O microsistema constitucional de tutela de interesses transindividuais traduzido pelo conjunto de leis que integra, quais sejam, a Lei da Ação Civil Pública, o Código de Defesa do Consu-

6 STF. Mandado de segurança n. 21059. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Pleno. Fonte: DJ 19.10.1990.

midor, a Lei da Ação Popular, Lei de Improbidade Administrativa, Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei do Mandado de Segurança e o Estatuto do Idoso acaba por corroborar a legitimidade do Ministério Público para a defesa dos direitos transindividuais, difusos, coletivos e individuais homogêneos (XAVIER; DIAS, 2016, p. 163).

Nesse contexto, sendo atribuído ao Parquet a defesa dos interesses metaindividuais, tanto pela Carta Política quanto pela legislação infraconstitucional, não haveria razão a justificar a negativa da legitimidade daquele à impetração do mandamus coletivo, inclusive de molde a consagrar a função que lhe foi imposta pelo constituinte, podendo utilizar quaisquer meios processuais para defender tais direitos e interesses. Assim, a norma prevista pelo artigo 5º, inciso LXX, alíneas a e b da Constituição Federal seria meramente exemplificativa, e não exaustiva, tendo por objetivo a indicação de alguns legitimados, sem a definição de um rol taxativo.

A omissão do artigo 21, caput, da lei nº. 12.016/2009, não afasta a legitimidade ativa do órgão ministerial, pois, embora não esteja expressamente autorizado, a legitimação deste seria decorrência imediata das finalidades institucionais definidas pelos artigos 127 e 129, inciso III, da Constituição Federal e pelo artigo 6º, VI<sup>7</sup>, da Lei Complementar nº. 75/93, para o Ministério Público da União, e artigo 32, inciso I<sup>8</sup>, da lei nº. 8.625/1993, na esfera estadual.

Outro ponto seria a natureza jurídica do mandamus coletivo, de ação coletiva, que, em razão da destinação constitucionalmente conferida ao Parquet na defesa dos interesses metaindividuais, haveria a possibilidade do ingresso de qualquer ação na proteção de tais direitos. A legitimidade ativa do Ministério Público seria decorrência da sua definição constitucional, insculpida pelo artigo 127.

O artigo 82, do Código de Defesa do Consumidor, elegeu o Ministério Público como principal legitimado na defesa dos di-

reitos homogêneos. Existem, ainda, outras hipóteses legais de legitimação do Parquet na defesa da tutela coletiva de direitos individuais e disponíveis, quais sejam, a lei nº. 7.913/1989, que autoriza a propositura de ação de responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores imobiliários, e o parágrafo único do artigo 46, da lei nº. 6.024/1974, no ajuizamento de ação de responsabilidade por prejuízos causados aos credores por ex-administradores de instituições financeiras (ZAVASCKI, 2006, p. 223-224).

Alvim, Thamay e Granado (2014, p. 422) afirmam não haver óbices à ampliação do rol dos legitimados à impetração do writ, sobretudo pela previsão do Código de Defesa do Consumidor em seus artigos 82 e 83. Tal entendimento não seria interpretar a Carta Política de acordo com a legislação infraconstitucional, mas aplicar a própria norma instituída pelo constituinte ao atribuir as finalidades institucionais do Ministério Público.

Não parece coerente entender a impossibilidade da impetração do mandamus pelo Ministério Público, diante do microsistema da tutela coletiva e das possibilidades de legitimação advindas do ordenamento jurídico pátrio, sendo possível uma construção da legitimação pela via direta, quando necessária a tutela imediata do Parquet, assim como pela via indireta, em regime de sucessão processual, em situações nas quais o Ministério Público deverá intervir nos casos de desistência ou abandono de ação coletiva, aplicando-se, nestes casos, as regras da Ação Popular e da Ação Civil Pública.

Entre os doutrinadores que defendem ser o rol do artigo 5º, inciso LXX, meramente enunciativo estão Fiorillo, Rodrigues e Nery (FIORILLO, 1996, p. 198), Sergio Ferraz (2006, p. 71-72), Remédio (2002, p. 523-524) e Almeida (2007, p. 465-469).

No ano de 2007, por meio do Projeto de Emenda Constitucional nº 74/07, houve uma tentativa da inclusão do Ministério Público no rol dos legitimados à impetração do mandamus coletivo, no exercício das suas atribuições constitucionais. O projeto, da relatoria do senador Demóstenes Torres, objetivava alterar a redação do inciso LXX, do artigo 5º, da Constituição Federal para legitimar não apenas o Ministério Público, como também a Defensoria Pública a impetrar mandando de segurança coletivo, no

7 Artigo 6º. Compete ao Ministério Público: inciso VI - impetrar habeas corpus e mandado de segurança;

8 **Artigo 32.** Além de outras funções cometidas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e demais leis, compete aos Promotores de Justiça, dentro de suas esferas de atribuições: I - impetrar habeas-corpus e mandado de segurança e requerer correção parcial, inclusive perante os Tribunais locais competentes;

exercício de suas atribuições constitucionais. Na justificação da matéria, foi argumentado que

a legitimidade outorgada pelo texto constitucional para a impetração do mandado de segurança coletivo não abrangue o Ministério Público, retirando valiosa ferramenta de persecução judicial dos interesses da sociedade da órbita do alcance de uma das principais instituições democráticas de que dispomos. (BRASIL, 2007).

Houve parecer favorável da Comissão de Constituição e Justiça, sendo destacada a extensão da legitimidade para a impetração do mandado de segurança coletivo ao Ministério Público e à Defensoria Pública, cuja ampliação dos legitimados dotaria esses dois entes de melhores instrumentos para o desempenho de suas atribuições voltadas para a persecução judicial dos legítimos interesses da sociedade. Contudo, em dezembro de 2014, a PEC foi arquivada, com fulcro no artigo 332, do Regimento Interno do Senado Federal, pelo qual, ao final da legislatura, serão arquivadas todas as proposições em tramitação no Senado.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) reconheceu a possibilidade de o Ministério Público ajuizar qualquer ação coletiva admitida pelo microsistema de tutela coletiva, contudo, tais acórdãos não trataram especificamente do mandado de segurança coletivo<sup>9</sup>. Ao julgar o REsp 700206/MG, o ministro Luiz Fux afirmou que<sup>10</sup>

O novel art. 129, III, da Constituição Federal habilitou o Ministério Público à promoção de qualquer espécie de ação na defesa de direitos difusos e coletivos não se limitando à ação de reparação de danos. Hodiernamente, após a constatação da importância e dos inconvenientes da legitimação isolada do cidadão, não há mais lugar para o veto da *legitimatío ad causam* do MP para a Ação Popular, a Ação Civil Pública ou o Mandado de Segurança coletivo.

Em consequência, legitima-se o Parquet a toda e qualquer demanda que vise à defesa dos interesses difusos e coletivos, sob o ângulo material ou imaterial.

Deveras, o Ministério Público está legitimado a defender os interesses transindividuais, quais sejam os difusos, os coletivos e os individuais homogêneos.

Há de ser destacado, ainda, o julgamento do Agravo Regimental, no agravo em Recurso Especial n.º 746.846/RJ, julgado em 15 de dezembro de 2005, com voto de relatoria do Ministro Herman Benjamin, foi destacado que

Para o STJ, após a constatação da importância e dos inconvenientes da legitimação isolada do cidadão, não há mais lugar para o veto da *legitimatío ad causam* do MP para a Ação Popular, a Ação Civil Pública ou o Mandado de Segurança coletivo. Em consequência, legitima-se o Parquet a toda e qualquer demanda que vise à defesa dos interesses difusos e coletivos, sob o ângulo material ou imaterial.

Do mesmo modo, o artigo 42, do anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos do Instituto Brasileiro de Direito Processual, idealizado por Ada Pellegrini Grinover, seguia este entendimento, ao conferir legitimidade ativa ao Ministério Público no mandado de segurança coletivo. Por meio deste artigo seria regulamentada a legitimidade do Parquet e a Defensoria Pública para a impetração de *mandamus*. Todavia, o projeto de lei foi encaminhado à Câmara dos Deputados e o dispositivo foi suprimido, eis que já existente a lei n.º 12.016/2009, que regulamenta o mandado de segurança coletivo (ZANETI JÚNIOR, 2011, p. 194).

O Projeto de lei n.º 222/2010, de autoria do Senador Valter Pereira, buscava suprir esta deficiência da Lei do Mandado de Segurança, alterando-a para disciplinar as exigências para impetração do mandado de segurança. Aquele estabelecia que a ilegitimidade da autoridade coatora não seria justificativa para a extinção do processo, que a Manifestação do Ministério Público seria obrigatória toda vez que o direito ou interesse reclamado pelo impetrante o justificar e nos casos de mandado de segurança coletivo, que o Ministério Público da União e o Ministérios Públicos dos Estados poderão editar atos normativos sobre as condições que justificam a sua intervenção e que a sentença que conceder o mandado de segurança pode ser cumprida provisoriamente. Dispunha que os direitos protegidos pelo mandado de segurança coletivo poderiam ser difusos, coletivos ou individuais homogêneos, que partido

<sup>9</sup> STJ. Recursos especiais n. 427140 e n. 736524. 1ª Turma. Relator Ministro Luiz Fux. Fonte: DJ 25/08/2003 e 03/04/2006.

<sup>10</sup> REsp 700.206/MG, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 09/03/2010, DJe 19/03/2010.

político com representação na Assembleia Legislativa dos Estados ou do Distrito Federal ou em Câmara de Vereadores teria legitimidade ativa para propor o mandado de segurança, bem como o Ministério Público, a Defensoria Pública e a Ordem dos Advogados do Brasil, observadas suas finalidades institucionais.

Em dezembro de 2014 o projeto de lei nº. 222/2010 foi arquivado, com fundamento no artigo 332, do Regimento Interno do Senado Federal (BRASIL, 2010).

### Considerações finais

Embora constem como legitimados no rol do inciso LXX, do artigo 5º da Constituição Federal e na lei nº. 12.016/2009, apenas partidos políticos, organizações sindicais, entidades de classe e associações, conforme a posição ampliativa e utilizando-se a denominada legitimação conglobante, existem outros legitimados à tutela dos interesses metaindividuais pela via da segurança coletiva, com fulcro no próprio texto constitucional, havendo, inclusive, o reconhecimento desta possibilidade pelo Superior Tribunal de Justiça em diversos julgados.

A ampliação do rol de legitimados ativos no mandado de segurança coletivo acaba por redefinir e ampliar o seu objeto, pois são atribuições institucionais do Ministério Público a salvaguarda de interesses difusos. Inexiste norma no ordenamento jurídico brasileiro que impeça a utilização do mandado de segurança coletivo para que o Ministério Público defenda interesses coletivos, no exercício dos seus desígnios institucionais de proteção de direitos difusos, seja pela Constituição Federal, seja pela legislação infraconstitucional.

Assim, conclui-se que o Ministério Público pode promover todas as espécies de ações coletivas capazes de salvaguardar a adequada tutela dos direitos coletivos, inexistindo razão para não se estender a garantia fundamental do mandado de segurança coletivo.

### Referências

- AIRES FILHO, Durval. **As dez faces do mandado de segurança**. Brasília: Brasília Jurídica, 1998.
- ALMEIDA, Gregório Assagra. **Direito Processual Coletivo Brasileiro: um novo ramo do direito processual**. São Paulo: Saraiva, 2003.
- ALMEIDA, Gregório Assagra; CIANCI, Mirna, QUARTIERI, Rita. **Mandado de Segurança**. São Paulo: Saraiva, 2011.
- ALVIM, Eduardo Arruda; THAMAY, Rennan Faria Kruger; GRANADO, Daniel Willian. **Processo Constitucional**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Do Mandado de Segurança**. São Paulo: Saraiva, 1978.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 out. 1988.
- BRASIL. Lei Complementar nº. 75, de 20 de maio de 1993. Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 21 mai. 1993.
- BRASIL. **Lei nº. 10.741, de 1º de outubro de 2003**. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 03 out. 2003a.
- BRASIL. Lei nº. 12.016, de 7 de agosto de 2009. Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 10 ago. 2009.
- BRASIL. Lei nº. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 mar. 2015.
- BRASIL. Lei nº. 4.717, de 29 de junho de 1965. Regula a ação popular. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 05 jul. 1965.
- BRASIL. Lei nº. 6.024, de 13 de março de 1974. Dispõe sobre a intervenção e a liquidação extrajudicial de instituições financeiras, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 14 mar. 1974.
- BRASIL. Lei nº. 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico,

turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 25 jul. 1985.

BRASIL. Lei nº. 7.913, de 7 de dezembro de 1989. Dispõe sobre a ação civil pública de responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 dez. 1989.

BRASIL. Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 16 jul. 1990a.

BRASIL. **Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 12 set. 1990b.

BRASIL. Lei nº. 8.429, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 03 jun. 1992a.

BRASIL. Lei nº. 8.497, de 26 de novembro de 1992. Altera a composição e a organização interna do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, com sede em Belo Horizonte - MG, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 27 nov. 1992b.

BRASIL. Lei nº. 8.625, de 12 de fevereiro de 1993. Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 15 fev. 1993.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Emenda Constitucional nº. 74, de 2007. Legitima o Ministério Público para a impetração do mandado de segurança coletivo, no exercício de suas atribuições constitucionais. **Diário do Senado Federal**, Brasília, DF, 17 ago. 2007.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº. 222, de 2010. Altera a Lei nº. 12.016, de 7 de agosto de 2009 (Lei do Mandado de Segurança Individual e Coletivo), para tratar do rol de legitimados ativos; de forma de notificação; da petição inicial; da suspensão de segurança, da coisa julgada; da aplicação subsidiária do Código de Processo Civil e da Lei da Ação Civil Pública. **Diário do Senado Federal**, Brasília, DF, 12 ago. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. Súmula 629. A impetração de mandado de segurança coletivo por entidade de classe em favor dos associados independe da autorização destes. **Diário da Justiça**, seção 1, Brasília, DF, 09 out. 2003b.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. Súmula nº. 630. A entidade de classe tem legitimação para o mandado de segurança ainda quando a pretensão veiculada interesse apenas a uma parte da respectiva categoria. **Diário da Justiça**, seção 1, Brasília, DF, 13 out. 2003c.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Mandado de Segurança** – Comentários às Leis nº. 1533/51, 4348/64 e 5021/66 e outros estudos sobre Mandado de Segurança. São Paulo: Saraiva, 2002.

BUZAID, Alfredo. **Do mandado de segurança**. São Paulo : Saraiva, v. 1, 1989.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo**. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2010.

DIDIER JÚNIOR., Fredie (coord.). **Ações Constitucionais**. Salvador: JusPodivm, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

FACCI, Lucio Picanço. Evolução histórica do Mandado de Segurança. **Jus Navigandi**, v. 60, p. 3461, 2002.

FERRARESI, Eurico. **Do Mandado de Segurança**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

FERRARESI, Eurico. **Ação Popular, Ação Civil Pública e Mandado de Segurança Coletivo**: instrumentos processuais coletivos. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

FERRARESI, Eurico. A pessoa física como legitimada ativa à ação coletiva. In: GRINOVER, Ada Pellegrini, MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (coord.). **Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FERRAZ, Sérgio. **Mandado de Segurança: individual e coletivo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

FERREIRA, Luís Pinto. **Teoria e Prática do Mandado de Segurança**. São Paulo: Saraiva, 1985.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos: conceito e legitimação para agir**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. **Direito Processual Constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, "habeas data"**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

NUNES, Leonardo Silva. **Mandado de Segurança coletivo: tutela de direitos difusos e legitimidade ativa expansiva**. 2014. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2014.

SODRÉ, Eduardo. Mandado de segurança individual. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (org.). **Ações Constitucionais**. 5. ed. rev., amp. e atual. Salvador: Juspodium, 2011. p. 111-153.

XAVIER, José Tadeu Neves; DIAS, Handel Martins. Apontamentos sobre o mandado de segurança coletivo. In: GAVIÃO FILHO, Anizio; LEAL, Rogério Gesta (org.). **Coleção tutelas à efetivação de direitos indisponíveis**. Porto Alegre: FMP, 2016. p. 149-172.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. Mandado de Segurança Coletivo. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (org.). **Ações Constitucionais**. 5. ed. rev., amp. e atual. Salvador: Juspodium, 2011. p. 155-214.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

## Governança digital e democracia em tempos de inovação tecnológica

Laís Michele Brandt<sup>1</sup>  
Fernanda Schwertner<sup>2</sup>

### Resumo

O estudo expõe o resultado de uma pesquisa bibliográfica, realizada com base no método dedutivo (fins de abordagem) e monográfico (fins procedimentais) sobre a governança digital e democracia em tempos de inovação tecnológica. O presente estudo aborda uma reflexão sobre a democracia frente a um novo aspecto mundial, qual seja, o da inovação tecnológica. Dessa forma, apresenta uma análise da ambivalência do conceito de democracia em seus desdobramentos representativo e direto, bem como a necessidade democrática para a legitimidade do poder estatal. Na sequência, analisa-se o aspecto da inovação tecnológica ocorrida com a utilização da internet, onde surge um novo conceito de democracia, a ciberdemocracia, possibilitando a participação popular por meio das redes sociais, fato que implica uma governança digital. O estudo conclui que a maior interação entre Estado e cidadão gera maior participação democrática, com potencial melhora ao atendimento dos interesses dos próprios cidadãos.

**Palavras-chave:** Democracia; governança digital; inovação tecnológica.

1 Mestranda em direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul, na linha de pesquisa Constitucionalismo Contemporâneo. Pós-Graduada em direito constitucional e em direito administrativo, ambas pela UNIVERSIDADE UNIDERP - ANHANGUERA. Integrante do grupo de pesquisa: Direitos fundamentais da sociedade da informação, sob a coordenação do Prof. Dr. Luiz Gonzaga Silva Adolfo. Advogada OAB/RS 99.852. e-mail: laisbrandt@outlook.com.

2 Mestranda do Programa de Pós Graduação em Direito da UNISC Área de Concentração em Constitucionalismo Contemporâneo, Bacharel em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC – Santa Cruz do Sul – RS). Especialista em Direito e Processo do Trabalho Universidade de Caxias do Sul (UCS – Caxias do Sul – RS). Membro do grupo de pesquisa (CNPq) "Direitos Fundamentais na Sociedade da Informação", sob a coordenação do Prof. Dr. Luiz Gonzaga Silva Adolfo. e-mail: feschwertner@hotmail.com.

## Considerações iniciais

O estudo expõe o resultado de uma pesquisa bibliográfica, realizada com base no método dedutivo (fins de abordagem) e monográfico (fins procedimentais) sobre a governança digital e democracia em tempos de inovação tecnológica.

Ao início do novo milênio várias questões permeiam o debate social e jurídico, sendo a democracia e os direitos humanos duas delas. Em uma sociedade altamente complexa de início do século XXI, atravessada por significativas diferenças culturais onde Estados ainda apresentam regimes ditatoriais contrariando a agenda de direitos humanos do pós-guerra, tratar do tema da democracia implica também um novo e profundo olhar para as mudanças tecnológicas ocorridas do último quarto do século XX aos dias atuais.

Nesse intuito, o presente estudo apresenta-se dividido em duas partes, sendo que, na primeira, apresenta-se uma reflexão acerca da democracia, suas formas, graus e desafios para a implementação de uma democracia capaz de garantir legitimidade ao poder político instituído legalmente. Já a segunda parte aborda a inovação tecnológica ocorrida através da internet, a qual proporciona novas condições de acesso às informações, permitindo aumentar os espaços participativos democráticos.

A ciberdemocracia, nada mais é que uma forma de discussão e participação, com base em um diálogo entre o cidadão e o Estado, almejando decisões políticas mais legítimas e transparentes.

Dessa forma, constata-se que existem grandes modificações na sociedade contemporânea, sendo a inovação tecnológica um acontecimento presente no cotidiano humano. Resta, por outro lado, refletir acerca do potencial presente na tecnologia da informação com vistas ao aprimoramento qualitativo democrático e aumento da intensidade democrática.

## Democracia

Discorrer sobre a democracia, a cultura política e os modelos normativos democráticos, requer inicialmente, que se tenha claro o fato de que os regimes democráticos do pós-guerra não

se constituem iguais em nenhum país do mundo, em que pese democráticos e liberais. Evidencia-se, que já há uma diferença clara entre a democracia dos antigos e a democracia dos modernos.

Na lição de Bobbio (2003, p.233), a democracia dos antigos se distingue da dos modernos pela maneira como o povo exerce o poder: diretamente, na praça (ágora) entre os gregos, nos comitia romanos e no arengo das antigas cidades medievais, ou indiretamente, por meio de representantes, entre os modernos. A democracia definida por Schumpeter (1984), é tanto capitalismo quanto socialismo, sendo determinante o capitalismo, que é composto pelo bem comum e a vontade do povo.

Contemporaneamente, os Estados são governados por meio de democracias representativas e, em alguns casos, combinadas com traços de democracia direta. Como aludido, a representação é traço fundamental da democracia moderna. No modelo de democracia direta, o cidadão tem o direito de tomar as decisões que lhe dizem respeito, e não só o de eleger pessoas que decidirão por eles, sendo essa uma premissa fundamental.

Mas o que há em comum entre a democracia representativa e a democracia direta? A resposta à pergunta é o princípio da legitimidade do poder. Conforme Bobbio (2003, p.234) são dois os princípios fundamentais de legitimidade do poder: “aquele pelo qual é legítimo o poder que em última instância repousa no consentimento daqueles que são seus destinatários; e aquele pelo qual é legítimo o poder que decorre da superioridade [...]”.

Com isso, diz-se que na democracia o poder se legitima pelo consentimento, ao contrário do que ocorre nos Estados antidemocráticos. A partir daí, há uma significativa mudança no próprio conceito de democracia, posto que o momento posterior ao pós guerra deu origem à denominação concepção procedimental de democracia, adotada pela maioria dos teóricos da democracia e da política, como Schumpeter, Kelsen, Popper, Habermas, Putnam, Rawls.

Aqui reside um ponto importante da discussão contemporânea acerca da democracia, posto que se antes a discussão se dava em torno da maior ou menor liberdade democrática, menos ou mais direitos políticos, em analogia à liberdade dos antigos e

à liberdade dos modernos, atualmente a discussão gira ao redor da pergunta pela maior capacidade de legitimidade que um modelo democrático pode suscitar ao poder do Estado de Direito. Conforme Muller; Reck (2016, p.100), “a democracia é o único método admitido pela teoria contemporânea como método de gestão do poder”.

Assim, se pode perceber que a democracia traz direitos que aproximam o cidadão do poder, tornando-os responsáveis diretos da condução de seus destinos, não permitindo com isso transferência de culpa ou responsabilidades para entidades. A democracia também tende a aumentar a relação entre a comunidade local e os cidadãos e aumenta a eficácia de mecanismos de democracia participativa. “Somente um governo democrático pode proporcionar uma oportunidade máxima de exercer a responsabilidade moral. A democracia promove o desenvolvimento humano mais plenamente do que qualquer opção viável” (DAHL, 2001, p. 68).

No entanto, entende Dahl (2001) que para colocar em prática todas estas questões relativas aos direitos do cidadão, é necessário que haja instituições políticas eficazes para a instalação da democracia. Além disso, entende que a democracia exige liberdade de expressão, pois, sem a liberdade de expressão, os cidadãos logo perderiam sua capacidade de influenciar o programa de planejamento das decisões do governo. “Cidadãos silenciosos podem ser perfeitos para um governante autoritário, mas seriam desastrosos para uma democracia” (DAHL, 2001, p.110).

Para Dahl (2001) democracia é o melhor modelo para que os seres humanos alcancem a maior liberdade possível, desenvolvam plenamente suas capacidades e potenciais humanos e para que obtenham o a satisfação dos interesses que julgam importantes, dentro dos limites e viabilidade e justiça com os outros.

Aí ganha força a discussão que envolve uma tese procedimental de democracia. No entanto, antes da análise do aspecto de uma democracia procedimental, cabe refletir sobre as causas que levam a uma baixa densidade democrática à história e à sociedade de qualquer país. Estando a ordem política condicionada ao sistema social, os diferentes graus de democracia se dão em decorrência das seguintes razões:

(a) históricas, referentes à maior ou menor continuidade de uma tradição democrática (há países nos quais o governo democrático não sofreu interrupções e outros em que os regimes democráticos se alternaram com governos autocráticos); (b) sociais, que dependem da maior ou menor heterogeneidade na composição dos grupos étnicos, raciais, de onde provém o diferente grau de integração; (c) econômicas, que dizem respeito à maior ou menor desigualdade de riqueza, de onde provém a marginalização também política das massas mais pobres e a não-correspondência entre os direitos formalmente reconhecidos e os que realmente são exercidos; e, (d) políticas, relativas à maior ou menor amplitude das classes dirigentes, de um lado, e à maior ou menor dificuldade dos estratos mais débeis da população, na medida em que sejam os mais numerosos, de organizar-se politicamente e de poder influir nas decisões que lhes interessam. (BOBBIO, 2003, p.241).

Conforme esclarece Carvalho (2002, p.297), na literatura política recente do Brasil, estabeleceu-se determinado consenso em torno da convicção da ausência de uma cultura democrática enraizada, sendo o Brasil uma sociedade desigual que conheceu uma trajetória política com largo período de ditadura e que, no âmbito das transformações mundiais, vê-se enfraquecida na forma do Estado-nação. Nesse contexto, o tema é de cultura política.

O desafio passa a ser o de sustentar uma sociedade permeada por diferenças de valores nas circunstâncias contemporâneas, onde há a vigência de um acentuado pluralismo cultural. Assevera Carvalho (2002, p.308) que a complexidade crescente das sociedades modernas, ao multiplicar as esferas institucionais e de valor e ao pluralizar os atores coletivos, acabou por se distanciar de forma significativa da razão democrática em abstrato, com o consequente esvaziamento do indivíduo de sua afirmação ética no mundo.

Assim, o desafio da teoria democrática contemporânea é trabalhar com uma razão aliviada de sua carga moral, sem abdicação de uma razão prático-normativa da sociedade (HABERMAS, 1997). Ao defender a tese de uma política deliberativa, voltada ao entendimento mútuo ou ao consenso almejado por via comunicativa, Habermas trabalha a categoria da solidariedade como terceira fonte de integração social. Tal procedimento de-

mocrático cria coesão interna entre negociações, discursos de auto-entendimento e discursos sobre a justiça, de forma que, a razão prática desloca-se dos direitos universais do homem ou da eticidade concreta de uma determinada comunidade e restringe-se a regras discursivas e formas argumentativas que extraem seu teor normativo da base validativa da ação que se orienta ao estabelecimento de um acordo mútuo, isto é, da estrutura da comunicação linguística. (HABERMAS, 2002, p.278).

Mesmo que se reconheça a existência do déficit democrático no Brasil, conforme apontado por Carvalho (2002, p.310), representado pela dissociação entre as instituições e o governo e o conjunto de opiniões e interesses em circulação na sociedade, tal fato não inviabiliza a busca de uma cultura política viável a projetos deliberativos ou associativos, ainda que em contextos de democratização periférica.

Para Marmol (2001, p.170) a noção de democracia deliberativa inclui uma “tomada de decisão coletiva com a participação de todos aqueles que serão afetados pela decisão, ou seus representantes: este é o aspecto democrático”. Ao mesmo tempo, todos eles afirmam que essa decisão deve ser feita através de argumentos oferecidos aos participantes e comprometidos com os valores de racionalidade e imparcialidade: este é o aspecto deliberativo. A democracia deliberativa é, portanto, um processo construtivo baseado na racionalidade e imparcialidade como premissas de deliberação e de participação política, necessariamente.

Mouffe (2003) como uma crítica da democracia deliberativa, afirma que a maioria dos que lutam por uma democracia deliberativa não são antiliberais. Os democratas deliberativos buscam resgatar a dimensão moral do liberalismo e pregam que é possível, empregando-se modelos adequados de deliberação, “alcançar formas de acordo que satisfaçam tanto a racionalidade (entendida como defesa dos direitos liberais) como a legitimidade democrática (representada pela soberania popular)” (MOUFFE, 2003, p. 35).

A política deliberativa encarna a categoria da solidariedade, possível à modernidade tardia, mediando as tensões entre o Estado e o mercado e domesticando a razão instrumental per-

meada no mundo da vida, aprimorando a integração social em uma esfera pública procedimentalizada.

Nesse contexto, a ideia de capital social presente na obra de Putnam (2000, p.180), tem como característica a de se construir enquanto um bem público, de forma que do cidadão com sentimento cívico e participativo se pode esperar atitudes e comportamentos positivos em relação ao bem comum. Isso em razão de que o capital social é um atributo da estrutura social na qual os cidadãos estão inseridos, os quais o detém e dele se beneficiam, sem que o mesmo seja propriedade particular de algum deles.

Em uma era, que de acordo com Faria (2002, p. 59), tem-se, entre as inúmeras consequências das novas formas de organização econômica e configurações de poder advindas da reestruturação do capitalismo e da reordenação da riqueza, a transnacionalização dos mercados, a reordenação da riqueza, o desenvolvimento das telecomunicações e a compressão do tempo e espaço por elas propiciado, estão modificando formas e práticas jurídicas, afetando a estrutura, a funcionalidade e o alcance do direito positivo.

No entendimento do autor, quanto maior é a velocidade das inovações científico tecnológicas, bem como do aumento da diversidade de bens, maiores são as dúvidas, incertezas, perplexidades e perigos com relação aos seus efeitos. Dessa forma, ocorre uma redução da margem de autonomia das políticas macroeconômicas nacionais e o esvaziamento das políticas monetárias independentes, em razão da dolarização da economia mundial.

Com isso, o Estado-nação é progressivamente substituído pelo mercado, enquanto instância de coordenação da vida social. Os governos perdem a capacidade de esgotar os recursos tributários da economia interna, de pensar estrategicamente o futuro, de estabelecer objetivos de longo prazo, de garantir as condições físicas mínimas indispensáveis a qualquer projeto de crescimento, de promover a ideia de justiça pela ação social e de assegurar as bases fundamentais de sua legitimação, no plano político as instituições democrático-participativas organizadas em bases nacionais tendem a ser esvaziadas (FARIA, 2002).

Ainda que a velocidade das inovações científico-tecnológicas causem tensões internas ao Estado Democrático de Direito, por outro lado, “a inovação oferece soluções para problemas e assim torna possível satisfazer as necessidades de toda sociedade” (PIAIA, 2012, p.229). Dessa forma, torna-se pertinente a reflexão sobre o desenvolvimento sustentável aliado à inovação tecnológica por meio de uma governança digital.

Cabe, assim, reforçar a ideia de que a democracia não pode ser reduzida, tão somente, à organização de eleições livres, tendo em vista que ela deve ser avaliada pela capacidade do sistema político de elaborar e tornar legítimas, submetendo-se ao voto popular, direta ou indiretamente, exigências sociais, pressupondo que o sistema político saiba combinar a diversidade dos interesses materiais e morais com a unidade social (TOURANE, 1997, p.319).

Para Held (1987), a participação na vida política é necessária, não apenas para proteção dos interesses individuais, como também para a criação de uma cidadania informada, comprometida e em constante desenvolvimento. A participação é essencial para a expansão das capacidades individuais. Para este autor, uma sociedade participativa deve ser uma sociedade capaz de fazer experiências que rompam com as estruturas rígidas impostas pelo capital privado – as relações de classe e outras assimetrias de poder. A democracia participativa reúne tanto aspectos da democracia representativa, como o exercício de eleger representantes, quanto a criação de espaços deliberativos capazes de influenciar no processo decisório. A participação é o exercício do direito político de deliberar e eleger.

Pelo caminho marxista, Pateman (1992), início da década de 1970, estabelece uma crítica à “teoria democrática contemporânea” e analisa o conceito de participação em relação ao local de trabalho, entendendo a indústria como um sistema político. Sugere a democratização das estruturas de autoridade dentro desses sistemas. A participação do cidadão “nas áreas alternativas capacitaria o indivíduo a avaliar melhor a conexão entre as esferas pública e privada”, podendo, inclusive, aumentar o interesse destes cidadãos por questões públicas (PATEMAN, 1992, p. 146). Pateman defende que a democracia participativa exige tan-

to uma cidadania educada e ativa quanto uma estrutura social de autoridades em esferas não governamentais para a socialização da política. A noção de uma sociedade participativa exige que o alcance do termo político seja ampliado às esferas excluídas. “Se as desigualdades no poder de decisão forem abolidas, haverá o enfraquecimento correspondente da justificativa para outras formas de desigualdade econômica.” (PATEMAN, 1992, p. 143).

Em uma sociedade absorvida pelo mercado de capitais é preciso que a sociedade civil tenha maior espaço participativo, considerando-se que a coletividade deve afirmar seu direito de autodeterminação e capacidade de gerir seus próprios assuntos. Aí se podem pressupor os meios capazes de intensificar a democracia e o direcionamento administrativo, perpassados pelas ideias de política deliberativa ou capital social aliado às inovações tecnológicas em sociedades altamente complexas e periféricas.

### **Aportes para uma governança digital**

Ultimamente com a evolução da tecnologia, a sociedade democrática vem se transformando, e essas transformações refletem no exercício das instituições e suas estruturas políticas, além das relações sociais.

A internet surge como uma dessas inovações tecnológicas, proporcionando novas condições de acesso às informações com mais facilidade e de forma simultânea, como se percebe que, o surgimento de um novo sistema eletrônico de comunicação caracterizado pelo seu alcance global, a interação de todos os meios de comunicação e a interatividade potencial está mudando e mudará para sempre nossa cultura. Contudo, surge a questão das condições, características e efeitos reais desta mudança (CASTELLS, 1999, p. 354).

Para Limberger (2008, p. 139), “as novas tecnologias tornam a informação uma riqueza fundamental da sociedade”. Conforme Souza; Souza (2017, fl. 153), o debate público é influenciado pelos meios de comunicação em razão da sua vasta difusão das informações e a capacidade de intervenção na compreensão que as pessoas possuem da realidade, na forma como selecionam e interpretam os fatos.

A importância política dos meios de comunicação, sobretudo para o regime democrático, são sentidos pela sociedade com a mudança, especialmente, na cultura. Segundo Castells (1999), verifica-se a crescente utilização das redes interativas, bem como seus avanços, que se permeiam na política, e por conseguinte, na democracia moderna.

O uso das tecnologias vem possibilitando a participação de qualquer indivíduo com conhecimento técnico e acesso, em redes sociais e portais de governo eletrônico, criando as verdadeiras comunidades virtuais, onde muitos assuntos de interesse coletivo são discutidos.

Observa-se que, com a criação da Internet se instigou muitas experiências que “ultrapassam o limiar entre representantes e representados: deliberação ampliada, auto-organização, implementação de coletivos transnacionais, socialização do saber, desenvolvimento de competências críticas”, o que de fato fomenta a governança (CARDON, 2012).

Pode-se perceber, nesse sentido, que a internet enquanto inovação tecnológica, colaborou significativamente para a internacionalização da discussão política. Hoje, ela é um eficiente e acessível caminho para indivíduos e grupos da sociedade civil participarem de temáticas globais emergentes, já que, com seu potencial de mobilização, permite-se ampliar os espaços democráticos. Não restringiu nem substituiu os espaços tradicionais, mas gerou mais oportunidades para os cidadãos se comunicarem com seus representantes em vários níveis e também acessar as informações políticas de forma mais rápida e eficiente. Ou seja, “a Internet não permite somente comunicar mais, melhor e mais rápido; ela alarga formidavelmente o espaço público e transforma a própria natureza da democracia” (CARDON, 2012, p. 1).

Além disso, o maior avanço que a era digital proporciona é a possibilidade de conhecer e interagir, pois “a Internet amplia o espaço público” e, além disso, “ela escancara as portas de um universo antes inserido em um diálogo entre jornalistas engajados e profissionais da política” (CARDON, 2012, p. 5). Logo, as informações compartilhadas nesse novo “espaço público” podem ser comentadas, debatidas, desacreditadas e até transformadas por um grande número de pessoas anteriormente

consideradas inaptas ou ignorantes, pois agora as informações são socializadas e permitidas a todos os que tiverem acesso à rede. Por isso, que são inúmeros os benefícios trazidos por essa, que se pode nominar como a nova ágora pública, já que a internet facilita esse espaço.

Entretanto, embora a rede interativa tenha se expandido progressivamente, ainda não é um meio de comunicação que atinja a totalidade da população, em comparação com outros meios de comunicação de massa, como o rádio e a televisão, mas é uma realidade inevitável, como se percebe nas palavras de Castells (1999, p. 414), a nossa cultura é transformada por meio da comunicação, ou seja, nossas crenças e códigos são remodelados pelo sistema tecnológico, a cada dia que passa, pois “Nossos meios de comunicação são nossas metáforas. Nossas metáforas criam o conteúdo da nossa cultura”.

Neste ínterim, surge a denominada, em tempos hodiernos, como ciberdemocracia, que se pode definir como uma forma de discussão e participação, com um diálogo entre o cidadão e o Estado, objetiva-se chegar a um governo com decisões mais legítima e transparente. Pois se torna, espontânea a disponibilização das informações, tornando o debate político mais transparente e organizado, o que gera uma nova forma de diálogo político que direciona a democracia a um estágio superior a própria ciberdemocracia, nas palavras de Levy (2003).

Essa ciberdemocracia representa à toda sociedade, uma nova era do diálogo político, que com a utilização da internet traz uma renovação na democracia e, consecutivamente da própria governança. Todavia, este desafio abre caminho à “cidade universal da civilização do computador”, o que nos conduziria “a uma lei planetária, uma ciberdemocracia altamente participativa ligada ao novo espaço público da rede”, uma vez que toda a informação e também os debates na tomada de decisões, passam a estar disponíveis a rede (LÉVY, 2003, p. 149). Um dos desafios impostos ao novo modelo de sociedade e Estado é a democratização da informação, a qual gera uma maior participação dos cidadãos, e assim, adentrando na era da governança digital.

É nesse sentido, como bem refere Habermas (1997, p. 92), que “a esfera pública pode ser descrita como uma rede adequa-

da para a comunicação de conteúdo, tomadas de posição e de opiniões; nelas os fluxos comunicacionais são filtrados e sintetizados". A ciberdemocracia Produz a ideia de um novo espaço propício para que, de fato, a democracia direta seja concretizada com uma participação válida dos cidadãos na governança.

Esse espaço virtual, que é a tendência futura para a efetivação da democracia, além da fluidez proporcionada, também apresenta grande praticidade, uma vez que não há restrição geográfica, ou seja, o cidadão pode participar do conforto de seu lar. E, é justamente nesse entendimento de desprezo parcial de tempo e espaço, que Lévy (1999, p.17), afirma que o ciberespaço (ou rede) é um novo meio de comunicação originário da interconexão mundial dos computadores. O qual possui um universo de informações, que é alimentado pelas pessoas que nele navegam.

A ciberdemocracia é uma tendência inevitável para as sociedades contemporâneas, já que as pessoas estão cada dia mais atarefadas e com menos disposição para exercerem a democracia na forma presencial. A modalidade virtual, que vem a substituir o encontro nas praças dos antigos, trazem a ideia da nova agora pública, que ao mesmo tempo que facilita, também possibilita o fortalecimento da relação entre o cidadão e o Estado, visto que o princípio fundamental da ciberdemocracia está na possibilidade de ampliar, significativamente, a participação popular efetiva nas decisões governamentais.

É neste contexto, que "a adoção de e-gov modifica a estrutura tradicional do governo e é essencial para a modernização e a inovação da administração pública tornar-se uma realidade" (TORRES; PIMENTA, 2014, p. 81), ou seja, fomenta a governança no aspecto digital.

Dada a crescente agregação de tecnologia de informação e comunicação aos processos nas entidades governamentais como resultante dos esforços de modernização da gestão pública, não apenas a formulação e a implementação, mas também o monitoramento e a avaliação de políticas públicas se baseiam, cada vez mais, em compartilhamento de dados e fluxos de informação suportados por sistemas de dados e informações digitais (FREITAS; PIMENTA, 2014, p. 104).

Entretanto, todas essas inovações tecnológicas, que contribuem para a promoção da democracia, vem angariadas em alguns princípios estratégicos relacionados ao funcionamento, ao desenvolvimento e ao uso da Internet no Brasil, para garantir o equilíbrio entre o controle e liberdade, os quais foram adotadas em 2009, e que englobam os seguintes aspectos:

1. Liberdade, privacidade e direitos humanos [...]
2. Governança democrática e colaborativa [...]
3. Universalidade: [...]
4. Diversidade: [...]
5. Inovação: A governança da Internet deve promover a contínua evolução e ampla difusão de novas tecnologias e modelos de uso e acesso.
6. Neutralidade da rede: [...]
7. Inimputabilidade da rede:[...]
8. Funcionalidade, segurança e estabilidade: [...]
9. Padronização e interoperabilidade: [...]
10. Ambiente legal e regulatório: O ambiente legal e regulatório deve preservar a dinâmica da Internet como espaço de colaboração (COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL, 2009).

Portanto, todos esses princípios positivados vem a contribuir para que haja uma melhor socialização das informações, juntamente com a efetiva participação da sociedade civil, mas desde que garantido o respeito as liberdades individuais da pessoa humana. Por isso, a importância de estimular o uso de tecnologias da informação em conteúdo de interesse público pelos governos.

Por isso, que para Rosenau, o feito da governança é um elemento mais amplo que o próprio governo; já que abrange as instituições governamentais, mas também implica mecanismos informais, de caráter não-governamental, os quais "fazem com que as pessoas e as organizações dentro da sua área de atuação tenham uma conduta determinada, satisfaçam suas necessidades e respondam às suas demandas" (ROSENAU, 2000, p. 15-16).

A terminação governança eletrônica ou e-governance, "centra-se em uma visão ampla de governabilidade, sinalizando como opera, trabalha e se organiza a sociedade à qual o governo deve assegurar o acesso e a participação em diversas redes de informação" (FREITAS; PIMENTA, 2014, p. 100). Pois, compreende uma acepção mais ampla e engloba o conceito de e-gov, o qual teria como objetivo os trabalhos gerenciais que administram à interação cidadania-governo. Da ótica tecnológica, "o E-gov vi-

saria o cidadão como um ponto a conectar dentro de uma rede, enquanto a governabilidade eletrônica asseguraria o acesso e participação dos cidadãos individual e coletivamente dentro das redes governamentais” (JARDIM, 2004, p. 06).

Entretanto, toda a questão dos problemas da democratização e reestruturação do próprio Estado, passam pela superação da dicotomia governo-sociedade civil, mas que pode ser alcançado no espaço da utilização das inovações tecnológicas (novas mídias interativas), a partir da oportunidade de inclusão de percepções diversas, que organizadas, ampliem a responsabilidade dos sistemas e, mesmo tempo, alterem sua relação hierárquica, gerando mecanismos de participação dos cidadãos “nos processos de formulação e feedback da administração, transformando, notadamente, os mecanismos de serviços ad hoc de governo eletrônico em mecanismos políticos e sistêmicos de governança” (RUEDIGER, 2002, p. 22; CARDON, 2012).

### Considerações finais

A sociedade contemporânea não é um elemento estático, mas pelo contrário, vive em uma constante transformação. É nesse cenário, que as inovações tecnológicas, ou tecnologias da informação e comunicação, as quais são as responsáveis por esta mudança.

Os avanços consagrados pela internet emergente nas democracias, desempenham um papel fundamental no desenvolvimento social, econômico e sobretudo, cultural. Vista assim, como meio de criação de conhecimento e qualidade de vida para os cidadãos. Os quais passam a ser participantes e não mais apenas espectadores, sendo, portanto o personagem principal da formação da sociedade.

Esta nova aparência da democracia, dita ciberdemocracia, gera um novo espaço identificado por uma maior acesso de informações e discussões – ciberespaço, proporciona uma maior participação entre os administrados. Esses fluxos e trocas de experiências e informações, são favoráveis a formação de uma opinião pública para as tomadas de decisões, sem que haja limitações de tempo e espaço, que alcançam escalas locais.

Essa maior interação entre o cidadão e o Estado com as políticas públicas locais ou globais, enseja no modelo de em uma governança digital, que diga respeito aos meios e processos que são utilizados para produzir resultados eficazes em relação aos interesses dos próprios cidadãos, inclusive para o Brasil, um país de modernidade tardia, mas que demonstra um forte aspecto democrático representativo após os governos militares, com acentuada consolidação democrática.

### Referências

- BOBBIO, Norberto. **Norberto Bobbio**: o filósofo e a política-antologia. Tradução de César Benjamin e Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 2003.
- CARDON, Dominique. **A democracia internet**: promessas e limites. Tradução de Nina Vincent e Tiago Coutinho. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012.
- CARVALHO, Maria Alice Rezende de. Cultura política, capital social e a questão do déficit democrático no Brasil. In: VIANNA, Luiz Werneck. (Org). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002.
- CASTELLS, Manuel. **A era da informação**: economia, sociedade e cultura. São Paulo: Paz e Terra, 1999.
- COMITÊ Gestor da Internet no Brasil. **Princípios para o Uso e a Governança da Internet no Brasil**. Resolução CGI.br/RES/2009/003/P. São Paulo: CGI.br, 2009. Disponível em: <www.cgi.br/resolucoes/documento/2009/003>. Acesso em: 05 out. 2017.
- DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 2001.
- FREITAS, Carla Dal Sasso; PIMENTA, Marcelo Soares. Big data, visualização de informações e visual analytics em suporte a políticas públicas. In: PIMENTA, Marcelo Soares; CANABARRO, Diego Rafael (Orgs.). **Governança Digital**. Porto Alegre: UFRGS/CEGOV, 2014. p. 98-114.
- HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002.

\_\_\_\_\_. **Direito e Democracia:** entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HELD, David. **Modelos de democracia.** Belo Horizonte: Paidéia, 1987.

JARDIM, J. M. A construção do e-gov no Brasil: configurações político-informacionais. In: **Encontro nacional da ciência da informação, 5., 2004, Salvador, BA. Anais.** Salvador: CIFORM, 2004. Disponível em: <[www.cinform.ufba.br/v\\_anais/artigos/josemariajardim.html](http://www.cinform.ufba.br/v_anais/artigos/josemariajardim.html)> Acesso em: 08 out. 2017.

KUNTZ, Rolf. FARIA, José Eduardo. **Qual o futuro dos direitos:** estado, mercado e justiça na reestruturação capitalista. São Paulo: Max Limonad, 2002.

LÉVY, Pierre. **Cibercultura.** São Paulo: Ed. 34, 1999.

\_\_\_\_\_. **Ciberdemocracia.** Lisboa: Instituto Piaget, 2003.

LIMBERGER, Têmis. Da evolução do direito a ser deixado em paz à proteção dos dados pessoais. **Revista do Direito**, Santa Cruz do Sul, v. 2, n. 30, julho/dezembro 2008. p.138-160. ISSN 1982-9957. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/580/472>. Acesso em: 10 dez. 2017.

MÁRMOL, José Luis Marti. Democracia y deliberación. Una reconstrucción del modelo de Jon Elster. **Revista de Estudios Políticos**, nº 113, julio-septiembre de 2001. p. 161-192.

MÜLLER, Caroline Bitencurt; RECK, Janriê Robrigues. Controle da transparência na contratação pública no Brasil – o acesso à informação como forma de viabilizar o controle social da Administração Pública. **Revista do Direito**, Santa Cruz do Sul, v. 2, n. 49, p. 96-115, maio/2016. ISSN 1982-9957. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/7892>. Acesso em: 10 dez. 2017.

MOUFFE, Chantal. **La-Paradoja Democrática.** Barcelona: Editorial Gedisa, 2003.

PATEMAN, Carole. **Participação e teorias da democracia.** Tradução de Luiz Paulo Rouanet. Rio de Janeiro: Paz e terra, 1992.

PIAIA, Thami Covatti. A inovação tecnológica como fator de desenvolvimento para uma sociedade multicultural. In: BERTASO,

João Martins. (Org). **Cidadania, diversidade, reconhecimento.** Santo Ângelo: FURI, 2012. p.226-239.

PUTNAM, Robert. **Comunidade e democracia:** a experiência da Itália moderna. Tradução de Luiz Alberto Monjardim. Rio de Janeiro: FGV, 2000.

ROSENAU, James N. Governança, Ordem e Transformação na Política Mundial. In: Rosenau, James N. e Czempiel, Ernst-Otto. **Governança sem governo:** ordem e transformação na política mundial. Brasília: Ed. Unb e São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000. p. 11-46.

RUEDIGER, M. A. Governo eletrônico ou governança eletrônica: conceitos alternativos no uso das tecnologias de informação para o provimento de acesso cívico aos mecanismos de governo e da reforma do Estado. In: **Concurso de ensayos y monografias del clad sobre reforma del estado y modernización de la administracion pública.** 21., 2002, Caracas. Anais. Caracas, 2002.

SCHUMPETER, Joshep. **Capitalismo, Socialismo e Democracia.** Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1984.

SOUZA, Cristiane Fernandes de; SOUZA, Paulo de Tarso Fernandes de. Direito e democracia - o significado das leis e do legislativo na teoria da democracia. **Revista do Direito**, Santa Cruz do Sul, v. 1, n. 51, jul. 2017. ISSN 1982-9957. Disponível em: <<https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/7784>>. Acesso em: 10 dez. 2017.

TORRES, Gustavo da Gama; PIMENTA, Marcelo Soares. Sistemas de governo eletrônico são ecossistemas digitais. In: PIMENTA, Marcelo Soares; CANABARRO, Diego Rafael (Orgs.). **Governança Digital.** Porto Alegre: UFRGS/CEGOV, 2014. p. 8097.

TOURAINÉ, Alain. **Iguais e diferentes:** poderemos viver juntos? Tradução de Carlos Aboim de Brito. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

RESUMOS



## O sistema democrático-participativo suíço como referência: uma comparação com as possibilidades de participação no contexto brasileiro

Roberta de Moura Ertel<sup>1</sup>

João Felipe Lehmen<sup>2</sup>

Discute-se muito acerca do modelo participativo de democracia e seus instrumentos de concretização, mais notadamente em períodos eleitorais, estando em voga o direito humano à participação política, questionado o seu exercício em um modelo limitador de democracia representativa. Nesse cenário, muitas vezes equivocado de percepção, o presente estudo tem por objetivo analisar o direito à participação política a partir das possibilidades de exercício de democracia direta no contexto brasileiro, trazendo um comparativo com o sistema democrático suíço (hoje referência mundial do modelo democrático-participativo).

O estudo ora proposto é desenvolvido a partir do seguinte problema de pesquisa: O quanto as formas de participação direta dentro da democracia brasileira se aproximam do modelo de participação Suíça? E, nesse sentido, há satisfatória participação política dos cidadãos brasileiros?

A metodologia utilizada será a hipotético-dedutiva, com utilização da técnica de pesquisa bibliográfica. Como hipótese a ser confirmada ou refutada na conclusão do presente estudo, tem-

1 Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), na linha de pesquisa Constitucionalismo Contemporâneo. Bolsista PROSUC/CAPES, modalidade II. Integrante do Grupo de Pesquisa denominado Estado, Administração Pública e Sociedade, coordenado pelo professor doutor Rogério Gesta Leal. Advogada. E-mail: roberta.ertel@gmail.com

2 Mestrando do PPGD – Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC/RS, bolsista PROSUC/CAPES Modalidade II. Advogado e consultor na Delegação de Prefeituras Municipais – DPM. Ex-assessor jurídico municipal. Membro do Instituto Gaúcho de Direito Eleitoral – IGADE e da Comissão de Direito Eleitoral da OAB/RS. Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários – IBET. Pós-graduando em Direito Público. E-mail: felipelehmen12@hotmail.com.

se que o Brasil possui, embora seja desconhecido por muitos, instrumentos de participação democrática direta dos cidadãos. Esses mecanismos, contudo, ainda que devidamente regulamentados e previstos normativamente, precisam superar obstáculos de ordem prática. De igual sorte, em comparação com o modelo adotado na Suíça, na realidade brasileira, se mostra necessária uma atualização para concretizar o direito humano à efetiva participação política dos cidadãos para além do sufrágio universal.

Como resultados prévios, obtém-se que no Brasil, assim como na Suíça, há previsão de plebiscito, referendo e iniciativa popular. Porém, por mais que haja previsão constitucional, a efetivação desses postulados na democracia direta é pouco utilizada, e ficam muitas vezes vinculados à atuação exclusivamente do legislador, sobretudo por questões de ordem operacional que ainda não foram devidamente superadas.

A participação política configura-se como direito fundamental no contexto da Constituição Federal, enquanto manifesto da cidadania e pressuposto da democracia, colocando o cidadão como ator ativo na gestão pública. Todavia, para que ocorra maior efetivação da participação política, é necessário construir uma cultura participativa, em que haja estímulo para o povo exercer seu dever de fiscalização, bem como o incentivo para criação de mecanismos por parte dos entes públicos que fomentem a participação cidadã (DE CARLI; DE CARLI, 2010, p. 328). Tem-se como ápice da participação política o modelo de democracia direta, em que é propiciado ao cidadão ser ouvido e consultado acerca de seus anseios e opiniões.

Assim, o trabalho é desenvolvido a partir da análise das possibilidades e a eficácia da participação política popular no modelo democrático brasileiro, a partir da comparação com o modelo único e muito bem-sucedido de democracia direta que ocorre na Suíça.

Em 1848, a Constituição Federal da Suíça incorporou a forma de participação cidadã em diversos níveis da Administração Pública: desde os níveis locais até as estruturas superiores da administração (em nível federal). Já em 1999, a Constituição buscou regular e proteger direitos reconhecidos na maioria das Cartas Fundamentais, tais como os direitos civis, políticos e sociais. A

participação política popular no jogo democrático suíço, por sua vez, não é expressa na Constituição por meio de um princípio ou de um direito, mas é garantida pela regulação dos mecanismos necessários para sua efetivação (SOTO BARRIENTOS, 2012).

Nesse sistema, para que uma iniciativa popular seja levada ao plebiscito em nível federal, os apoiadores devem recolher ao menos 100 mil assinaturas dos cidadãos dentro do lapso temporal de dezoito meses. Sendo isso cumprido, o Conselho Federal (corpo de sete ministros que governa a Suíça) deve discutir a iniciativa no prazo de um ano para apresentar um texto ao Parlamento. Discutida a proposta da iniciativa, o Parlamento recomenda aos eleitores se deve ser aceita ou não (tornando-se um plebiscito). Os eleitores são livres para votar, independentemente da recomendação. Para se tornar uma emenda constitucional, a iniciativa precisa de maioria dos votos e também da aprovação, pela maioria, dos 26 cantões suíços.

Outra característica do sistema suíço é que não há um controle de constitucionalidade das leis promulgadas pelo Parlamento. Essa ausência de controle judicial é justificada pelo fato de que há um forte controle exercido pelos cidadãos, o que cumpriria o papel. O controle constitucional de leis feito pelo cidadão faz da Suíça uma democracia de maioria, no sentido mais fidedigno que a palavra pode ter, uma vez que em alguns momentos será a população a responsável por interpretar a Constituição e dar a última palavra (SOTO BARRIENTOS, 2012).

Mesmo assim, a participação cidadã, vista como uma contribuição para a descentralização da tomada de decisões e para a salvaguarda e atualização dos direitos fundamentais, caracteriza o modo de governar na Suíça, o que tem permitido ao longo dos anos uma evolução na atual forma de Estado e de governo. Ademais, pela sua forma de organização democrática, e especialmente pela combinação entre federalismo e mecanismos de democracia direta, a Suíça é um verdadeiro “laboratório democrático”, que possibilita a comparação entre várias fórmulas participativas (SOTO BARRIENTOS, 2012), e justamente por isso ora serve de análise comparativa ao presente trabalho.

Ademais, qualquer cidadão que queira lançar um referendo (opcional) precisa coletar pelo menos 50 mil assinaturas no prazo

de cem dias depois da aprovação da lei no Parlamento, que, para ser submetida à revisão, necessita apenas da maioria dos votos dos eleitores.

Apesar de esse sistema servir de modelo inspirador à efetivação da democracia direta, há que se pontuar algumas críticas: nele, há possibilidade de haver descumprimento de pactos internacionais devido à vontade da população (como aconteceu, por exemplo, com o caso de deportação de estrangeiros); além disso, conforme já mencionado, nem sempre uma maioria vota, sendo as decisões imprevisíveis; e, por fim, o processo participativo tem um alto custo para o setor público.

Feita a breve análise do sistema modelo, em nível mundial, de democracia direta – que propicia grande participação popular nas decisões do governo, sendo apresentado seu processo, suas vantagens e suas críticas –, cabe a partir desse panorama analisar as possibilidades de concretização da participação direta dentro do sistema democrático brasileiro.

A participação política do cidadão no Brasil ganha maior relevância a cada dois anos, ocasião em que os eleitores vão às urnas para escolher seus representantes, em âmbito local, quando as eleições são municipais, ou em âmbito geral, quando os cargos em disputa se referem às circunscrições federal e estadual. Essa participação foi impulsionada, aparentemente, nas eleições de 2018, por meio da utilização da rede mundial de computadores. Isso ocorreu, sobretudo, por meio das redes sociais, onde militantes, apoiadores ou eleitores, em geral, têm buscado externar suas opiniões políticas a favor ou contra determinado candidato, muito também pela dicotomia de ideias apresentadas pelos postulantes que chegaram ao segundo turno das eleições. Nas eleições municipais, entretanto, por conta de uma maior proximidade entre os eleitores e seus respectivos candidatos, esse engajamento no processo eleitoral – e consequentemente na democracia – também tende a ser mais elevado.

Acontece que a participação política no Brasil não está adstrita única e exclusivamente a essa possibilidade de eleger os representantes. Junto com a democracia representativa, que consiste na eleição dos representantes, há destacado espaço de participação direta dos cidadãos no processo democrático.

Embora exista desconhecimento, ou pouca informação a respeito desses instrumentos de exercício da democracia direta, o que decorre de uma postura apolítica ou apática por parte do cidadão, o certo é que no modelo constitucional brasileiro são previstas três formas de participação direta: por meio do plebiscito, do referendo e da iniciativa popular (como também previsto pelo modelo suíço). O plebiscito resta diferenciado do referendo pelo momento em que é proposto. No primeiro caso, o plebiscito consiste em consulta prévia a determinada situação que será ou poderá ser analisada pelas Casas do Congresso Nacional (art. 2, § 1º da Lei nº 9.709/1998), enquanto o referendo, também mecanismo de consulta, é utilizado quando a proposta já foi aprovada pelo Poder Legislativo, mas há o desejo de consulta com relação à postura que foi adotada pelo órgão legislativo.

Após a promulgação da Constituição de 1988, e nos moldes que ela dispõe a respeito desses dois mecanismos de consulta, já foram realizados alguns plebiscitos e referendos, merecendo destaque o plebiscito de 21 de abril de 1993 (quando se optou por manter o regime republicano e o sistema presidencialista) e o ocorrido em 23 de outubro de 2005 (sobre a proibição da comercialização de armas de fogo e munições, com vistas à aprovação ou não do disposto no art. 35 da Lei nº 10.826, de 23 de dezembro de 2003, conhecida como Estatuto do Desarmamento). Nesta última consulta, a maioria do eleitorado preferiu votar a favor da comercialização de arma de fogo.

É importante ressaltar ainda que esses dois mecanismos, conforme reproduzido ao longo do texto, são instrumentos de consulta, mas não necessariamente vinculam o Poder Legislativo, haja vista que é necessária a aprovação legislativa para que surtam os efeitos legais. Isso significa dizer, em outras palavras, que embora a decisão popular seja em determinado sentido, essa questão não tem efeitos práticos e imediatos na democracia, muito menos na posição política que tomará a Casa Legislativa encarregada de eventualmente apreciar a matéria.

É a partir daí que surgem críticas ao modelo de democracia direta atualmente estabelecido no Brasil. Isso se dá principalmente porque o povo, soberano do poder na democracia, tem a possibilidade de ser convocado, mas não caminha com a mes-

ma certeza a aprovação da vontade manifestada por ele, já que o Poder Legislativo não está vinculado à decisão adotada pelo titular soberano do poder. Tem-se, assim, o próprio exemplo do Estatuto do Desarmamento: a maioria da população manifestou a favor da liberação de armas e, apesar disso, após a aprovação do referendo, o estatuto trilhou caminho completamente contrário à consulta popular, dificultando imensamente a compra e a posse de armas.

Além desses dois mecanismos de consulta analisados, também está disponível para a concretização da participação política diretamente pelos cidadãos as leis de iniciativa popular. Nos trinta anos da Constituição, algumas leis desse tipo já foram aprovadas pelo Congresso Nacional, sendo possível destacar a Lei nº 8.930/1994 e a Lei Complementar nº 135/2010, denominada Lei da Ficha Limpa, que torna inelegível por oito anos a pessoa que tiver sido condenada em processos criminais em segunda instância, políticos cassados ou que tenham renunciado para evitar a cassação.

Ofertadas assim as premissas dos dois modelos, percebe-se que a democracia mais efetiva, na prática, é aquela exercida na Suíça, pois conta com um procedimento altamente qualificado de participação política popular por meio de consulta popular, plebiscito e referendo, familiares dentro do contexto brasileiro. Essa constatação decorre do fato de que em trinta anos de Constituição Federal, no caso brasileiro, ínfimas vezes o povo foi chamado a participar. Além disso, outro fator que contribuiu para isso foi a desoneração do Poder Legislativo em acatar as decisões do povo adotadas por meio dos mecanismos de exercício direto da democracia, em completa oposição ao modelo da Suíça, em que os cidadãos têm liberdade de votar de acordo com seus anseios, independentemente das recomendações do Parlamento.

Assim, confirma-se a hipótese dada ao problema, eis que, mesmo existindo instrumentos de democracia direta e a sua respectiva regulamentação no Brasil, ainda possuem obstáculos de concretização. Isso denota a necessidade de atualização para que a participação política como direito humano do cidadão seja alcançada em sua plenitude.

## Referências

BRASIL. Senado Federal. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 26 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 9.709, de 18 de novembro de 1998**. Regulamenta a execução do disposto nos incisos I, II e III do art. 14 da Constituição Federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9709.htm)>. Acesso em: 9 set. 2018.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003**. Dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – Sinarm, define crimes e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2003/L10.826.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.826.htm)>. Acesso em: 9 set. 2018.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.930, de 6 de setembro de 1994**. Dá nova redação ao art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8930.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8930.htm)>. Acesso em: 9 set. 2018.

\_\_\_\_\_. **Lei Complementar nº 135, de 4 de junho de 2010**. Altera a Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, que estabelece, de acordo com o § 9º do art. 14 da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação e determina outras providências, para incluir hipóteses de inelegibilidade que visam a proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/Lcp135.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp135.htm)>. Acesso em: 9 set. 2018.

DE CARLI, P.; DE CARLI, A. B. Considerações acerca da participação política no Brasil: a necessária concretização dos direitos humanos de primeira geração. In: GORCZEVSKI, Clovis (Org.). **Direitos humanos e participação política**. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2010. v. I, p. 325-346.

SOTO BARRIENTOS, Francisco. La democracia como forma de Estado: análisis de los mecanismos de participación directa en la constitución Suiza. **Estudios Constitucionales**, ano 10, n. 1, p. 373 – 402, 2012.

## O planejamento do enfrentamento ao trabalho infantil a partir da identificação de pontos vulneráveis no âmbito municipal

Maria Eliza Leal Cabral<sup>1</sup>  
Rafael Bueno da Rosa Moreira<sup>2</sup>

### Resumo

A exploração do trabalho infantil é um fenômeno com um contexto de complexidades, sendo uma atividade que se caracteriza por violar direitos humanos e fundamentais de crianças e adolescentes. Para que sejam contempladas as especificidades inerentes a cada localidade no que tange ao efetivo enfrentamento ao trabalho infantil, faz-se necessário conhecer a realidade municipal a partir de diagnósticos que permitam o estabelecimento de estratégias que orientem as ações que devem ser desenvolvidas pelas equipes técnicas das políticas públicas destinadas ao atendimento, à proteção, à justiça e à promoção de direitos de crianças e adolescentes.

Assim, tem-se por objetivo geral analisar a importância dos diagnósticos na esfera local para o planejamento do enfrentamento ao trabalho infantil, o que possibilita a identificação de

- 1 Mestranda no Programa da Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), com taxa CAPES. Membro do Grupo de Estudos “Direitos Humanos da Criança, Adolescente e Jovens”, vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado, da UNISC. E-mail: melizacabral@gmail.com.
- 2 Doutorando em Direito com Bolsa Proscap Capes Modalidade II e Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), integrante do Grupo de Estudos em Direitos Humanos de Crianças, Adolescentes e Jovens (GRUPECA/UNISC) e do Grupo de Pesquisa Políticas Públicas de Inclusão Social (UNISC). Professor do Curso de Graduação em Direito da Universidade da Região da Campanha (URCAMP/Bagé). Coordenador do Projeto de Pesquisa sobre Trabalho Infantil e Políticas Públicas para o seu enfrentamento no município de Bagé-RS (URCAMP) e do Grupo de Estudos em Direitos Humanos de Crianças e Adolescentes nos Países do Mercosul (GEDIHCA/URCAMP). E-mail: rafaelbmoreira2@yahoo.com.br. O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Código de Financiamento 001.

pontos vulneráveis no contexto social e econômico dos municípios e potencializa a erradicação em vista de ações que atentem para as peculiaridades do espaço.

Para tal, propõem-se como objetivos específicos verificar a proteção jurídica estabelecida no Brasil contra o trabalho infantil com base no marco teórico da proteção integral dos direitos da criança e do adolescente, analisar as principais causas para o trabalho infantil e demonstrar a relevância do planejamento de ações periódicas, direcionadas e otimizadas para que as políticas públicas obtenham êxito.

O problema que orienta a pesquisa é: “Como se dá a identificação de pontos vulneráveis para que haja o estabelecimento de planejamento adequado de estratégias e ações de enfrentamento ao trabalho infantil no âmbito municipal?” Pode-se identificar, introdutoriamente, que o Brasil possui proteção jurídica consolidada para o enfrentamento ao trabalho infantil, sendo que as maiores dificuldades para a erradicação do problema dizem respeito às dimensões políticas e sociais. As causas econômicas e culturais impactam consideravelmente na exploração do trabalho infantil, sendo necessários diagnósticos, tendo por base o poder local, para que se obtenham ações de políticas públicas especializadas e de acordo com as particularidades de cada município.

O método de abordagem utilizado no trabalho é o dedutivo, a partir da análise inicial das premissas gerais sobre o tema, havendo o aprofundamento com desenvolvimento teórico que se embasa em verificação das premissas específicas. O método de procedimento é o monográfico, tendo como técnicas de pesquisa a bibliográfica, por meio do estudo de artigos científicos, livros, teses e dissertações sobre o tema, e a documental, pela verificação do Plano Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil e Proteção ao Trabalhador Adolescente. O resumo expandido está vinculado ao Grupo de Trabalho “Estado, Mercado e Sociedade: equações de equilíbrio”.

Palavras-chave: Crianças e Adolescentes – Proteção Integral – Trabalho Infantil

## Referencial teórico

O trabalho infantil é uma prática exploratória contra crianças e adolescentes que vem impactando em fatores como a violação de direitos humanos e fundamentais em suas diversas ramificações, exclusão social e pobreza. Estima-se que 2,6 milhões de crianças e adolescentes foram explorados em atividades de trabalho infantil em 2015 no Brasil (IBGE, 2016), o que não difere significativamente dos seis anos anteriores, que, respectivamente, retratam indicadores de exploração de trabalho infantil de: 3,3 milhões em 2014 (IBGE, 2015); 3,1 milhões em 2013 (IBGE, 2014); 3,6 milhões em 2012 (IBGE, 2013); 3,5 milhões em 2011 (IBGE, 2012); e 3,4 milhões em 2010 (BRASIL, 2011).

O Brasil vem estruturando proteção jurídica consistente para o enfrentamento ao trabalho infantil, que se deu, no âmbito internacional, especialmente, com as ratificações da Convenção sobre os Direitos da Criança da Organização das Nações Unidas, da Convenção 138 da Organização Internacional do Trabalho e da Convenção 182 da Organização das Nações Unidas, assumindo compromisso internacional de desenvolver ações de enfrentamento ao problema, por meio de proteção jurídica em benefício da infância e de ações desenvolvidas por políticas públicas para erradicar tais práticas exploratórias.

No ordenamento jurídico interno brasileiro, por sua vez, a Constituição da República Federativa do Brasil possui significativos atributos contra o trabalho infantil, estabelecendo hierarquia constitucional sobre o estabelecimento de idades mínimas para a execução do trabalho e garantia de direitos fundamentais a crianças e adolescentes. O Estatuto da Criança e do Adolescente e a Consolidação das Leis do Trabalho também estabeleceram proteções contra o trabalho infantil.

A teoria da proteção integral é o marco teórico e temporal do estudo, tendo sido consolidada no Brasil a partir do estabelecimento de bases jurídicas nacionais e internacionais de sustentação aos direitos da criança e do adolescente, o que se iniciou no ano de 1988. A estruturação legal sobre o tema primou pelo reconhecimento universal de crianças e adolescentes como sujeitos titulares de garantias e direitos fundamentais, que seriam

próprios de pessoas em situação peculiar de desenvolvimento e necessitam de proteções especializadas de acordo com sua condição geracional. Para tanto, utiliza-se de princípios, direitos fundamentais e regras jurídicas em prol do desenvolvimento integral da infância. A teoria da proteção integral trouxe estrutura que fundamenta a possibilidade de obtenção da concretização de direitos por meio de políticas públicas realizadas pelo Sistema de Garantia de Direitos da Criança e do Adolescente e pela Rede de Atendimento (CUSTÓDIO, 2008, p. 30-31).

A instituição de idades mínimas para a realização do trabalho no ordenamento jurídico nacional e a confecção/aprovação do Plano Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil e Proteção do Adolescente Trabalhador contemplam requisitos basilares para o estabelecimento do conceito de trabalho infantil no Brasil, que: “[...] é toda atividade laboral praticada abaixo da idade mínima permitida para determinado tipo de trabalho, podendo ser uma atividade econômica e/ou estratégia de sobrevivência, remunerada ou não, realizada por crianças ou adolescentes” (CUSTÓDIO; MOREIRA, 2015, p. 69).

Portanto, o exercício do trabalho no Brasil é permitido somente a partir dos 14 anos de idade, desde que na condição de aprendizagem, cumprindo com os requisitos expressos na Lei nº 10.097, de 15 de dezembro de 2000. Para as demais atividades laborais, a idade mínima é de 16 anos, exceto nos casos de trabalho perigoso, noturno, insalubre, penoso ou para o trabalho em qualquer uma das denominadas “piores formas de trabalho infantil”, previstas na Convenção 182 da Organização Internacional do Trabalho e no Decreto nº 6.481, de 12 de junho de 2008, também denominado Lista das Piores Formas de Trabalho Infantil no Brasil – Lista TIP, onde a idade mínima para o exercício de tais atividades é de 18 anos (CUSTÓDIO; MOREIRA, 2015, p. 69).

As principais causas para o trabalho infantil na atualidade são as privações ou violações de direitos próprios da situação de pobreza ou exclusão social da família, na perspectiva econômica, e a cultura favorável ao trabalho infantil a partir de discursos míticos, embasados em senso comum e não condizentes com verdades científicas, reproduzidos nos ambientes sociais, bem como que acabam naturalizando a condição de exploração de trabalho

infantil como algo benéfico e positivo, o que decorre da dimensão cultural.

Tais causas são preponderantes para que ocorra a violação da proteção integral na sua multidimensionalidade de direitos humanos e fundamentais inerentes à infância, levando, também, à perpetuação de ciclos intergeracionais de pobreza, coisificação de crianças e adolescentes e reprodução da perspectiva cultural exploratória do trabalho infantil.

O princípio da tríplice responsabilidade compartilhada impõe deveres à família, à sociedade e ao Estado em prol da concretização dos direitos de crianças e adolescentes, atribuindo protagonismo na modificação de práticas culturais violadoras de direitos arraigadas na sociedade (VERONESE; LEME, 2015, p. 250). Dessa forma, o enfrentamento ao trabalho infantil é um dever tripartite e que necessita de coparticipação para um melhor resultado.

Entretanto, o princípio da tríplice responsabilidade compartilhada estabelece responsabilidades, mas não demonstra os caminhos que devem ser traçados, estrategicamente, para enfrentar as causas. Estas devem ser verificadas a partir do patamar de cada município. Ou seja, há a necessidade da observação do princípio da descentralização política e administrativa e da participação popular, atentando-se, respectivamente, para a realidade local e mediante o incentivo à participação popular no que tange à articulação entre o Estado e a sociedade civil no desenvolvimento de políticas públicas (LIMA, 2001, p. 260-267).

A realização de diagnósticos que retratem a realidade do município em relação à exploração do trabalho infantil é fundamental para a definição do planejamento de estratégias que, posteriormente, tornam-se ações desenvolvidas pelos órgãos do Sistema de Garantia de Direitos de Crianças e Adolescentes ou da Rede de Atendimento, atentando para cada atribuição, que são direcionadas para as causas do trabalho infantil em determinada localidade.

Os conselhos municipais dos direitos da criança e do adolescente são os órgãos responsáveis por construir os planos municipais que irão orientar o enfrentamento ao trabalho in-

fantil, preferencialmente a partir de diagnósticos realizados por profissionais e equipes técnicas capacitadas e que primam pela participação popular. Os diagnósticos devem constatar as especificidades do trabalho infantil no município, coletando dados indicadores que demonstrem o perfil (características pessoais, econômicas e familiares), assim como identificar pontos vulneráveis, tipos de atividades, causas e períodos de incidência.

A partir da construção dos diagnósticos é possível orientar o planejamento de estratégias de acordo com as competências sistêmicas dos órgãos dos municípios, proporcionando a realização de ações por meio das políticas públicas de atendimento, proteção, justiça e promoção de direitos direcionadas as causas exploratórias de cada realidade.

## Conclusão

Com o desenvolvimento da pesquisa, evidenciou-se que o Brasil vem agindo no sentido de enfrentar o trabalho infantil em busca de sua erradicação, consolidando a proteção jurídica nacional, que está de acordo com o que preveem as convenções internacionais em relação ao tema, assim como possuindo políticas públicas com atribuições para efetivar o estabelecido juridicamente. Afirma-se a importância da responsabilidade interinstitucional das políticas públicas destinadas à infância em prol da erradicação do trabalho infantil, devendo atuar de forma sistêmica, articulada e em rede.

O trabalho infantil é um fenômeno complexo e multicausal, destacando-se a necessidade de enfrentar os fatores culturais, econômicos e demais peculiaridades para sua erradicação. Com tal finalidade, fundamentais são os diagnósticos municipais realizados por profissionais e equipes técnicas que, a partir da iniciativa dos Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente, irão orientar o planejamento estratégico de ações para o desenvolvimento de políticas públicas em prol da erradicação do trabalho infantil de acordo com as especificidades locais.

## Referências

BRASIL. **Plano Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil e Proteção do Adolescente Trabalhador**. Comissão Nacional de Erradicação do Trabalho Infantil. 2. ed. Brasília: Ministério do Trabalho e Emprego, 2011.

CUSTÓDIO, André Viana. Teoria da proteção integral: pressupostos para a compreensão do direito da criança e do adolescente. **Revista do Direito**, Santa Cruz do Sul, n. 29, p. 22-43, jan./jun. 2008.

\_\_\_\_\_; MOREIRA, Rafael Bueno da Rosa. **Exploração sexual comercial de crianças e adolescentes**: reflexões contemporâneas no contexto do Brasil, da Argentina e do Uruguai. Curitiba: Multideia, 2015.

LIMA, Miguel Moacyr Alves. **O direito da criança e do adolescente**: fundamentos para uma abordagem principiológica. 2001. 479f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2001.

IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Pesquisa nacional por amostra de domicílios 2011**. Rio de Janeiro: IBGE, 2012.

\_\_\_\_\_. **Pesquisa nacional por amostra de domicílios 2012**. Rio de Janeiro: IBGE, 2013.

\_\_\_\_\_. **Pesquisa nacional por amostra de domicílios 2013**. Rio de Janeiro: IBGE, 2014.

\_\_\_\_\_. **Pesquisa nacional por amostra de domicílios 2014**. Rio de Janeiro: IBGE, 2015.

\_\_\_\_\_. **Pesquisa nacional por amostra de domicílios 2015**. Rio de Janeiro: IBGE, 2016.

VERONESE, Josiane Rose Petry; LEME, Luciana Rocha. A política de atendimento. In: VERONESE, Josiane Rose Petry; ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo (Coords.). **Estatuto da criança e do adolescente**: 25 anos de desafios e conquistas. São Paulo: Saraiva, 2015.

# A impossibilidade de utilizar a prova diabólica como um limitador para a distribuição do ônus da prova nas tutelas das garantias transindividuais ao meio ambiente<sup>1</sup>

Gabriella Guimarães Moita<sup>2</sup>

A presente pesquisa tem por objetivo analisar a possibilidade de utilizar as provas excessivamente onerosas – chamadas de provas diabólicas – como limitadores para a distribuição do ônus da prova pelo juiz nos processos coletivos, tendo por foco principal as garantias transindividuais ao meio ambiente. Busca-se definir se a onerosidade excessiva a uma das partes é capaz de ser valorada de forma a suprimir o direito fundamental afetado pela ocorrência da conduta danosa.

A questão que norteia a pesquisa é definir se há possibilidade de afastar o limitador da prova diabólica, disposto no art. 373, § 2º, do Novo Código de Processo Civil, nos casos que versarem sobre danos causados aos direitos transindividuais, tendo por principal foco a discussão acerca do direito transindividual ao meio ambiente.

Para abordar a problemática é imperioso: indicar no que consiste a teoria das cargas probatórias dinâmicas, descrevendo os conceitos de distribuição dinâmica e de inversão do ônus da prova; especificar a que geração pertencem os direitos conflitantes; e definir a forma de solucionar a questão do conflito entre

1 Pesquisa desenvolvida no âmbito do Projeto de Pesquisa Garantias Processuais Cíveis dos Bens Transindividuais, coordenado pelo professor doutor Handel Martins Dias e vinculado no CNPq ao Grupo de Pesquisa Tutelas à Efetivação dos Direitos Transindividuais do Programa de Pós-Graduação em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público.

2 Bacharelada em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público. Integrante do Grupo de Estudos do Projeto de Pesquisa Garantias Processuais Cíveis dos Bens Transindividuais do Programa de Pós-Graduação em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público, coordenado pelo professor doutor Handel Martins Dias e vinculado no CNPq ao Grupo de Estudos Tutelas à Efetivação dos Direitos Transindividuais. E-mail: gabriellamoita@outlook.com.

regras e princípios que regem a discussão. Para tanto, analisar-se-á jurisprudência e doutrina, com enfoque em direito processual civil, direito constitucional, e teoria da argumentação jurídica.

A teoria das cargas probatórias dinâmicas teve início no século XX, na Alemanha, tendo sido revivida por Jorge Peyrano, e propõe que, verificada uma situação de desigualdade ou impossibilidade de produção da prova por uma das partes, deve-se romper com a regra geral da distribuição estática do ônus da prova, de forma a construir um conjunto probatório adequado para a solução do caso concreto. A distribuição estática do ônus da prova consiste na incumbência do autor em provar os fatos constitutivos de seu direito, e, do réu, em provar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor. Tal método é adotado como regra geral de distribuição do ônus da prova no direito processual civil brasileiro, restando disposto no caput do art. 373 do NCPC.

A distribuição dinâmica do ônus da prova, positivada no § 1º do art. 373 do Código de Processo Civil, consiste na exceção à regra geral da distribuição estática do ônus da prova, possibilitando a atribuição do ônus probatório de modo diverso nos casos em que, por previsão legal ou em razão das particularidades do caso concreto, for impossível ou extremamente onerosa a produção das provas nos termos da teoria da distribuição estática, ou nos casos em que a obtenção da prova do fato contrário for mais fácil. O referido artigo traz no § 2º o limitador da prova diabólica, que consiste na impossibilidade de se proceder a distribuição ou inversão do ônus da prova caso acarrete em excessiva onerosidade à parte que receber o encargo da produção probatória. É imperioso ressaltar que os conceitos de distribuição e inversão do ônus da prova são considerados no presente estudo como graus de distribuição do ônus da prova. Ou seja, a inversão do ônus da prova consiste no grau máximo de distribuição dinâmica do ônus da prova, tendo em vista que incumbirá exclusivamente a uma das partes o ônus de produzir as provas.

Na problemática principal da presente pesquisa, traz-se o conflito entre a garantia processual à vedação da produção de provas diabólicas por uma das partes, e a garantia fundamental ao meio ambiente. Para que se solucione o conflito, é necessário

definir no que consistem ambas as garantias, bem como delimitar a que geração de direitos estas pertencem.

A garantia processual à vedação da produção de provas diabólicas consiste em um direito de primeira geração, visto que traz à baila uma garantia do sujeito ante o processo (Estado), e, como os demais direitos de primeira geração, tem por titular o indivíduo, e é oponível, sobretudo, ao Estado, principal destinatário do dever de abstenção (NOVELINO, 2018).

A garantia fundamental ao meio ambiente, por sua vez, consiste em um direito fundamental de terceira geração; é um direito transindividual, isto é, que vai além dos interesses do indivíduo, pois são concernentes à proteção do gênero humano, com altíssimo teor de humanismo e universalidade (LENZA, 2016). Os direitos de terceira geração “pressupõem o dever de colaboração de todos os estados e não apenas o actuar activo de cada um e transportam uma dimensão colectiva justificadora de um outro nome dos direitos em causa: o direito dos povos” (CANOTILHO, 2003).

Tendo em vista que a presente pesquisa é fundada no conflito entre a vedação às provas diabólicas, disposta no Código de Processo Civil, e o direito transindividual ao meio ambiente, disposto no art. 225 da Constituição Federal, faz-se imperioso estabelecer no que consistem cada uma dessas normas, bem como definir como se procederá a solução entre o conflito suprarreferido. Para tanto, é necessário expor os conceitos de regra e princípio, os quais compõem as normas.

Os princípios são mandamentos de otimização, ou seja, normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, razão pela qual podem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado por princípios e regras colidentes. Já as regras são normas que são sempre satisfeitas ou não. Portanto, as regras contêm determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é qualitativa, não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio (ALEXY, 2011). Portanto, é possível

concluir que a garantia transindividual consiste em um mandamento de otimização, ou seja, em um princípio; e a vedação à prova diabólica consiste em uma determinação fática e juridicamente possível, ou seja, em uma regra.

Diante do conflito de ambas no caso concreto, por tratar-se de conflito entre regra e princípio, é necessário atribuir à regra uma cláusula de exceção decorrente do princípio, tendo em vista que não se almeja a exclusão desta do ordenamento jurídico, mas solucionar o caso em pauta. Para tanto, é necessário “dar precedência a um princípio em relação a outro caso haja razões equivalentes em favor de ambos ou em caso de dúvida” (ALEXY, 2011), ou seja, é necessário que se motive o porquê da necessidade de criar uma cláusula de exceção à regra, devendo-se apresentar quais são os princípios por ela tutelados e quais são os princípios afetados, motivando-se, também, a razão pela qual se dará precedência a estes em relação àqueles.

Outrossim, ao se proceder a análise da problemática central da presente pesquisa – qual seja, a manutenção da afetação ao meio ambiente em caso de impossibilidade de se inverter o ônus probatório em razão da prova diabólica –, conclui-se justificável o afastamento do disposto no § 2º do art. 373 do CPC, a fim de garantir a manutenção do meio ambiente, visto que não haveria possibilidade de se retomar o status quo ante deste caso a afetação atingisse seu grau máximo.

Ademais, é usual a aplicação da inversão do ônus da prova de pronto nos casos de discussão acerca do meio ambiente, devendo ser a prova produzida pela parte que causou o dano (Ré), a qual deve arcar com as custas para a produção da prova, ainda que culmine em grande onerosidade, sendo garantida a esta o ressarcimento das custas no caso de absolvição, e, caso resulte em condenação, se consideram, como parte da pena, tais despesas com a produção das provas.

Nesses termos, diversos julgados foram encontrados, trazendo a título de exemplificação o Agravo Interno em Recurso Especial 620488/PR, de relatoria do ministro Og Fernandes, julgado em 4 de setembro de 2018, que dispõe em sua ementa:

PROCESSUAL CIVIL E AMBIENTAL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. POSSÍVEL NA ESPÉCIE. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. 1. Os princípios poluidor-pagador, reparação in integrum e prioridade da reparação in natura e do favor debilis são, por si sós, razões suficientes para legitimar a inversão do ônus da prova em favor da vítima ambiental. 2. A agravante não trouxe argumentos aptos à alteração do posicionamento anteriormente firmado. 3. Para modificar as conclusões da Corte de origem no que toca às peculiaridades da espécie que autorizam a inversão do ônus da prova, seria imprescindível o reexame da matéria fático-probatória da causa, o que é defeso em recurso especial ante o que preceitua a Súmula 7/STJ: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial." Precedentes. 4. Agravo interno a que se nega provimento.

Conforme exposto na pesquisa, é possível concluir que, apesar de restar exposta no §2º do art. 373 do CPC, a vedação da prova diabólica não costuma ser aplicada nas ações que tutelam as garantias transindividuais ao meio ambiente, tendo em vista que se trata de conflito entre um direito individual e um direito da coletividade, sendo este irreversível se não for imediatamente sanado, e aquele reversível com facilidade, visto que usualmente aborda questões patrimoniais.

Vale ressaltar que a norma de exceção ao limitador da prova diabólica criada pela jurisprudência consiste no dever de custeio das provas pela parte Ré, o qual será considerado, em caso de condenação, parte do dever de reparar o dano causado, e, em caso de absolvição, parte do pressuposto da colaboração processual e da efetivação do princípio da celeridade dos atos do processo, bem como ensejarão o dever de ressarcimento pelo Estado em relação aos gastos dispendidos pela parte.

Por fim, o STJ entende que se aplica a inversão do ônus da prova nas ações de degradação ambiental, tendo, inclusive, firmado sem ressalvas o entendimento na Súmula nº 618, possibilitando, assim, que se faça a valoração adequada a fim de tutelar o bem afetado, sem nada dispor a respeito da incidência do limitador das provas diabólicas.

## Referências

- ALEXY, Robert **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2011. p. 85-120.
- CANOTILHO, J. J. 7. ed. Gomes Coimbra, Portugal: Edições Almedina, 2003. p. 386
- FERREIRA, Eduardo de Campos. A distribuição dinâmica do ônus da prova no novo código de processo civil e os processos coletivos. **Revista dos Tribunais**, v. 971, p. 261-279, set. 2016.
- GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. **Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora Ltda., 2011. p. 29-40.
- LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 1153-1158.
- MORAES, Denise Maria Rodríguez. A dinamização da regra de distribuição do ônus da prova como instrumento de busca da verdade e de efetivação da justiça. **Revista de Processo**, v. 226, p. 61-81, dez. 2013.
- NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. Salvador: Juspodvim, 2018.
- RUSCH, Erica. Distribuição do ônus da prova nas ações coletivas ambientais. **Revista de Processo**, v. 168, p. 363-376, fev. 2009. Doutrinas Essenciais de Processo Civil. vol. 4. p. 861-874. Out. 2011 DTR.2009.159

# A ação comunicativa como instrumento de melhoria nos serviços prestados pela Administração Pública

Carolina da Silva Ruppenthal Weyh<sup>1</sup>

Fernanda Tavares Sonda<sup>2</sup>

## Resumo

Pretende-se, com este artigo, apresentar a questão da eficácia e conceituação dos serviços públicos, os quais são objeto de inúmeras discussões na esfera acadêmica, decorrentes das manifestações ocorridas recentemente no Brasil. A partir de uma conceituação de serviços públicos, e seus fundamentos constitucionais, este estudo passará a uma análise da possibilidade de melhoria na prestação de serviços da administração pública, por meio da utilização da Ação Comunicativa de Jürgen Habermas, pela utilização do discurso. Para tanto, será utilizado o método dedutivo. Será adotada, ainda, a pesquisa bibliográfica em livros e artigos científicos pertinentes ao tema.

**Palavras-chave:** Serviços Públicos. Administração. Ação Comunicativa. Eficácia.

1 Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Área de Concentração em Constitucionalismo Contemporâneo. Bacharel em Direito pela UNISC. Advogada. Pós-graduada em Direito Previdenciário pela Universidade Anhanguera. Integrante do grupo de estudos Estado, Administração Pública e Sociedade. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1820541838211945>. E-mail: carol.rupp@hotmail.com.

2 Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISC. Área de concentração Constitucionalismo Contemporâneo. Integrante do grupo de pesquisa Transparência e Acesso à Informação para o Exercício do Controle Social: um Estudo dos Portais Transparência dos Municípios do Rio Grande do Sul com Enfoque aos Serviços Públicos e Políticas Públicas de Saúde e Educação. Farmacêutica e advogada. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0123557311808578>. E-mail: ftsonda@gmail.com.

## Introdução

O presente trabalho tem por objetivo analisar a questão envolvendo a forma como a ação comunicativa de Habermas (1973), pode servir como instrumento de melhoria na prestação dos serviços públicos. Habermas tem contribuído de forma significativa para o entendimento da formalização e burocratização dos meios e procedimentos dos cidadãos, de forma que a comunicação prevaleça da mesma forma como nos órgãos públicos.

Para isso, se averiguará a aplicação do agir comunicativo junto à efetividade dos serviços público, a partir da conceituação dos serviços públicos e seus fundamentos constitucionais, para então analisar a crise do serviço público no Brasil.

## Objetivos

Este estudo objetiva analisar a questão da eficácia e conceituação dos serviços públicos, a utilização da Ação Comunicativa de Jürgen Habermas, pela utilização do discurso, como forma de melhorar a prestação do serviço público.

## Fundamentação teórica

Podemos considerar que é relativa a noção de serviço público, tendo em vista que varia no tempo de acordo com a maior ou menor necessidade de intervenção do Estado no regime político e as tendências sociais e econômicas. Os serviços públicos não devem ser confundidos com os serviços puramente administrativos (CAVALCANTI, 1956, p. 55).

O serviço público tem a finalidade de satisfazer necessidades individuais de importância coletiva, que não se confundem com necessidades gerais, soma de elementos homogêneos e, aritmeticamente, de quantidades positivas; enquanto as necessidades coletivas representam a soma de elementos heterogêneos, com quantidades positivas e negativas (BIELSA, 1947, p. 154-156). Por exemplo, a alimentação seria uma necessidade geral, pois todos os homens sentem fome; e o transporte coletivo é uma necessidade coletiva de que alguns necessitam e outros não. Desse modo, a necessidade coletiva é uma soma de necessidades individuais concordantes (GARCÍA, 1994, p. 1-21).

O Estado moderno deve ser construído a partir de um contrato pelo qual o homem, aqui dado como indivíduo, aliena seus direitos para o bem de toda a comunidade, mas a ninguém em específico (LEAL, 2009). Nesse aspecto, o contrato social e a vontade geral devem andar em conjunto, pois a vontade de cada um quando coincide com a vontade de todos enquanto esses são (estão como) sujeitos da sociedade.

No Brasil existe uma tendência do poder público de resistir à politização do Estado de Direito, demonstrando a politização da lei, o que fere literalmente a racionalidade do direito, que por sua vez acarreta no surgimento de leis irracionais. Os países, como o caso do Brasil que assim se fundamenta, consubstancia-se em um processo de crise de legitimidade, onde se percebe a abstenção eleitoral, e a não participação político-social (LEAL, 2003, p. 47).

O Estado, tendo em vista a democracia e o poder público, exige uma avaliação da verdadeira efetividade e legitimidade dos procedimentos utilizados para os interesses públicos, por meio de novos instrumentos que propiciem a maior participação popular.

O excesso de formalismo existente (burocracia) nos serviços públicos e na Administração Pública em si pode muitas vezes fazer com que direitos e garantias fundamentais das partes que buscam a resolução de seu problema para resolver os seus conflitos acabem por perecer, acarretando mais uma vez o descaso com as partes e o culto ao formalismo.

A morosidade viola, sem sombra de dúvida, direito fundamental da pessoa, que consiste na tutela jurisdicional sem dilações indevidas. Conflita, por isso mesmo, como o modelo democrático. Quanto mais se adia a solução de um conflito, mais a justiça se distancia do modelo ideal – uma questão de credibilidade (FERNANDES, 1999, p. 38).

Portanto, a atual concepção procedimental dos serviços públicos, por estar demasiadamente ligada ao formalismo excessivo, acaba por acarretar a morosidade do procedimento, o que se distancia de um modelo ideal de administração participativa centrado na celeridade e efetividade da tutela do serviço público que se busca.

Assim, a importância do direito na construção das relações sociais, bem como na efetividade do direito a ser exercido pelo serviço público, especialmente por força da necessidade de superação efetiva do paradigma do positivismo, implica na busca de critérios de legitimação da atividade administrativa encontrada nas sociedades pós-modernas. Dentre as propostas surgidas para reconstruir a concepção do direito, destaca-se a ideia da ação comunicativa de Jürgen Habermas (SANTOS, 199, p. 120).

A questão de contribuição do pensador Jürgen Habermas a respeito da razão prática à razão comunicativa traz uma alternativa ao paradigma da filosofia que se estruturou na modernidade, caracterizada por um racionalismo individualista por meio do qual o indivíduo é o centro de convergência de toda moralidade, toda politicidade e todo conhecimento – ou seja, a própria razão prática teria sido absorvida pelo sujeito (FERNANDES, 1999, p. 40).

No campo jurídico, o filósofo alemão associou a pretensão de normatividade imediata da razão prática ao jus racionalismo, e sustentou sua impossibilidade de atender as demandas das complexas sociedades pós-modernas, como a que se encontra ancorada junto ao alcance da tutela jurisdicional diante dos conflitos contemporâneos e da falta de cooperação e comunicação entre os sujeitos sociais.

Essa cooperação, no entanto, não pode ser entendida somente como aquela que advém das partes, mas sim de todos os sujeitos da relação processual. A ideia de cooperação há de implicar, sim, um juiz ativo, colocado no centro da controvérsia, mas também a recuperação do caráter isonômico do processo, com a participação ativa das partes (OLIVEIRA, 2007).

Nesse aspecto, é importante salientar o entendimento de Habermas que ao introduzir o “agir comunicativo”, por meio da ideia de uma sociedade concebida a partir da linguagem, pela qual o entendimento através da lógica do melhor argumento se torna a fonte primária de integração social.

Portanto, a ação comunicativa dirigida, prioritariamente, a um efetivo entendimento produz a expectativa de que, pelo consenso atingido, se possa atingir a adesão das partes no diálogo à solução compartilhada e o alcance, assim, da efetividade e da

conclusão do serviço público buscado, com menos formalismo e mais comunicação entre o cidadão e a administração que presta o serviço.

As comunicações se estabilizam em volta de uma função em específico, que acaba por se tornar de tamanha complexidade a ponto de enlaçar outras comunicações de outros tipos. De modo que, de operação comunicativa a operação comunicativa, forma-se, então, um novo sentido, ou seja, uma complexidade estruturada, os sistemas. Esses sistemas adquirem um sentido próprio ao enlaçar sua função social principal a diversas outras comunicações que ocorrem na sociedade (RECK, 2011, p. 72).

Assim, a organização política deve ser capaz de organizar e manter os processos onde se capta o poder comunicativo da sociedade, e se discutem e se resumem os conteúdos e decisões são tomadas. A organização conta ainda com a função de executar os argumentos morais, éticos e pragmáticos que se transformam em Direito, e isso se transforma nos poderes tanto Judiciário como Executivo, sendo, para Habermas (1997, p. 171), o conceito de organização política juridificado.

Portanto, a ação comunicativa dirigida, prioritariamente, a um efetivo entendimento, produz a expectativa de que, pelo consenso atingido, se possa alcançar a adesão das partes no diálogo à solução compartilhada e o alcance assim da efetividade e conclusão do serviço público buscado, com menos formalismo e mais comunicação entre cidadão a administração que presta o serviço.

### Considerações finais

Diante de todo o exposto, pode-se analisar a teoria da ação comunicativa no patamar da administração pública e do serviço público, realizando uma análise acerca das noções conceituais do serviço público. Evidenciou-se também a existência de uma crise pela qual passa a prestação do serviço público.

A teoria da ação comunicativa vem estabelecer uma relação de reflexão com o mundo, a partir da qual a pretensão da validade deve ser considerada e reconhecida pelos indivíduos. Para que isso ocorra, deve existir uma cooperação entre os indivíduos, pois, diante do agir comunicativo, os cidadãos podem prosseguir

com seus objetivos somente em cooperação recíproca, ou seja, com mais comunicação e menos formalismos, os serviços. E, por meio do discurso, e através de um consenso entre os envolvidos, soluções ideais para a prestação dos serviços públicos serão alcançadas.

### Referências

- BIELSA, Rafael. **Derecho administrativo**. 4. ed. Buenos Aires: Libreria y Editorial "El Ateneo", 1947. t. 1.
- CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Tratado de direito administrativo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956. v. II.
- GARCÍA, Jorge H. Sarmiento. Noción y elementos del servicio público. In: AGUIRRE, Marta González (Coord.). **Los servicios públicos: régimen jurídico actual**. Buenos Aires: Depalma, 1994.
- GONÇALVES, Pedro; MARTINS, Licínio Lopes. Os serviços públicos econômicos e a concessão no Estado regulador. In: MOREIRA, Vital (Org.). **Estudos de regulação pública**. Coimbra: Coimbra, 2004.
- HABERMAS, Jürgen. **Conhecimento e interesse**. Rio de Janeiro: Zahar, 1973.
- LEAL, Rogério Gesta. **Estado, administração pública e sociedade: novos paradigmas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- RECK, Janrie Rodrigues. Direitos sociais e políticas públicas, desafios contemporâneos. Artigo: Observação pragmático-Sistêmica da personalização dos entes federativos e suas competências em políticas públicas. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2011. Tombo 11.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. Reivindicar a democracia: entre o pré-contratualismo e o pós-contratualismo. In: OLIVEIRA, Francisco de; PAOLI, Maria Célia. **Os sentidos da democracia**. Petrópolis, RJ: Vozes, 1999.

# Da resolução nº 1.236/2018 do Conselho Federal de Medicina Veterinária como parâmetro para definição de maus-tratos: perspectivas desde o direito dos animais

Júyson da Silva Bahia Nascimento<sup>1</sup>

Rodrigo Ruiz Carvalho<sup>2</sup>

Orientadora: Me. Bianca Pazzini

## Problematização

### Tema

Análise da influência da Resolução nº 1.236/2018, editada pelo Conselho Federal de Medicina Veterinária (CFMV); art. 32 da Lei nº 9.605/1998 (Lei de Crimes Ambientais); maus-tratos; direitos animais.

### Problema

No âmbito jurídico, a causa animal sempre teve pouca expressividade, dependendo, na maior parte das vezes, do nível de empatia do operador do direito para com as situações de maus-tratos. Com o passar do tempo, contudo, o assunto referente aos direitos dos animais tem obtido cada vez mais relevância, tanto na esfera social como jurídica. Contudo, na área de discussão jurídica, a inclinação à edição de normas nesse sentido é nítida.

A Lei nº 9.605/1998 definiu, em seu art. 32, maus-tratos contra animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos como crime contra a fauna. Todavia, os operadores

do direito encontravam grande óbice em sua aplicação, ou resistência, devido à inexistência de qualquer critério objetivo para definir o termo “maus-tratos”, tornando o texto legal de baixa densidade normativa.

### Objetivos

A partir da Resolução nº 1.236/2018, o que se espera é uma maior aplicação da norma prevista no art. 32 da Lei de Crimes Ambientais, descrita in verbis:

Art. 32. Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos:

Penal – detenção, de três meses a um ano, e multa.

§ 1º Incorre nas mesmas penas quem realiza experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, ainda que para fins didáticos ou científicos, quando existirem recursos alternativos.

§ 2º A pena é aumentada de um sexto a um terço, se ocorre morte do animal.

O que se observa é que esse dispositivo normativo tipifica como crime a conduta de maus-tratos, não determinando de maneira objetiva o que caracteriza essa conduta. A omissão gera problemas de aplicação da norma, porquanto se trata, até então, de uma norma penal em branco.

Esta pesquisa tem como objetivo analisar os parâmetros técnicos trazidos pela Resolução nº 1.236/2018 do CFMV para determinação do que seja material e juridicamente compreendido como maus-tratos ante a norma penal ambiental. Ou seja, pretende-se analisar os modos de redução (a curto prazo) e prevenção (a longo prazo) de práticas que submetem os animais às mais terríveis situações que permanecem acontecendo na sociedade contemporânea (tais como afogamento, queimaduras, envenenamento, enforcamento, isolamento e outras).

### Justificativa

Com a aplicação da norma de modo mais coercitivo, o que se espera é, em um primeiro momento, um crescimento da responsabilização e punição por maus-tratos, conduzindo para uma realidade onde se constate a menor situação, ou a inexistência,

1 Acadêmico do curso de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP/RS). Integrante do Grupo de Pesquisa “O Direito e os Animais”, coordenado pelas professoras dra. Raquel Fabiana Lopes Sparemberger e me. Bianca Pazzini.

2 Acadêmico do curso de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP/RS). Integrante do Grupo de Pesquisa “O Direito e os Animais”, coordenado pelas professoras dra. Raquel Fabiana Lopes Sparemberger e me. Bianca Pazzini.

de maus-tratos aos animais. Salienta-se que, quanto maior for a coercibilidade da norma, seja por prevenção (fiscalização), seja por punição, maior será também a sua eficácia.

Desde muito tempo é nítida a submissão dos animais perante as atitudes de supremacia humana. Diversos fatores contribuem para o aumento desse problema, como a ancestral necessidade de dominação humana como demonstração de superioridade, poder e força sobre as demais espécies. Outrossim, verifica-se que tal condição pode acabar por refletir em condutas violentas contra animais e levar a maus-tratos (conforme tem sido discutido em estudos como os relativos à Teoria do Link).

Os animais sempre foram subalternizados socialmente, fato constatável com facilidade ainda atualmente. Muito embora fossem figuras constantes no cotidiano das sociedades, os animais (não humanos) sempre foram considerados e usados como objetos para os mais diversos fins: no esporte, para alimentação, vestuário, tração, lazer etc.

Ademais, os animais muito serviram como objeto-alvo de hostilidade transferida, ou seja, o direcionamento virtual da frustração relativa a outrem para aquele ser, tido como sem importância e que, em outros tempos, sem consequências.

A sociedade contemporânea desvela, porém, que o nível de empatia para com os animais tem aumentado gradativamente, proporcionando, assim, uma maior preocupação e atenção quanto às situações de maus-tratos. As circunstâncias caracterizadoras de maus-tratos, dessa forma, têm sido observadas de maneira mais técnica e ética, resultando, inclusive, na edição da Resolução nº 1.236/2018, do Conselho Federal de Medicina Veterinária (CFMV).

Verifica-se uma evolução significativa no tocante à regulamentação e proteção do direito dos animais, por meio de práticas jurídicas, legislação específica e normatizações de órgãos ligados ao tema. É nítido, desse modo, o paulatino surgimento de mecanismos jurídicos que buscam, de forma crescente, a observância de parâmetros que definem, limitam e punem condutas que afrontam a dignidade animal.

Com a edição da Resolução nº 1.236/2018 como parâmetro para definição de maus-tratos, torna-se possível a elucidação de condições de situações antes banalizadas, que gradativamente passam a ser vistas sobre uma perspectiva pró-direitos dos animais.

## Metodologia

Quanto aos métodos de pesquisa, utilizar-se-ão, predominantemente, a análise crítica a partir de uma perspectiva de evolução histórica quanto às relações entre humanos e os demais animais.

O objeto principal de comparação será a jurisprudência relativa aos diversos casos concretos de maus-tratos a animais, sob uma ótica de pré e pós-resolução, buscando-se elucidar a real influência da aplicação da norma com amparo dos parâmetros e critérios da Resolução nº 1.236/2018, CFMV.

## Desenvolvimento

Apesar de dificuldades ainda existentes, verifica-se grande evolução, tanto no quadro normativo quanto no âmbito ético social, em relação ao direito dos animais.

Hodiernamente, os animais passam a tomar posições cada vez maiores na composição social, estando dentro dos lares, inclusive. Assim, passam a ser desobjetificados, sendo considerados cada vez mais sujeitos de uma vida (REGAN, 2006) digna e destinatários de afeto.

A evolução jurídica parte de uma concepção de compreensão dos animais como objetos de direito (estabelecendo a legislação civilista brasileira tratar-se de semoventes) até a atualidade, quando começam a ser compreendidos como seres sencientes, e, portanto, detentores de direitos.

É nesse contexto de mudança paradigmática que o CFMV editou a Resolução nº 1.236/2018, que define em um rol exemplificativo situações caracterizadoras de maus-tratos. Tal rol se encontra em seu art. 5º, passível de ser analisada pela presente pesquisa.

## Conclusões

A pesquisa, ainda em fase inicial, já revela alguns aspectos relevantes:

- a) O contexto de criação da resolução ora em estudo revela a evolução e modificação paulatina da relação entre humanos e outros animais;
- b) A cultura de permissividade em relação aos maus-tratos animais vem mudando no sentido de ser socialmente cada vez menos tolerada, bem como eticamente superada;
- c) O direito revela-se cada vez mais como espaço de discussão para os direitos animais, ante o surgimento de normas protetivas e coercitivas relativas à temática, não obstante a manutenção de “espaços” desregulamentados juridicamente;
- d) Há necessidade de maior especialização e especificação das normas de direito dos animais.

## Referências

BRASIL. **Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9605.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9605.htm)>. Acesso em: 22 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. **Resolução nº 1.236, de 26 de outubro de 2018**. Conselho Federal de Medicina Veterinária. Disponível em: <<http://portal.cfmv.gov.br/lei/download-arquivo/id/1096>>. Acesso em: 22 nov. 2018.

NACONECY, Carlos Michelon. **Ética & animais: um guia de orientação filosófica**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2006.

REGAN, Tom. **Jaulas vazias**. Porto Alegre: Editora Lugano, 2006.

## O acesso à informação pública como meio de adequada participação social na tutela individual e coletiva de direitos

Catharine Black Lipp João<sup>1</sup>

### Resumo

Este trabalho busca, a partir do método de abordagem dedutivo e das técnicas de pesquisa bibliográfica e documental, analisar o acesso à informação como defesa social em face do Estado, pelo viés da obtenção de uma resposta jurisdicional adequada. Para tanto, são inicialmente apresentadas considerações sobre o princípio da transparência e o direito de acesso à informação, para, então, ser examinada a legitimação conferida aos cidadãos e às associações, na tutela individual e coletiva de interesses lesados por atos estatais, a fim de relacionar o papel do objeto de tutela da Lei nº 12.527/11 com o devido acesso à Justiça.

**Palavras-chave:** Acesso à informação. Acesso à Justiça. Transparência. Tutela coletiva.

### Tema:

A participação social efetiva através do direito de acesso à informação pública na tutela individual e coletiva de direitos.

### Problema

Por que o direito fundamental de acesso à informação pública pode ser visto como uma forma de assegurar efetivo acesso à Justiça, através da tutela de direitos individuais ou coletivos,

<sup>1</sup> Mestranda em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público, sob orientação do professor doutor Anízio Pires Gavião Filho. Currículo Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/2263906623301856>>. E-mail: <catharinejoao@gmail.com>.

conduzida pelo cidadão ou por associações em face dos danos decorrentes de atos estatais?

## Metodologia

A abordagem se deu a partir do método dedutivo, com o objetivo explicativo, a fim de apresentar considerações gerais a respeito do direito de acesso às informações públicas e, então, identificar as formas de tutela jurídica que foram conferidas aos cidadãos e associações, individual ou coletivamente, para, então, possibilitar o exame sobre a relevância do acesso à informação como forma de assegurar o seu apropriado acesso à Justiça. Os procedimentos utilizados para a pesquisa foram o documental, tendo como principais fontes a Lei nº 12.527/11 e a Constituição, e o bibliográfico, a partir dos estudos de autores das áreas do direito constitucional e administrativo em relação às questões do direito de acesso à informação, e do direito processual civil, sobre os aspectos atinentes aos processos coletivos.

## Introdução

No ordenamento jurídico brasileiro, é conferida legitimidade para agir ao particular lesado por atos estatais enquanto titular de um direito subjetivo público. Além disso, também se reconhece legitimação ativa a cidadãos e entidades associativas para promoverem a tutela coletiva de direitos coletivos em sentido amplo. Nesses casos, mostra-se essencial que os demandantes estejam aptos a conduzir a defesa desses interesses, principalmente considerando que os efeitos da decisão judicial são capazes de ultrapassar a relação entre as partes. Claro é que não raramente isso pode depender de uma atuação estratégica e de um aparelhamento estrutural só alcançados por meio do conhecimento de informações públicas em mãos da Administração.

Sobre o direito humano fundamental de acesso à informação pública – que “constitui por certo, juntamente com o direito à vida, a mais fundamental das prerrogativas humanas, na medida em que o saber determina o entendimento” (CASTRO, 2010, p. 437) – , observa-se que a Constituição de 1988 o contemplou no inciso XXXIII do art. 5º como o direito de receber dos órgãos

públicas informações – ressalvadas as de sigilo imprescindível à segurança da sociedade e do Estado – de interesse particular ou coletivo, assim elegendo “a transparência pública como um verdadeiro mecanismo de controle social, essencial para o Estado Democrático de Direito” (BRASIL, 2017).

É nesse contexto que o presente trabalho tem como objetivo geral analisar a importância da concretização do direito fundamental de acesso à informação pública para assegurar um efetivo acesso à Justiça, através da tutela de direitos individuais ou coletivos, conduzida pelo cidadão ou por associações em face dos danos decorrentes de atos estatais.

Para tanto é fundamental considerar que, na Lei nº 12.527/11, foram regulados de maneira sistemática os procedimentos, as obrigações e os prazos que objetivam assegurar o acesso à informação pública, sendo previstas a iniciativa de transparência ativa, independentemente de solicitações, do órgão público ou da entidade privada recebedora de recursos públicos, por meio da instalação de Serviços de Informações ao Cidadão físico e eletrônico, e com a possibilidade de a população demandar a prestação de informações específicas, não sigilosas, sem a necessidade de apresentação de justificativa. A partir disso, já se percebe que a participação ativa dos cidadãos proporciona, entre vários outros benefícios sociais, um maior respeito aos direitos fundamentais, porquanto “a violação aos direitos humanos também prospera em um ambiente de segredo e acontece com mais facilidade ‘a portas fechadas’. Um governo transparente propicia o respeito a esses direitos” (CGU, 2013, p. 6). Por essa razão, o art. 21 da Lei de Acesso à Informação pontuou não ser possível negar o acesso à informação necessária à tutela judicial ou administrativa de direitos fundamentais.

## Hipóteses

A partir do exposto, levantam-se as hipóteses sobre como a transparência pública se relaciona, como ferramenta de controle social das ações governamentais, com a defesa, pela sociedade civil, de direitos individuais e coletivos. Além da transparência no trato da coisa pública permitir aos cidadãos verificar a origem

da lesão aos seus direitos fundamentais – caso decorrente de ato da Administração –, e, assim, buscar com propriedade a sua defesa por ação individual, permite igualmente que estes participem eficazmente da tutela jurisdicional com dimensão coletiva e social – o que contribui sobremaneira para o controle social dos atos públicos, por meio de um provimento judicial, não apenas isoladamente.

No acesso à Justiça para a defesa de direitos difusos ou coletivos, qualquer cidadão é parte legítima, consoante o art. 5º, inciso LXXIII da Constituição, para propor Ação Popular, pleiteando a invalidade de atos da Administração que causem danos ao patrimônio público, ao meio ambiente, à moralidade administrativa ou ao patrimônio histórico e cultural, diante do que “o ato de Governo será passível de apreciação pelo Poder Judiciário” (DI PIETRO, 2017, p. 121). Já na defesa de direitos coletivos lato sensu podem ser propostas Ação Civil Pública e Mandado de Segurança Coletivo pelos cidadãos reunidos sob a forma de associação civil que inclua, entre as suas finalidades institucionais, a proteção desses interesses e que, em regra, seja constituída há pelo menos um ano.

A dimensão coletiva dessas ações intentadas por cidadãos individualmente considerados ou civilmente associados se comprova pelo fato de que as decisões judiciais são hipóteses de sentenças com efeito erga omnes em sede de Ação Popular (art. 18 da Lei nº 4.717/65) e Ação Civil Pública (art. 16 da Lei nº 7347/85) e ultra partes em sede de Mandado de Segurança Coletivo (art. 22 da Lei nº 12.016/09). Diante do alcance coletivo e das consequências sociais desses provimentos, é essencial que os indivíduos tenham amplo acesso às informações públicas necessárias para identificar em que termos determinada ação ou omissão da Administração deu, ou pode dar, causa a situações lesivas.

Ainda cogita-se que, em se tratando de improbidade administrativa, a ampla transparência e a possibilidade de acesso às informações públicas poderiam implicar no reconhecimento das instituições emanadas pelo corpo social como pessoas jurídicas “interessadas” – para além das pessoas jurídicas diretamente lesadas, como atualmente prevalece sobre a inteligência do caput

do art. 17 da Lei nº 8.429/92 –, conferindo-lhes legitimidade ativa para a propositura de ação principal, em face dos agentes públicos que pratiquem atos que importem em enriquecimento ilícito, danos ao erário ou violação a princípio da Administração.

Além da tutela coletiva, através da iniciativa do cidadão na defesa dos seus direitos, o ato estatal lesivo ao cidadão também pode ser apreciado pelo Judiciário, nos casos em que o particular seja titular de um direito subjetivo público defensável por ação individual ou pela via do Mandado de Segurança. Tal pode se dar, por exemplo, quando o administrado, usuário de bens de uso comum do povo ou bens de uso especial destinados ao público, venha a ser impedido de exercer livremente esse uso em razão de ato da Administração.

Nota-se que, mesmo a partir da propositura de uma ação individual, com a finalidade de tutelar um direito subjetivo lesado por ato da Administração, é possível decorrer uma dimensão coletiva, na hipótese da questão de direito relativa ao evento em causa ser comum a um número considerável de demandas individuais e houver risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, ensejando a instauração do IRDR, regulado nos arts. 976 a 987 do CPC – cuja provocação pode ser requerida pelas próprias partes, circunstância na qual seu processo será a causa-piloto, pois não há atualmente previsão legal para seleção de outro litígio mais bem instruído para tramitação e julgamento do incidente. A completude da discussão judicial e a qualidade da argumentação podem depender diretamente de informação pública sobre a questão debatida, razão pela qual o seu acesso pelo cidadão é essencial, já que, sendo afetado “um processo inadequado, também a decisão do incidente pode não vir a ser a melhor solução da controvérsia de massa, com evidente impacto sistêmico deletério pela multiplicação da conclusão a todos os outros processos” (CABRAL, 2014, p. 206).

## Considerações Finais

Ante o exposto, pode-se concluir que o amplo acesso à informação possibilita que o “cidadão esteja informado e, assim, possa inteligentemente exercer seus direitos fundamentais de

defesa perante os órgãos públicos, e a administração pública, legitimando o processo administrativo e, por consequência, fortalecendo as bases da democracia representativa” (ARRUDA, 2016, p. 48). Não restam dúvidas de que o livre fluxo de informações implica no “fortalecimento de todos os cidadãos, por meio do acesso e utilização da informação e do conhecimento” (UHLIR, 2006, p. 21), até mesmo por meio do acesso à Justiça. Cita-se a clássica lição de Francis Bacon: “O conhecimento em si mesmo é poder” (*ipsa scientia potestas est*). É por isso que, uma vez conferida legitimidade ativa aos cidadãos, individualmente considerados ou civilmente associados, inclusive no âmbito da tutela jurisdicional coletiva de direitos, faz-se necessária a implementação efetiva da Lei de Acesso à Informação para que possam estar munidos de todo o conhecimento e documentos necessários, e, assim, litigar eficientemente em uma relação de equilíbrio e igualdade com a parte adversa, de modo que o direito de acesso à informação possa ser visto como uma verdadeira garantia individual fundamental para assegurar o direito fundamental de acesso à Justiça notadamente pelo viés da obtenção de uma resposta jurisdicional efetiva, na própria defesa social em face de atos lesivos praticados pelo Estado.

## Referências

- ARRUDA, Carmen Sílvia Lima de. Direito à informação: requisito do devido processo legal em um estado democrático de direito. **Páginas a&b**, Porto, s. 3, n. 6, p. 32-51, 2016.
- BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Especial n. 1.098.461 - SP**. Agravante: Marcia Santos de Oliveira pereira e Nelson Luiz da Silva Araújo. Agravado: Município de São Paulo. Relator: Ministro Sérgio Kukina. Brasília, 27 de junho de 2017.
- CABRAL, Antônio do Passo. A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 231, p. 201-223, maio 2014.
- CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A constituição aberta e os direitos fundamentais**: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

CGU – CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. Secretaria de Prevenção da Corrupção e Informações Estratégicas. **Manual da Lei de Acesso à Informação para Estados e Municípios**. Brasília: CGU, 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

UHLIR, Paul F. **Diretrizes políticas para o desenvolvimento e a promoção da informação governamental de domínio público**. Brasília: UNESCO, 2006.

# A viabilidade de aplicação dos programas de compliance na Administração Pública<sup>1</sup>

Guilherme Oliveira Weber

**Palavras-chave:** Administração Pública. Possibilidade de controle. Programas de compliance.

Pretende-se discutir se os mecanismos e procedimentos de controle interno de que dispõe, atualmente, a Administração Pública seriam equivalentes àqueles que existem nos programas de compliance ou de integridade; se não o forem, quais são as diferenças e como os programas de compliance poderiam melhorar a prevenção a ilícitos no setor público.

Hodiernamente, tem-se debatido se estaria faltando à Administração Pública a adoção de programas de compliance (COELHO, 2016, p. 75-95; LEDESMA; RODRIGUES, 2018, p. 578-600). De plano, uma tal afirmação reclama um questionamento preambular: ora, se a Administração Pública se submete a um rigoroso regramento público (MELLO, 2012, p. 55-56), o cognominado regime jurídico de Direito Público, que lhe impõe a prática de atos administrativos em estrita conformidade com os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência, os quais se acham previstos na cabeça do art. 37 da Constituição da República, por força dos princípios da supremacia do interesse público sobre o privado e da indisponibilidade do interesse público (PIETRO, 2009, p. 50), tem ela de dispor de um conjunto de elementos que lhe propicie os seus controles (FREITAS, 2014, p. 69).

A possibilidade de controle, que pode ser interno, externo ou social, constitui também fundamento de legitimação da própria Administração Pública, na medida em que ela, tomada como a pessoa política que exercita as competências administrativas do Estado, é a responsável pela gestão de bens e de direitos que

não lhe são privados, têm titulares difusos, e, por isso mesmo, são direitos indisponíveis ao agente administrativo que vier a lhe fazer as vezes (LIMA, 1954, p. 19-24). Disso resulta que o controle da Administração Pública conforma juridicamente o seu agir, pautando-o pelos limites que lhe foram impostos pelo ordenamento jurídico (FRANÇA, 2010, p. 80).

Como exemplo desses mecanismos de controle, pode-se mencionar, no âmbito do controle interno, a verificação da legalidade e da legitimidade dos atos administrativos, sendo permitido à Administração Pública revogar os atos que entender imperinentes ou inoportunos e anular aqueles eivados de vício de legalidade, podendo, ainda, deflagrar procedimentos administrativos sancionadores. No plano do controle social, é assegurado aos administrados a defesa contra arbitrariedades do Poder Público através do Mandado de Segurança e da Ação Popular, dentre outros mecanismos. No controle externo, há as Cortes de Contas, a fiscalização política e orçamentária que realizam os parlamentos e o próprio Ministério Público, propondo ações civis públicas e ações de responsabilização por atos de improbidade administrativa. Veja-se, portanto, que a Administração Pública está submetida a uma gama de mecanismos e procedimentos de controle e que, em muitas medidas, agem preventivamente.

Ainda assim, é evidente, na prática, a falta de cultura de integridade. Isso porque os agentes públicos, cotidianamente, violam os deveres de transparência e de prestação de contas, os quais formulam a exigência de condutas proativas por parte desses agentes, com vistas a permitir a participação da comunidade politicamente organizada no processo político decisório, no controle das decisões da Administração. A construção de uma cultura de integridade, a meu ver, é o maior desafio da Administração Pública; aliás, sempre o foi, como deixa perceber o visconde do Uruguai, em seu clássico Ensaio sobre o direito administrativo.

Nesse sentido, pode-se identificar, *prima facie*, que ainda haveria razoável espaço para a implantação de programas de integridade no âmbito da Administração Pública, nem que fosse atualizando e aprimorando seus mecanismos de controle interno. Em qualquer caso, deve-se ter em mente, desde o início, que é necessário harmonizar os procedimentos e mecanismos de sus-

<sup>1</sup> Fundação Escola Superior do Ministério Público – FMP. Mestrando em Direito. E-mail: guoliweber@hotmail.com.

tentabilidade ética com o regime jurídico de Direito Público ao qual se submete a Administração Pública, o que permeará esta investigação. É justamente com essa análise que se compromete este trabalho.

Daí a dizer-se que o tema em discussão reivindica uma ampla análise, a fim de se determinar se há diferenças entre os mecanismos e procedimentos de controle interno da Administração Pública e aqueles típicos dos programas de integridade; e, se houver, quais são as discrepâncias entre eles e como os programas de integridade podem melhorar os controles da Administração Pública.

Em face do problema aviado, levantam-se três hipóteses preliminares:

(i) em primeiro lugar, é possível que os mecanismos e procedimentos administrativos próprios da Administração Pública, *mutatis mutandi*, sejam equivalentes aos procedimentos e técnicas que hodiernamente se denominam, no âmbito do setor privado, de compliance;

(ii) em segundo lugar, é possível que, na verdade, os procedimentos e mecanismos de compliance tenham elementos a complementar a estrutura que atualmente se conhece por controles internos da Administração Pública; e

(iii) em terceiro lugar, é possível que o maior contributo do que se convencionou alcunhar de compliance à gestão da coisa pública seja precisamente o fomento à criação de uma cultura de integridade.

A metodologia de abordagem utilizada para a realização do trabalho será o método hipotético-dedutivo, partindo-se de uma análise geral das premissas que fixam o problema para a extração de conclusões. O procedimento adotado será o método comparativo, com o qual, a partir do conhecimento da ciência jurídica pertinente ao objeto do estudo, buscar-se-á explicitar as diferenças e semelhanças existentes entre os institutos que serão estudados no presente trabalho, o que viabilizará a confirmação de alguma(s) hipótese(s) suscitada(s). O tipo de pesquisa a ser utilizado consistirá na revisão bibliográfica e documental perti-

nente ao objeto do estudo, bem como a pesquisa jurisprudencial e doutrinária referente ao tema.

Por se tratar de uma pesquisa em fase inicial, por ora nenhum resultado foi encontrado.

## Referências

COELHO, Cláudio Carneiro Bezerra Pinto. Compliance na administração pública: uma necessidade para o Brasil. **Revista de Direito da Faculdade Guanambi**, Guanambi, v. 3, n. 1, p. 75-95, jul./dez. 2016.

FRANÇA, Phillip Gil. **O controle da administração pública: tutela jurisdicional, regulação econômica e desenvolvimento**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FREITAS, Juarez. **Direito fundamental à boa administração pública**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

LEDESMA, Thomás Henrique Welter; RODRIGUES, Maria Lúcia de Barros. Implementação do compliance na Fundação Nacional do Índio (FUNAI). In: LEAL, Rogério Gesta; GAVIÃO FILHO, Anizio Pires (Org.). **Bens jurídicos indisponíveis e direitos transindividuais: percursos em encruzilhada**. Porto Alegre: FMP, 2018. p. 577-600. LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de direito administrativo brasileiro**. 3. ed. Porto Alegre: Revista Sulina, 1954.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 30. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. O princípio da supremacia do interesse público. In: SOUSA, Olga M. A. (Coord.). **Interesse Público**, Belo Horizonte, ano 11, n. 56, p. 35-54, jul./ago. 2009.

SOUSA, Paulino José Soares de. Ensaio sobre o direito administrativo. In: CARVALHO, José Murilo de. **Visconde do Uruguai**. São Paulo: Editora 34, 2002.

# O direito à informação e a tutela do consumidor no comércio eletrônico sob a luz do princípio da boa-fé objetiva<sup>1</sup>

Arthur Künzel Salomão<sup>2</sup>

Orientadora: Prof. Dra. Cristina Stringari Pasqual

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, inicia-se uma nova era no Direito Civil brasileiro, com a positivação de novos princípios, os quais seriam determinantes para a publicação dos novos diplomas legais que viriam com o passar dos anos. Nesse contexto, a boa-fé exerce função de fundamental importância para a concretização dos novos valores presentes no prisma interpretativo do direito privado, servindo como instrumento para a equidade contratual.

O estudo da boa-fé no ordenamento jurídico pátrio compreende o instituto em sua forma subjetiva e objetiva, reservando para cada uma das formas, conteúdo e aplicação distintas. No que corresponde à versão subjetiva da boa-fé, deve ser levada em consideração a situação psicológica do agente para a prática de determinado ato, reservando o devido espaço para casos em que seja reconhecido o estado de desconhecimento do agente acerca do vício do ato praticado – nessa hipótese, trata-se do estado de boa-fé –, recebendo, nesses casos, o devido abrigo da lei, dadas as circunstâncias de ignorância sobre determinado fato ou a existência de determinado direito alheio juridicamente tutelado.

Outrossim, no que diz respeito à versão objetiva, não há necessidade de análise do animus da ação, uma vez que é percebida por aspectos externos do comportamento dos contratantes. Dessa forma, a boa-fé objetiva é o dever de as partes contratan-

<sup>1</sup> Pesquisa desenvolvida durante os encontros do Grupo de Pesquisa "Proteção do Consumidor como Direito Fundamental", coordenado pela professora doutora Cristina Stringari Pasqual.

<sup>2</sup> Arthur Künzel Salomão, acadêmico de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público – FMP; E-mail: <aksalomao@hotmail.com>.

tes manterem um padrão de conduta proba, leal e colaborativo, compreendendo o princípio como uma imposição de um novo patamar de boa-fé no mercado, boa-fé criadora de deveres de conduta contratual. Percebe-se que o princípio não tem um fim em si mesmo. A partir do cumprimento de um rol taxativo de ações, sua fonte reside justamente no princípio em relação a ambos os participantes da relação contratual, servindo como um meio para as relações contratuais serem celebradas e executadas, acompanhando os valores de equidade como instrumento interpretativo e reequilibrador das relações contratuais.

Assim, a boa-fé impõe a valorização de condutas externas das partes em conformidade com a interpretação de que o contrato não é mais um ambiente exclusivo dos contratantes regido pela autonomia da vontade. Compreendido por meio da análise das condutas dos contratantes no caso concreto, serve com um meio para tornar o contrato um instrumento de justiça, economicamente útil e valioso para as partes. Deve, assim, ser observado desde a fase de negociações preliminares até a fase pós-contratual, por força do art. 422 do Código Civil.<sup>3</sup>

A publicação do Código de Defesa do Consumidor faz referência expressa, pela primeira vez, ao princípio que seria posteriormente um dos mais debatidos e importantes temas relativos às relações contratuais: a boa-fé objetiva – que, até aquele momento, somente tivera previsão expressa para sua versão subjetiva, ou seja, vinculada à consciência do agente, desprovida de malícia, a partir da suposição de estar agindo em conformidade com a lei. Através do inciso III do art. 4º da Lei nº 8078/90, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor,<sup>4</sup> a boa-fé objeti-

<sup>3</sup> É objeto do Projeto de Lei nº 276/2007 a alteração da redação do art. 422, do qual passaria a figurar nos seguintes termos: "Os contratantes são obrigados a guardar, assim nas negociações preliminares e conclusão do contrato, como em sua execução e fase pós-contratual, os princípios de probidade e boa-fé e tudo mais que resulte da natureza do contrato, da lei, dos usos e das exigências da razão e da equidade." Contudo, o referido projeto resta arquivado desde o ano de 2010; outrossim, não surte efeitos negativos sobre a matéria uma vez que a jurisprudência apresenta posicionamento consolidado a respeito da obrigação das partes de se comportar de forma proba e com boa-fé em todas as fases contratuais, seja a de formação, execução e até o período pós-contratual.

<sup>4</sup> Referido princípio já havia sido ventilado anteriormente no Código Civil de 1916 no art. 131, o qual dispunha sobre a presunção de veracidade dos documentos quanto aos seus signatários, bem como art. 1.444 que fazia menção às contratações de seguros, maneira em que o segurado, para não perder o direito ao recebimento da quantia segurada, deveria agir de boa-fé.

va figura pela primeira vez no ordenamento jurídico pátrio como princípio da política nacional das relações de consumo.

Após cerca de duas décadas de sua publicação, o Código de Defesa do Consumidor, ante expressivo desenvolvimento tecnológico, estendeu seus efeitos sob a maneira como as pessoas realizam desde as contratações mais simples até as mais complexas. A invenção e o desenvolvimento da internet proporcionaram à sociedade uma nova forma de se comunicar, contribuindo para este mundo contemporâneo cada vez mais globalizado e interligado. No que diz respeito aos contratos, poucos instrumentos sobreviveram por tanto tempo e se desenvolveram sob formas tão diversas, e se adaptaram a sociedades com estruturas e escala de valores tão distintas, fazendo-se presentes desde o início das civilizações, e que novamente lograram êxito na sua sobrevivência, inaugurando uma nova forma de existência: a contratação eletrônica.

Assim, a internet se mostrou um meio fantástico para a celebração de contratações, sejam elas de consumo, civis ou empresariais, implicando a diminuição dos gastos da celebração do contrato e a otimização do tempo, dispondo de uma gama maior de produtos e serviços a serem contratados, e transformando a relação entre fornecedores e consumidores.

O avanço cada vez mais acelerado das inovações tecnológicas e da globalização atualmente apresenta cada vez mais impactos no nosso cotidiano, principalmente na maneira como consumimos. Segundo dados divulgados pela Ebit,<sup>5</sup> somente no primeiro semestre de 2017 o e-commerce atingiu um crescimento de 7,5%, totalizando um faturamento de R\$ 21 bilhões, mesmo em meio a uma crise financeira. Também é digno de destaque o crescimento das vendas on-line realizadas por smartphones, o que demonstra que o consumidor está aderindo às facilidades das inovações eletrônicas – houve crescimento de 35,9% em número de pedidos e 56,2% em termos de faturamento. Ademais, o re-

5 Os dados referentes ao crescimento do e-commerce foram retirados do relatório da XXXVI Webshoppers, onde são apresentados o cenário atual do mercado de e-commerce, as estimativas para o futuro do mercado, bem como as mudanças de comportamento e preferências dos consumidores, visando traçar o rumo do mercado de compras online e contribuir para o entendimento e desenvolvimento do comércio digital. Disponível em: <<https://www.ecommercebrasil.com.br/noticias/36-webshoppers-e-commerce-primeiro-semester-2017/>>.

ferido mundo digital se apresenta com um aumento demográfico imenso no país, visto que, em 2014, 45,6% da população brasileira acessava a internet – cerca de 90 milhões de internautas. Comparando com os números apurados pela mesma pesquisa em dezembro de 2017, o percentual subiu para a casa de 70,7% num intervalo de três anos.<sup>6</sup>

Dessa forma, o desenvolvimento da tecnologia como um todo trouxe para o convívio social inúmeras facilidades, assim como abriu as portas para um novo mundo, com uma vasta possibilidades de celebração de negócios, o mundo digital. Outrossim, o e-commerce nada mais é que a evolução de uma atividade que acompanha o desenvolvimento humano há séculos (comércio), sendo exercido a partir de um meio até então desconhecido, criado e desenvolvido por meio de uma invenção que modificaria o modo de vida das pessoas (internet).

Todavia, a internet não é percebida como um ambiente integralmente seguro, principalmente como meio para relações de consumo, considerando a presença de hackers, spams, violação de dados pessoais, bem como a distância entre fornecedor e consumidor, além da rapidez e da facilidade nas contratações no ambiente virtual, uma porta aberta para possíveis fraudes. Dessa forma, estariam seguros os consumidores no ambiente virtual, ou as normas contidas no Código de Defesa do Consumidor não seriam capazes de proporcionar ao consumidor a devida tutela no comércio eletrônico, sendo necessária a publicação de outro diploma legal, especialmente no que se refere às relações de consumo, do qual o diploma aplicável para a tutela dos direitos das partes foi elaborado antes mesmo do advento da internet? Diante desse paradigma, houve a divisão da doutrina em duas vertentes: ontológica e a instrumental.

A ontológica sustenta que seria necessária uma tutela específica do comércio eletrônico, dadas as suas peculiaridades, considerando que o direito virtual é um espaço novo e diferente de tudo que já se viu, sendo imune ao direito vigente. Verifica-se que a internet é apenas o meio em que se realizam as contrata-

6 Top 20 Countries with the highest number of internet users. Disponível em: <<http://www.internet-worldstats.com/top20.htm>>.

ções, já existindo normas que as regulam. Logo, é desnecessária a elaboração de um novo diploma consumerista voltado para a tutela específica dos direitos do consumidor no ambiente virtual, quando as disposições do CDC logram êxito na aplicação analógica para a tutela do consumidor no comércio eletrônico, conforme defende a doutrina instrumental.

Entretanto, por mais que a maioria dos litígios resultantes do e-commerce possa ser solucionada pela aplicação da doutrina instrumental, a partir da analogia das normas do CDC, a internet apresenta suas características próprias como a atemporalidade, desmaterialização e desterritorialidade, que requerem atenção e tutela de forma específica. Dessa forma, a legislação também deve ser atualizada conforme os novos impasses forem surgindo, uma vez que o surgimento de novas práticas comerciais sofre influência direta do meio em que é celebrado. Conclui-se, portanto, que a vertente ontológica falha em razão do excesso, ao afirmar que o mundo digital é imune ao direito vigente, enquanto a vertente instrumental é insuficiente quando ignora características próprias do ambiente virtual. Tal insuficiência quanto a essa vertente instrumental é evidenciada na hipertrofia do direito de informação do consumidor no comércio eletrônico.

Jimm Scout, um dos mantenedores do “Terms of Service: Didn’t Read”,<sup>7</sup> concluiu que seriam necessários 76 dias de trabalho para conseguir ler todos os termos de uso, bem como as políticas de privacidade dos sites utilizados regularmente na internet. Logo, o consumidor não tem mais a possibilidade de dialogar com o vendedor ou fornecedor, de modo que a contratação ocorre apenas a partir da utilização do computador, denominada desumanização do contrato ou “contratos em silêncio”.

Com efeito, o diálogo antes existente entre o consumidor que adentrava um estabelecimento comercial e questionava o vendedor a respeito de determinada utilidade do produto ou modo de pagamento foi substituído por códigos e imagens típicos do meio virtual. Assim, entende-se como “contrato em silêncio” a unilateralidade virtual típica dos contratos eletrô-

7 “Termos de Serviço Não Lidos”: projeto comunitário que visa analisar e classificar os termos de serviço e políticas de privacidade dos principais sites e serviços da internet. Cada aspecto de uma política de privacidade ou termo de uso é avaliado como positivo, negativo ou neutro.

cos, visto que por mais que a natureza do contrato seja bilateral, havendo a manifestação de vontade das duas partes e a distribuição de carga obrigacional a ambos os contratantes, durante a celebração do contrato o consumidor está diante de um fornecedor automatizado.

Dessa forma, a observância do princípio da boa-fé no comércio eletrônico se mostra de fundamental importância, considerando a distância entre os contratantes somada às peculiaridades intrínsecas do meio digital, devendo os contratantes primar pela confiança entre as partes. Novamente, nesse quesito, o comércio eletrônico não se mostra diferente do comércio tradicional, sendo imposto às partes o dever de boa-fé, de modo a preservar as expectativas legítimas dos contratantes. Todavia, a hipertrofia do direito de informação do consumidor ocorre em função de comportamentos contrários à boa-fé por parte dos fornecedores, que disponibilizam uma carga de informação desproporcional ao meio e ao modo como é realizada a contratação.

Com efeito, a contratação celebrada em ambiente virtual, seja realizada via computador ou smartphone, prega uma praticidade e uma facilidade na contratação do serviço ou produto. A quantidade de informação que o fornecedor do serviço despeja sobre o consumidor é totalmente incondizente com o estilo rápido e prático que as empresas externalizam. Dessa maneira, o consumidor é imerso em um mar de informações, as quais são, em sua grande maioria, dispensáveis, e que, em vez de informar, acabam desinformando.

Portanto, se faz necessária a observância do legislador às especificidades da boa-fé objetiva em ambiente virtual, cuja inobservância compromete a efetividade do direito à informação do consumidor. Se o ordenamento jurídico não o acompanhar – tal conduta desconforme com o padrão imposto aos contratantes com uma sanção pelo descumprimento –, o princípio da boa-fé não passará de dispositivos programáticos e inefetivos.

Evidenciando um comportamento desconforme com a boa-fé, considerando que o princípio tem cunho para proteção da confiança entre as partes, partindo do ponto que exigir a leitura de um extenso termo de uso que condiciona a contratação do serviço, vai de encontro ao dever de cooperação entre as par-

tes. Há uma hipertrofia do dever de informação do consumidor, o qual se torna ineficaz, visto que a qualidade da informação prestada é inversamente proporcional a sua qualidade.

**Palavras-chaves:** Comércio eletrônico. Tutela do consumidor. Boa-fé. Direito de informação. Internet. Tecnologia.

## O ser e o outro: direitos humanos fundamentais além do ocidente

---

Raquel Fabiana Lopes Sparemberger<sup>1</sup>  
Bruno Ruiz de Souza<sup>2</sup>

As transformações que ocorreram nas sociedades nas últimas décadas têm levantado inúmeros questionamentos acerca do papel e do destino da vida humana. Conflitos ambientais, existenciais, sociais e econômicos são pautas de grandes autores, sociólogos e estudiosos que buscam alternativas e, ao mesmo tempo, também entender as inúmeras crises civilizacionais sofridas pela humanidade.

### Problema

Nesse contexto, é preciso entender a relação indivíduo/sociedade, e como a sociedade se forma pela interação entre os sujeitos, embora na pós-modernidade essa relação se tenha tornado mais emblemática. Diante do processo de globalização e dos avanços da tecnologia, da compressão espaço-tempo, a questão do sujeito tornou-se mais conflitiva, em razão de o mesmo ter ficado cada vez mais solitário na solução de seus problemas.

Com a crescente complexificação das sociedades dos tempos pós-modernos, o sujeito sofreu inúmeras influências, que culminaram numa identidade híbrida e volúvel. Um dos fatores que mais interferiram no comportamento e nos modos de vida dos sujeitos foi a cultura do consumo, despertando constantes e insaciáveis desejos e necessidades artificialmente construídos

---

1 Pós-doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Mestre em Direito pela UFPR. Possui Graduação em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (1995). Professora dos cursos de graduação e do programa de mestrado em Direito da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público – FMP/RS.

2 Mestrando em Direito Público pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FESMP/RS), vinculado à linha de pesquisa Tutelas à Efetivação de Direitos de Direitos Públicos Incondicionados, sob a orientação da professora doutora Raquel Fabiana Lopes Sparemberger. E-mail: <bruidesouza@gmail.com>.

pelo sistema. Esse sentimento, de falta e de buscas continuamente renovadas, desperta, por outro lado, a necessidade de equilíbrio e de reelaboração de conceitos com relação ao sujeito, cada vez mais dissociado de si mesmo e do outro.

## Hipótese

É esta a essência da problemática relação indivíduo/sociedade de que se ocupa o presente texto: por mais que o indivíduo se isole, ou seja, estruturalmente fragmentado pelo sistema, ele não consegue viver dissociado da sociedade. Acentuam-se com isso as fragilidades do indivíduo diante de conflitos sociais que deixaram de ser satisfatoriamente solucionados pelas instituições político-estatais e foram transferidos para um sujeito relegado à própria sorte, o qual sozinho precisa fazer suas escolhas e definir seu destino. Esse debate assume relevância à medida que cada indivíduo traz consigo a marca de uma sociedade específica, dentro da qual, bem como de acordo com a qual, ele toma muitas de suas decisões.

Num sistema de produção capitalista alienante e espoliativo, muitas são as barreiras que impedem o reconhecimento do outro, transformando, por exemplo, o negro, o índio, o migrante e o exilado em indivíduos sem história, sem passado. O resultado mais negativo dessa realidade pós-moderna está, portanto, na fragilização, quando não na perda, das solidariedades coletivamente construídas em favor de um sujeito autônomo e autocriador. Essa falta de solidariedade torna os indivíduos desgarrados e desenraizados, facilmente manipuláveis como portadores de mão de obra barata, o que enfraquece lutas sociais em razão de os indivíduos não conseguirem articular-se em prol de um projeto coletivo. A presença do caos na vida do ser humano é um estopim para muitas mazelas, entre elas, a violência que se faz constante nas sociedades.

## Resultados

Como continuidade, a presente pesquisa se propõe a deslindar a importância das conquistas dos direitos de cidadania, sejam individuais, sociais e culturais, com ênfase para os direitos

das minorias étnicas, tendo como foco principal os direitos indígenas que vêm sendo observados e/ou renascidos em parte da América Latina.

Sabe-se que o discurso e as práticas da colonialidade latino-americana e sua dependência aos projetos do capitalismo, bem como o caráter contraditório da modernidade, encobriram o Outro e subalternizaram suas práticas e saberes (saberes em um sentido amplo, incluindo práticas, memórias, subjetividades etc.). Não nos limitaremos às violências explícitas e relações de dominação e poder ocorridas durante a colonização luso-espanhola. Pretende-se, isso sim, desenvolver uma análise que abranja as diversas formas de violência sobre a cultura popular, os leigos, os plebeus, os camponeses, os próprios indígenas etc., a começar pela “re-discussão” do campo do conhecimento.

A partir da perspectiva de dominação inerente ao período colonial, o próprio campo do conhecimento e da produção da verdade acaba por sofrer influência por essa lógica. Tanto é que a perspectiva de superioridade/inferioridade, além de estar na base do conceito de superioridade étnica, também implica uma superioridade epistêmica. O conhecimento produzido pelo homem branco era geralmente qualificado como científico, objetivo e racional, enquanto aquele produzido por “homens de cor” (ou mulheres) era mágico, subjetivo e irracional. Ou seja, essa dimensão, a colonialidade epistêmica ou do saber, não apenas estabelece o eurocentrismo como perspectiva única do conhecimento, mas também descarta as outras produções intelectuais.

Tais relações foram construídas e constituíram saberes e conhecimentos diferenciados que definiram os dominantes e os dominados. Estes últimos tiveram e têm seus conhecimentos subalternizados, inclusive no nosso foco de estudo, que é o conhecimento tradicional do Direito. Por conseguinte, Boaventura de Sousa Santos e Maria Paula Menezes, em sua obra *Epistemologias do sul*, trabalham com a ideia de que a característica predominante do pensamento moderno ocidental abissal é a impossibilidade da copresença de dois lados da linha. Tudo aquilo produzido do outro lado da linha é tido como irrelevante, incompreensível e invisível, ou seja, não há conhecimento real. Um exemplo prático são os conhecimentos dos populares, dos leigos,

dos plebeus, dos camponeses, dos indígenas – todos presentes do outro lado da linha, cujo conjunto de saberes é subalternizado, considerado primitivo, arcaico, inferior etc.

É justamente nessa linha Santos e Meneses enfatizam que o mundo é um complexo mosaico multicultural. Todavia, ao longo da modernidade, a produção do conhecimento científico foi configurada por um único modelo epistemológico, como se o mundo fosse monocultural, o qual descontextualizou o conhecimento e impediu a emergência de outras formas de saber não redutíveis a esse paradigma. Assistiu-se, assim, a uma espécie de epistemicídio, ou seja, à destruição de algumas formas de saber locais, à inferiorização de outras, desperdiçando-se, em nome dos desígnios do colonialismo, a riqueza de perspectivas presentes na diversidade cultural e nas multifacetadas visões do mundo por elas protagonizadas.

Visualizando os direitos humanos como uma construção moderna e ocidental é que se pode compreender a importância das discussões sobre a imposição ou não dessas premissas aos povos subalternizados pelo projeto de dominação hegemônica da cultura ocidental, moderna, colonial e da economia de mercado capitalista.

Em que medida essa tentativa de defender os direitos humanos pode se caracterizar como uma imposição da cultura ocidental ante a prática de encobrimento do Outro? Como oposição a essas discussões, tem-se a doutrina do Relativismo Cultural – teoria que propunha que não há normas universais, pois tudo seria culturalmente relativo. Ou seja, cada cultura, cada sociedade, estabelece seus valores, hábitos e práticas sociais. Ou, em outras palavras, a todas seria atribuído o mesmo valor. Para Walsh (2009, p. 83), a interculturalidade, nesse sentido, pode ser considerada uma ferramenta conceitual central para a construção de um pensamento decolonial – primeiro porque está concebida e pensada desde a experiência vivida da colonialidade; segundo porque reflete um pensamento não baseado apenas nos legados eurocêntricos ou da modernidade; e terceiro porque tem sua origem no sul, dando assim uma volta na geopolítica dominante do conhecimento, que tem tido como centro dominante o norte.

De acordo com Boas (2004, p. 97), é impossível comparar sociedades em termos de avanço e atraso, porque cada cultura só poderia ser entendida a partir de seus próprios valores, hábitos, modos de vida e de acordo com sua própria história. Assim, os fundamentos e os pressupostos da cultura jurídica moderna, antropocêntrica e ocidental, passam a ser devidamente questionados.

A proposição da decolonialidade e da interculturalidade epistemológica dos saberes político-jurídicos possibilitará uma redefinição e ressignificação da retórica emancipatória da modernidade, incluindo a análise de conceitos como democracia, os próprios direitos humanos e o Estado a partir de cosmologias e epistemologias do subalterno. Portanto, numa análise mesmo que superficial, a interculturalidade parece atender aos objetivos constitucionais de respeito à cultura, autodeterminação e tolerância entre os povos.

Além desse discurso, a perspectiva da “descolonização” (do Estado, da sociedade) também entrou em evidência, principalmente na Bolívia e no Equador, a partir da primeira década deste século (sofrendo influência inclusive dos estudos acadêmicos latino-americanos da decolonialidade, Quijano, Mignolo etc.). Dessa maneira, a América Latina tende cada vez mais a se renovar no sentido pluralista, a partir de uma democracia que inclui o índio e o negro como personagens atuantes, construindo uma sociedade mais humana e mais próxima da igualdade econômica, social e cultural.

As experiências tanto da Bolívia como do Equador demonstram os anseios da população latino-americana por uma nova ordem constitucional que se coadune com os direitos humanos corporificados às inúmeras transformações reivindicadas por esses povos e contemplados pelos novos textos constitucionais latino-americanos. O Brasil, assim como outros países da América Latina colonizados por europeus e que herdaram o modelo universalista, deixou à margem índios, negros, pobres, entre tantos outros que se tornaram vítimas de um Estado desigual em oportunidades e distribuição de renda. Apesar disso, é possível comemorar as mudanças e as evoluções ocorridas nas três últimas décadas e ter esperança num futuro próximo de níveis menores

de pobreza e desigualdade – por isso a relevância do novo constitucionalismo latino-americano.

O presente trabalho busca contribuir para as discussões acerca do desencobrimento do Outro que teve seu conjunto de saberes subalternizados (saberes em um sentido amplo, incluindo práticas, memórias, subjetividades etc.). Adotando a perspectiva dos direitos humanos, da interculturalidade e do Novo Constitucionalismo latino-americano, primeiramente foi apresentada a análise da colonialidade latino-americana, sua dependência aos projetos do capitalismo e o caráter contraditório da modernidade; depois se buscou a compreensão de diversas formas de encobrimento do Outro.

Cabe destacar que a finalidade deste artigo não é oferecer respostas e soluções para essa problemática tão desafiadora. Pretende-se, sim, promover um despertar do leitor para a necessidade da América Latina se renovar, cada vez mais, no sentido pluralista, através de uma democracia que inclui o índio e o negro como personagens atuantes, construindo uma sociedade mais humana e mais próxima da igualdade econômica, social e cultural.

Em suma, espera-se apenas que essas considerações possam contribuir para o despertar da complexidade das discussões que se apresentam. Logo, estudos e análises mais profundos devem ser feitos com o intuito de viabilizar a possibilidade de real diálogo entre as culturas para a influência mútua dos direitos humanos. Dessa forma, as experiências tanto da Bolívia como do Equador devem demonstrar os anseios da população latino-americana por uma nova ordem constitucional que se coadune com esses direitos humanos corporificados às inúmeras transformações reivindicadas pelos povos e contempladas por novos textos constitucionais latino-americanos.

**Metodologia:** Método indutivo. Técnica de pesquisa bibliográfica.

## Referências

BOAS, Franz. **Antropologia cultural**. Organização de Celso Castro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2004.

CASTRO-GÓMES, Santiago. Ciências sociais, violência epistêmica e o problema da “invenção do outro”. In: LANDER, Edgardo (Org.). **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas**. Colección Sur Sur, CLACSO, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina. Setembro 2005. p. 169-186.

DAMAZIO, Eloise da Silveira Petter. **Colonialidade e decolonialidade da (anthropos)logia jurídica: da uni-versalidade a pluri-versalidade epistêmica**. 2011. Tese (Doutorando em direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Programa de pós-graduação, mestrado e Doutorado em Direito, novembro de 2011.

LUCAS, Douglas Cesar. **Direitos humanos e interculturalidade: um diálogo entre a igualdade e a diferença**. Ijuí: Ed. Unijuí, 2010.

MENESES, Maria Paula; SANTOS, Boaventura de Sousa Santos. **Epistemologias do sul**. São Paulo: Cortez, 2010.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para um novo senso comum: a ciência, o direito na transição paradigmática**. São Paulo: Cortez, 2000.

\_\_\_\_\_. **“Descolonização” da América Latina exige reconhecimento dos direitos indígenas**. ALAI, América Latina en Movimiento. Disponível em: <<http://alainet.org/active/24273&lang=es>>. Acesso em: 12 abr. 2013.

WALSH, Chatherine. **Interculturalidad, estado, sociedade: luchas (de)coloniales de nuestra época**. Quito-Ecuador: Universidade Andina Simón Bolívar; Ediciones Abya-Yala, 2009.

# Abolição dos testes em animais como imperativo para superação do especismo e do antropocentrismo: argumentos a partir de um pensamento pós-abissal

Bianca Pazzini<sup>1</sup>  
Geórgia Manfroi<sup>2</sup>

Todos os argumentos para provar a superioridade humana não podem abalar este fato incontestável: no sofrimento, os animais são iguais a nós

PAUL SINGER

## Problematização

### Tema

Abolição dos testes em animais; superação do especismo; libertação animal; ética em pesquisa; direitos animais e pensamento pós-abissal.

### Problema

Remonta à Grécia Antiga o uso de animais como objetos de pesquisas científicas (FEIJÓ, 2005, p. 71). Desde então, um incontável número de animais é submetido às mais diversas e infundáveis experimentações para as mais inimagináveis finalidades, nem sempre ao menos benéficas aos humanos.

Cães, gatos, macacos, ratos, coelhos, porquinhos-da-índia e hamsters atualmente são utilizados “em experiências científicas na área de genética, estética e na pesquisa de novos remédios, tratamentos e vacinas, e em escolas, universidades e centros de

1 Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP/RS). Professora de Direito Internacional na FMP/RS. Professora de Direitos Animais na FURG. Diretora de Comunicação do Instituto Abolicionista Animal (IAA). Mestra em Direito pela FURG. Advogada. Coordenadora do Grupo de Pesquisa “O Direito e os Animais”.

2 Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP/RS). Acadêmica do segundo semestre da graduação em Direito. Integrante do Grupo de Pesquisa “O Direito e os Animais”, coordenado pelas professoras dra. Raquel Fabiana Lopes Sparemberger e me. Bianca Pazzini.

pesquisa”, contando anualmente dezenas de milhões de mortes apenas para essa finalidade (CHUAHY, 2009, p. 64-5).

Diante desse contexto, apresenta-se como problemática a necessidade de romper essa cruel escravidão animal – considerados os avanços sociais e tecnológicos já conquistados –, bem como superar os paradigmas antropológico e especista.

Descabe, em uma sociedade que se pretende plural e democrática, a existência de desigualdades e relações opressivas. O “Outro” (SANTOS, 2010; DUSSEL, 1995) – humano ou não humano – não pode mais ser subalternizado, silenciado e considerado inexistente. Para que isso ocorra, entretanto, é mister superar o chamado conhecimento “abissal” – caracterizado pela existência de uma distinção entre “colonizadores” e “colonizados” ou entre poderosos e oprimidos, o que redundará em invisibilidades e ausências.

Logo, como fazer para reverter esse quadro de opressão e flagelo configurado pela instrumentalização de animais para pesquisa? Por que aos animais ainda não coube uma tutela jurídica eficiente, capaz de libertá-los dessa notável e escandalosa escravidão? Como fazer para incluí-los como passíveis de “sujeição moral e ética”, resguardando-lhes os direitos básicos à vida, à integridade física, à liberdade e à dignidade?

### Objetivos

A presente pesquisa tem por objetivo geral apresentar argumentos pela abolição do uso de animais em testes científicos de qualquer natureza, partindo da necessária interposição de uma cognoscência pós-abissal. Os objetivos específicos são: (a) justificar a adoção da ética biocêntrica em detrimento do antropocentrismo e do especismo; (b) apontar de que modo a implementação de um conhecimento pós-abissal pode ser utilizada para tratar da “descolonização” dos animais e da extinção de sua subalternidade perante os seres humanos; e (c) demonstrar que a utilização de animais para testes científicos contraria um contexto jurídico, ético e social de uma sociedade que se pretende livre, justa e solidária.

## Justificativa

As questões referentes aos direitos dos animais aparecem como um problema ético especialmente a partir do ano de 1975, com a obra *Libertação animal*, na qual Peter Singer defende a igualdade como valor extensível aos chamados “animais não humanos”. Desde então, a temática ganhou espaço no âmbito das discussões filosóficas, mostrando-se um assunto polêmico e de difícil resolução.

A questão atinente à abolição dos testes científicos em animais (especialmente para indústria de cosméticos, percebidos como os mais “desnecessários” ou fúteis) começa a dar seus primeiros passos mais efetivos, tendo como marco jurídico global a proibição no âmbito da União Europeia na utilização de animais para testes na indústria de cosméticos em todo o seu território. Apesar de tal norma, anualmente no Brasil e no mundo centenas de milhares de seres permanecem sendo criados em condições miseráveis e mortos precocemente para a realização de testes diversos, em uma total desconsideração ao valor da vida e uma completa falta de compaixão para com o sofrimento de cada animal enjaulado.

Assim, a presente pesquisa se justifica pela necessidade de defesa de uma nova ética apta a possibilitar a construção de direitos extensíveis a todos os vulneráveis, humanos ou não.

## Metodologia

Será adotado, neste estudo, o método dialético como metodologia geral de trabalho, pois se revela como adequado à investigação da realidade. É largamente utilizado para tratar das complexas relações entre os seres, dado que

[...] para conhecer realmente um objeto é preciso estudá-lo em todos os seus aspectos, em todas as suas relações e todas as suas conexões. Fica claro também que a dialética é contrária a todo conhecimento rígido. Tudo é visto em constante mudança: sempre há algo que nasce e se desenvolve e algo que se desagrega e se transforma. (GIL, 1987, p. 32).

Com base em seus objetivos, a pesquisa é classificável como exploratória e explicativa. Exploratória porque tem “como

objetivo principal o aprimoramento de idéias (sic) ou a descoberta de instituições” (GIL, 2002, p. 41). As pesquisas explicativas, por sua vez, “têm como preocupação central identificar os fatores que determinam ou que contribuem para a ocorrência dos fenômenos. Esse é o tipo de pesquisa que mais aprofunda o conhecimento da realidade” (GIL, 2002, p. 42), razão pela qual será utilizada, dentre outras passagens do trabalho científico, para explicitar as origens da dominação dos animais pelo homem, assim como as possibilidades de rompimento dessa exploração.

Por fim, quanto aos procedimentos técnicos, trata-se de pesquisa essencialmente bibliográfica e documental, realizada a partir da leitura e do fichamento crítico de livros e artigos científicos.

## Desenvolvimento

Apesar das dificuldades ainda existentes de efetivação da igualdade entre os próprios seres humanos – considerados os resquícios culturais de ordem racista, sexista e social – é chegada a hora de abolir o modelo de violação de direitos que marca a relação com os animais.

Os animais não dispõem de meios para se defender das agressões que lhe são infligidas pelos seres humanos. Assim, cabe à humanidade a obrigação ética e moral de protegê-los – por empatia (REGAN, 2006), pelo “Princípio da Igual Consideração dos Interesses” (SINGER, 1998) ou por solidariedade (DUSSEL, 1995) – assim como se faria com um ser humano recém-nascido ou mentalmente incapaz.

Conquanto seja o direito incapaz de, sozinho, tornar justas e equânimes as relações entre os seres, deve prever e articular mecanismos eficazes para a promoção da dignidade de todos aqueles que necessitarem – sem distinção de raça, sexo ou espécie. Em outras palavras, se à ciência do direito não cabe moldar o “ser” (verbo infinitivo), deve ao menos prever o “dever ser”, legitimando interesses e bens jurídicos de todos que puderem ser incluídos em seu arcabouço. Logo, caberá ao legislador consolidar o que não é mais moralmente tolerável – ajudando na evolução social em vez de aguardá-la passivamente.

Na matéria ora em análise, além da conhecida Lei Arouca (Lei nº 11.794/2008) e de leis estaduais regulando a questão de testes para cosméticos, tramitam na Câmara dos Deputados alguns projetos debatendo o tema – o que será analisado com o avanço da presente pesquisa.

A apresentação de um chamado “conhecimento pós-abissal” (SANTOS, 2007) emerge como importante à medida que possibilita a articulação entre direitos animais e humanos. Toma como viés os interesses daqueles calados pelo conhecimento abissal – cuja característica é não possibilitar a compreensão de todas as formas de vida e saber. O conhecimento abissal possibilita ao opressor impor seu modelo de conhecimento como sendo o único possível, alimentando diferenças e reforçando discrepâncias sociais sobre aqueles que se tornam cada vez mais “invisíveis” e “ausentes” (SANTOS, 2007).

Há que se observar a relação “colonizador versus colonizado” para explicitar a dispensabilidade de vidas e subalternização dos povos a partir do poder eurocêntrico. A emancipação dos atores sociais – e dos animais – é inviável nesse contexto de colonização (SANTOS, 2010, p. 4). Assim, é fundamental refundar as ciências sociais a partir de uma perspectiva de descolonização (SANTOS, 2010).

Além do mais, os avanços da tecnologia possibilitam que os cruéis testes em animais sejam eficazmente substituídos por meios alternativos, tais como testes *in vitro*, simulações em computador, modelos matemáticos, voluntários humanos, técnicas físico-químicas, estudos em cadáveres e outros (CHUAHY, 2009).

Não se nega, contudo, que grandes avanços científicos na área da saúde (para tratamento de doenças) se deram por meio de testes com animais. No entanto, a sociedade tem evoluído moral, ética e solidariamente, não mais havendo interesses científicos ou econômicos que justifiquem maltratar seres que comprovadamente sofrem com tais atos.

## Conclusões

A pesquisa, ainda em fase inicial, já revela alguns espectros dignos de nota:

- a) para uma correta satisfação dos mínimos direitos cabidos aos animais, não basta prover-lhes melhorias de bem-estar, mas conceder a liberdade necessária à consecução de suas dignidades;
- b) a cultura antropocêntrica se revela eticamente superada, descabendo manter a exploração animal por interesses econômicos e científicos;
- c) uma nova forma de construção do conhecimento – pós-abissal – possibilita o reconhecimento do ponto de vista do outro;
- d) as heranças do processo de colonização dificultam em muito as tentativas de promoção da igualdade e impossibilitam processos efetivos de emancipação social de grupos menos favorecidos.

## Referências

- CHUAHY, Rafaella. **Manifesto pelos direitos dos animais**. Rio de Janeiro: Record, 2009.
- DUSSEL, Enrique. **Filosofia da libertação**. São Paulo: Paulus, 2005.
- FEIJÓ, Anamaria. **Utilização de animais na investigação e na docência: uma reflexão ética necessária**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2005.
- FEIJÓ, Anamaria Gonçalves dos Santos; BRAGA, Luisa Maria Gomes de Macedo; PITREZ, Paulo Márcio Condessa (Orgs.). **Animais na pesquisa e no ensino: aspectos éticos e técnicos**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010.
- GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- \_\_\_\_\_. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. São Paulo: Atlas, 1987.
- NACONECY, Carlos Michelon. **Ética & animais: um guia de argumentação filosófica**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2006.
- REGAN, Tom. **Jaulas vazias**. Porto Alegre: Editora Lugano, 2006.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes. **Revista Crítica de Ciências Sociais**. Coimbra, n. 78, p. 3-47, out. 2007.

\_\_\_\_\_. **Para descolonizar occidente**: Mas Allá del Pensamiento Abismal. Buenos Aires: CLACSO, 2010. Disponível em: <<http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/coedicion/perspectivas/boaventura.pdf>>. Acesso em: 5 mar. 2018.

SINGER, Peter. **Ética prática**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

\_\_\_\_\_. **Libertação animal**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

## O índio como sujeito político: análise sob a perspectiva decolonial do exercício da cidadania indígena

---

Camila Neis Pinheiro

Orientadora: Raquel Fabiana Lopes Sparemberger

O presente trabalho analisa a cidadania exercida pela população indígena no Brasil. A pesquisa é parte de um estudo em desenvolvimento no grupo de estudos direito, decolonialidade e estudos subalternos, sob a orientação da professora doutora Raquel Fabiana Lopes Sparemberger.

Como objetivos específicos, busca-se analisar se as disposições constitucionais (referentes à cidadania indígena) se operam – ou não – na vida prática dos indígenas, tendo em vista serem normas instituídas em um contexto de violência epistêmica, bem como se as disposições referidas reconhecem direitos à cidadania indígena de maneira material ou apenas formal.

Prioriza-se a perspectiva dos estudos decoloniais, buscando transcender o paradigma do indígena como “outro” frente à legislação para alcançar o tratamento de sujeito colonizado em um Estado Nacional. Para tanto, será utilizado o método de abordagem dedutivo em conjunto com a técnica de pesquisa bibliográfica e legislativa.

Objetiva-se, ainda, enfatizar casos que ilustrem a problemática. A perspectiva da análise da cidadania indígena sob a ótica dos estudos decoloniais parte do seguinte conceito:

preferimos utilizar o termo ‘decolonial’ e não ‘descolonial’. [...] Entretanto, preferimos o termo decolonial, pelos mesmos motivos que Walsh [...] A autora prefere utilizar o termo ‘decolonial’, suprimindo o ‘s’ para marcar uma distinção com o significado de descolonizar em seu sentido clássico. Deste modo quer salientar que a intenção não é desfazer o colonial ou revertê-lo, ou seja, superar o momento colonial pelo momento pós-colonial. A intenção é provocar um posi-

cionamento contínuo de transgredir e insurgir. O decolonial implica, portanto, uma luta contínua. (COLAÇO, 2012, p. 8).

Com isto, busca-se transcender a perspectiva do indígena como um sujeito colonizado em um Estado Nacional, pois o conceito de Estado Nacional tem suas raízes na criação da ideia do que é uma nação. Uma nação seria, portanto, uma comunidade de pessoas em um mesmo território em uníssono com seus costumes, crenças e histórias – o que permite também, uma sociedade se diferenciar de outros países. Entretanto, em oposição a essa ideia, tem-se o conceito de Estado Plurinacional, que estabelece que possam existir mais de um costume, crenças e histórias em um mesmo território, sendo respeitado cada um para construir a atividade política, econômica e social do Estado – caso da Bolívia, por exemplo.

No Brasil, tem-se um Estado Nacional, uma só nação, onde se busca, dentro de uma perspectiva colonial, que o indígena possa exercer uma cidadania estabelecida por meio de uma violência epistêmica. Não se reconhecem, assim, as próprias manifestações culturais dos povos – apesar de a Constituição da República Federativa do Brasil reconhecê-las formalmente.

No que tange aos reconhecimentos formais da cidadania indígena, a Constituição da República Federativa do Brasil trouxe nos seus arts. 231 e 232 o reconhecimento ao respeito das formas de organização própria dos povos indígenas, bem como a suas crenças e tradições. Entretanto, apenas reconhecer o exercício da cidadania indígena nesses artigos não é suficiente, tendo em vista o contexto das legislações infraconstitucionais anteriores à CRFB.

Nessas normas infraconstitucionais anteriores à CRFB de 1988, tem-se o Código Civil de 1916, que chamou os indígenas de “silvícolas”, e a Constituição Federal de 1934, que trouxe a incorporação dos silvícolas à comunhão nacional – instituindo a chamada “política assimilacionista”. Anteriormente à CRFB ainda existe o vigente Estatuto do Índio – Lei nº 6.001/73 –, que traz no seu art. 1º: “Esta Lei regula a situação jurídica dos índios ou silvícolas e das comunidades indígenas, com o propósito de preservar a sua cultura e integrá-los, progressiva e harmoniosa-

mente, à comunhão nacional.” Ou seja, o histórico de instituição dos arts. 231 e 232 da CRFB, mesmo em grande medida tratando como benéfica e substancial a existência da cidadania indígena no Brasil, converge com a legislação anterior. Assim sendo, o reconhecimento trazido pela norma constitucional e infraconstitucional referida acaba por ser um reconhecimento meramente formal, esbarrando nas raízes da colonização.

Tendo sido feito o panorama infraconstitucional e constitucional, passa-se a analisar a perspectiva material inicialmente referida. No que tange à cidadania indígena especificamente, tem-se o seguinte conceito:

[...] a cidadania é fundamentalmente o processo de construção de um espaço público que propicie os espaços necessários de vivência e de realização de cada ser humano em efetiva igualdade de condições, mas respeitadas as diferenças próprias de cada um. [...] A cidadania pressupõe, portanto, a igualdade de oportunidades e de condições fundamentais iguais para todos, respeitadas as peculiaridades dos indivíduos como, no caso dos indígenas, a preservação de seu modo de vida. (CORRÊA; OLIVEIRA, 2006, p. 28).

Assim, tem-se um estudo realizado na Reserva indígena do Guarita, no qual se verificou que os indígenas dessa tribo possuem características de uma cidadania interna e de uma cidadania externa. Foi determinado o conceito de “cidadania interna” como o ato da votação para cacique da tribo – da qual participam por serem indígenas. Essa organização dos indígenas para votação de cacique é consequência histórica, fruto da colonização, pois se estima que foi determinado o conceito de cacique entre as tribos indígenas justamente pela inserção no meio não indígena (branco) (o cacique é a representação política da comunidade, “a pessoa que conversa com o branco”, sendo o líder da tribo de fato, em sua grande maioria das vezes, o pajé – que é o líder espiritual).

No caso, só por esse fato, tem-se a importância dos estudos sobre o exercício da cidadania indígena sob a ótica dos estudos decoloniais – pois o conceito de cidadania de que se tem conhecimento é o instituído por meio da colonização e imposto para as tribos indígenas em um contexto de violência epistêmica.

A “cidadania externa” é justamente a participação dos indígenas na cidadania do meio branco, votando em presidente da República, senadores, deputados, governadores, prefeitos e vereadores – que participam como cidadãos brasileiros exercendo a cidadania formal que a CRFB reconheceu como lhes sendo de direito em 1988.

Desse exercício de cidadania externa, há apenas dois deputados federais indígenas eleitos: Mário Juruna, eleito deputado federal pelo PDT em 1982, representando o estado do Rio de Janeiro, e Joênia Wapichana, eleita deputada federal pela Rede Sustentabilidade em 2018, e também a primeira mulher indígena a exercer a advocacia no Brasil. O fato de a comunidade indígena contar historicamente com apenas dois deputados eleitos mostra que apesar de os indígenas terem seu direito ao exercício pleno da cidadania pela CRFB ao exercer a “cidadania externa”, acabam por votar não em pessoas que os representam, mas em candidatos que “prometem ajuda”, justamente numa imersão da lógica colonial.

Conclui-se, portanto, com os estudos realizados até o presente momento e as legislações analisadas até então, que as comunidades indígenas, apesar de gozarem de direitos ao reconhecimento da sua cidadania, não conseguem fazê-lo por se tratar de um povo silenciado, objeto de violência epistêmica até os dias atuais e sujeito a um processo hegemônico de supremacia colonial. Busca-se proporcionar, assim, o debate de alternativas que visem romper com os paradigmas hegemônicos e ampliar as possibilidades de exercício da cidadania indígena.

## Referências

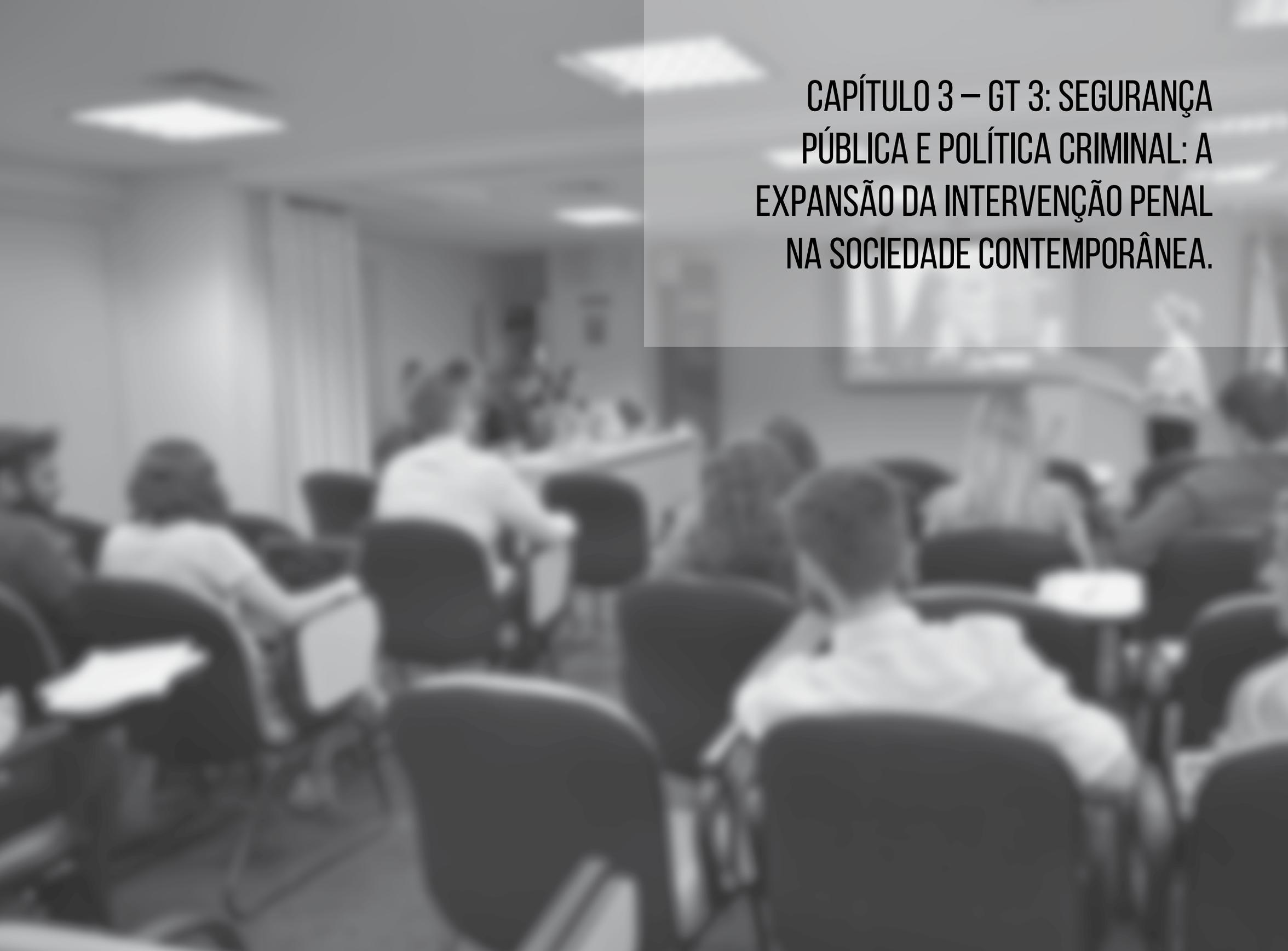
BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2018. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>.

BRASIL. **Legislação sobre o índio**. Brasília: Edições Câmara, 2013.

COLAÇO, Thais Luzia. **Novas perspectivas para a antropologia jurídica na América Latina: o direito e o pensamento decolonial**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012.

COLAÇO, Thais Luzia; DAMÁZIO, Eloise da Silveira Petter. **Antropologia jurídica: uma perspectiva decolonial para a América Latina**. Curitiba: Juruá Editora, 2018.

CORRÊA, Darcísio; OLIVEIRA, Janassana I. A. **Cidadania, biodiversidade e identidade cultural na reserva indígena do Guarita**. Ijuí: Editora Unijuí, 2007.



**CAPÍTULO 3 – GT 3: SEGURANÇA  
PÚBLICA E POLÍTICA CRIMINAL: A  
EXPANSÃO DA INTERVENÇÃO PENAL  
NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA.**

# A corrupção política e os reflexos desta na democracia brasileira

Rogério Gesta Leal<sup>1</sup>

Pedro Guilherme Ramos Guarnieri<sup>2</sup>

## Resumo

O presente trabalho propõe analisar os reflexos da corrupção política na democracia brasileira. Para isso, traz, inicialmente, considerações sobre a atenção superficial dada pela mídia aos casos de corrupção que assolam o país, cuja preocupação se restringe a apontar culpados e não identificar e fomentar um debate mais aprofundado sobre as causas e consequências daqueles. Em um segundo momento, busca realizar uma construção histórica do modo como a corrupção se perpetuou nos sistemas políticos brasileiros desde o período colonial até a adoção do modelo de Estado Democrático de Direito, com a vigência da Constituição Federal de 1988. Por fim, conclui-se que os efeitos da corrupção política, a qual deixa de lado os interesses da população, geram um distanciamento entre o cidadão e os seus representantes, colocando em dúvida a legitimidade do processo político.

**Palavras-chave:** Corrupção. Corrupção política. Democracia. Eleições. Mídia. Reflexos.

- 1 Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, doutor em Direito. Professor titular da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC); professor da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP); professor visitante da Università Tullio Ascarelli (Roma Trè), da Universidad de La Coruña (Espanha) e da Universidad de Buenos Aires (Argentina); professor da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento da Magistratura (ENFAM). Membro da Rede de Direitos Fundamentais (REDIR) e do Conselho Nacional de Justiça (CNJ – Brasília). Coordenador Científico do Núcleo de Pesquisa Judiciária da ENFAM (Brasília). Membro do Conselho Científico do Observatório da Justiça Brasileira. Coordenador da Rede de Observatórios do Direito à Verdade, Memória e Justiça nas Universidades brasileiras – Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República.
- 2 Secretário de desembargador da 4ª câmara criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, graduado e mestre em Direito Público pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). Integrante dos Grupos de Pesquisa intitulados Patologias Corruptivas e Garantias Processuais dos bens públicos indisponíveis, de coordenação dos professores Dr. Rogério Gesta Leal e Dr. Fábio Roque Sbardelotto, respectivamente. E-mail: pedroguarnieri05@gmail.com.

## Abstract

The work proposes to analyze the reflexes of political corruption in Brazilian democracy. To do so, it initially brings to light considerations about the superficial attention given by the media to the cases of corruption that devastate the country. Usually the Media's concern is restricted to pointing out guilty, rather than identifying and promoting a deep debate on the causes and consequences of corruptive acts. Secondly, it seeks to make a historical construction of the way corruption has perpetuated itself in Brazilian political systems, from the colonial period until the adoption of the Democratic State of Law model, with the validity of the Federal Constitution of 1988. Finally, it concludes that the effects of political corruption, where the interests of the population are left aside, creates a distance between the citizen and his representatives, casting doubt on the legitimacy of the political process.

**Keywords:** Corruption. Political corruption. Democracy. Elections. Media. Reflections.

## Considerações iniciais

A corrupção pode ser definida como um fenômeno multidisciplinar, decorrente das mais variadas formas de quebra de confiança do sistema, inclusive das relações privadas. Essa amplitude conceitual se dá pelo fato de que a corrupção não está presente apenas no abuso ou desvio do exercício da função pública relacionada à atividade econômica ou política dos poderes públicos utilizada em benefício de interesses privados.

Não obstante a presença desse caráter multifacetário, certo é que as condutas corruptivas cotidianas que mais geram danos à coletividade são exatamente as que envolvem a promíscua relação entre o poder público e o privado, resultando no desvio de verbas públicas em quantidade estratosférica ou, ainda, em danos que sequer são perceptíveis em um primeiro momento, tal como ocorre na corrupção política.

Diante desse contexto, o presente trabalho tem como objetivo avaliar em que medida a corrupção política coloca em risco e/ou viola o modelo constitucional democrático adotado pelo Brasil. Para atingir tais objetivos, por meio da metodologia hipotético-dedutiva, busca-se analisar os reflexos da corrupção política na democracia brasileira.

tético-dedutiva e mediante pesquisa bibliográfica, analisar-se-á, inicialmente, a forma (superficial) como o tema corrupção é tratado pela mídia. Em um segundo momento, o foco da pesquisa centrar-se-á nos aspectos históricos da corrupção vivenciados no Brasil em seus sistemas políticos. Por fim, examinar-se-ão os impactos decorrentes da corrupção política na democracia.

### O superficial tratamento dado ao tema corrupção pela mídia

Atualmente, o assunto corrupção passou a ganhar maior notoriedade em face dos avanços tecnológicos e a consequente ampliação dos meios de comunicação (redes sociais, blogs, entre outros). Com isso, inúmeros escândalos de desvios de verbas públicas, assim como de pagamentos de expressivos valores a título de propina, demonstraram a urgência que requer o enfrentamento dessa espécie delitativa que traz significativos prejuízos aos cofres do Estado.

Essa expansão midiática, com efeito, não se trata de um privilégio brasileiro, mas, sim, de um movimento global. Contudo, se percebe que esse aumento de atenção destinado aos casos de corrupção nos noticiários é dado apenas aos casos de grande repercussão, como ocorre no Uruguai, por exemplo<sup>3</sup>. Ou seja, a repercussão despendida pela mídia ao tema se resume a casos específicos que atraiam a atenção do povo, o que denota, na verdade, uma preocupação em “vender notícia”.

Por essa razão, embora os meios midiáticos tradicionais e alternativos cumpram o seu papel de informar os cidadãos, até mesmo gerando aquele sentimento de indignação do povo e cobranças para o estancamento desta patologia, não se tratam de trabalhos que apresentem uma análise apurada das causas e consequências dessas corrupções para fins de reflexão (LEAL, 2013, p. 14).

Para Borba (2016, p. 128), “o que vemos e lemos na mídia sobre a corrupção é, quase sempre, enganoso”. Essa afirmativa

3 No Uruguai, por exemplo, houve significativa evolução do número de segundos dedicados pelos noticiários televisivos ao tema corrupção, especialmente entre os anos 1994 e 1995. Contudo, pesquisas destacam que, após o ano de 1999, o interesse desses veículos de imprensa não parece ser pautado pelo número de casos, mas, contrariamente, pela importância deles. Ou seja, apenas nos casos de grande repercussão política é que ocorre um significativo aumento de atenção que a mídia dedica ao tema (BUQUET, 2010).

se dá não apenas pelo fato de as notícias destacarem desproporcionalmente o envolvimento deste ou daquele partido, mas sim “porque as narrativas jornalísticas simplificam a realidade de uma maneira extrema, bem mais danosa do que se costuma imaginar” (BORBA, 2016, p. 128). Segundo o autor, existe um recorte linear dessa realidade, como se todos os personagens constituíssem figuras planas com a adoção de um único propósito: definir se essas pessoas são ou não corruptas, se participaram ou não de atos considerados corruptos. Com isso, as matérias jornalísticas não deixam espaço para a complexidade, não fomentam uma análise aprofundada acerca da corrupção, assim como a busca do entendimento desta (BORBA, 2016).

O que observamos, na verdade, é que a imensa maioria das matérias publicadas nos jornais sobre corrupção reporta casos envolvendo políticos e pessoas públicas do nível federal, atuantes em grandes cidades, promovendo verdadeiros embates do bem contra o mal, muitas vezes utilizando a população como massa de manobra em prol de interesses escusos, sem tratar em concreto quais são as reais causas e consequências da corrupção, principalmente daquela que é cotidiana e silenciosa, que ocorre na administração e governo das pequenas e médias cidades.

Mesma situação ocorre, por exemplo, quando o tema corrupção é abordado por meio de índices que medem a “percepção da corrupção” pela população. Ainda que seja importante o peso destas pesquisas na avaliação das políticas públicas, por apontar que a população, em geral, tem consciência e se preocupa com os efeitos decorrentes das condutas corruptivas em suas vidas, elas não proporcionam uma avaliação apurada dos mecanismos internos desse processo (AVRITZER, 2012, p. 12).

Por óbvio, o fenômeno da corrupção não é um “privilégio” brasileiro e muito menos se restringe ao setor público. Trata-se de uma conduta antiquíssima, presente nas mais variadas espécies de relações desenvolvidas pelo ser humano, transitando nas relações privadas, públicas e público-privadas.<sup>4</sup> O custo dessa

4 Nesse sentido, Almeida (2007) destaca que boa parte da população brasileira recorre ao denominado jeitinho brasileiro, isto é, admite que regras essenciais da convivência em sociedade sejam violadas para satisfação de interesses particulares. O autor define o jeitinho brasileiro como o “instrumento que possibilita a quebra de regras, uma espécie de zona cinzenta moral entre o certo e o errado.

corrupção atinge de forma direta o desenvolvimento político, social e econômico do país, na medida em que são despendidos gastos com financiamentos de projetos desnecessários e improdutivos, tributos deixam de ser arrecadados, recursos públicos são geridos sem qualquer responsabilidade, com falhas na alocação, afetando a composição dos gastos da administração pública e causando incalculáveis prejuízos (ROCHA, 2008, p. 70).

Sem dúvidas, essas circunstâncias estão relacionadas diretamente à ideia de que o Estado brasileiro tem como essência a figura do Estado Patrimonial, estrutura essa em que a elite política considera que pode manusear os recursos públicos como se fossem de propriedade particular. Compreender tal contexto, exige a reconstrução de fatos históricos ocorridos em terras brasileiras, tema que passamos a abordar.

### **Brasil: uma história de corrupção**

A cultura corruptiva brasileira, segundo Figueiredo (2012), se explica, em parte, em razão do processo de colonização implementado no Brasil, o qual nunca teve como objetivo a constituição de uma nação, mas sim a exploração das riquezas presentes em nosso território. Com isso, a incidência da corrupção ao longo da formação do país e a recorrência dessa na vida contemporânea cristalizaram a ideia de que ela resulta de uma espécie de destino transmitido pelas raízes da tradição portuguesa (FIGUEIREDO, 2012, p. 174).

Ao contrário da colonização norte-americana<sup>5</sup>, os que aqui aportavam não tinham qualquer compromisso moral ou ideológico com a coletividade, apenas visavam tirar proveito das riquezas da terra descoberta. Como naquela época Portugal tinha apenas um milhão e meio de habitantes, houve uma grande dificuldade de povoação do novo território conquistado, então aqueles que

Ressalta que ao contrário da moralidade norte-americana, a brasileira admite a existência de um meio-termo entre o certo e o errado. Quanto maior for a utilização e a aceitação desse meio-termo, maiores são as chances de tolerância em relação à corrupção" (ALMEIDA, 2007, p. 48).

5 Na colonização norte-americana, os povoadores deixaram o Velho Continente por perseguição religiosa, e na Terra Nova estabeleceram-se para fundar uma pátria. A colonização brasileira resultou em mera exploração da matéria-prima presente em suas terras, como uma espécie de saqueamento das riquezas para exportação (COSTA, 2001).

vinham para o Brasil eram sujeitos que não detinham perspectiva de vida em Portugal – eram encarcerados, marginalizados ou falidos – e estavam munidos de um único propósito: enriquecer (BARBOZA, 2006, p. 14).

O surgimento da primeira espécie de poder político se deu por meio dos sistemas hereditários<sup>6</sup>, o que contribuiu de forma determinante para a proliferação de inúmeros pólos geradores de corrupção. Esse campo fértil se constituía em face do excessivo poder dado aos donatários, os quais detinham a responsabilidade de distribuir as terras aos colonos, fundar municípios, criar órgãos administrativos, entre outras atribuições que os colocavam em posição de destaque. Tudo isso, somado à ambição e ao espírito de aventura, alimentados pela distância da metrópole, possibilitava que os portugueses aqui instalados não respeitassem as habituais limitações jurídicas e morais existentes no seu país de origem (LIVIANU, 2014, p. 30-31).

Com o passar do tempo, se percebeu que esse sistema descentralizado, visando a extração de riquezas, não funcionava de maneira eficiente, eis que a arrecadação de impostos se mostrou excessiva e predatória, tamanha era necessidade de abastecer a Metrópole. Nesse sentido, Prado Júnior (1979, p. 356) lembra que o panorama dessa sociedade colonial era de: "incoerência e instabilidade no povoamento; pobreza e miséria na economia; dissolução nos costumes; inércia e corrupção nos dirigentes leigos e eclesiásticos".

A partir desse contexto político implementado pela Metrópole, sem qualquer propósito cultural ou projeto visando o desenvolvimento do Brasil, é que a corrupção surgiu pelo desvio de remessas de mercadoria e sonegação de impostos como o meio mais fácil para o enriquecimento.

Entre os anos de 1807 e 1808, com o advento do expansionismo francês, o reino de Portugal foi transferido para o Brasil. Com isso, o país foi alçado à condição de Reino Unido de Portugal e Algarves. Tal movimento culminou com a abertura dos portos às nações amigas, a fundação de escolas, o fomento ao

6 Sistemas hereditários de tipo feudal e que implicavam na privatização do patrimônio do rei.

comércio e a abertura de biblioteca, desenvolvimentos estes que jamais haviam sido experimentados em solo brasileiro.

Não obstante a constatação desses avanços, a vinda da família real portuguesa ao Brasil gerou uma intensa divergência política, especialmente entre os portugueses que vieram com a Corte e os brasileiros. Esse descompasso, em grau menor é verdade, também existia entre os próprios brasileiros, os quais se dividiam entre liberais e conservadores.

Apenas com a proclamação da independência, em 1822, e a instituição do Império é que essa situação foi contornada, por meio da Carta Constitucional de 1824. Embora presente certa insatisfação com a instauração de uma monarquia constitucional em meio à América Republicana, se buscou preservar o Estado e seu governante nas questões que eram debatidas de forma acalorada diariamente (SCHWARCZ, 2012, p. 191).

Na década de 1830, diante da impossibilidade de manter o controle da situação política do país, D. Pedro I retornou para Portugal e abdicou do trono em favor de seu filho, o qual possuía apenas cinco anos de idade. Evidentemente, a menoridade impedia a investidura no posto de Imperador, então o governo do Brasil ficou a cargo dos regentes, os quais foram obrigados a articular uma nova configuração política ao Império, a fim de superar o sentimento de revolta que ocorreu após a abdicção de D. Pedro I.

Para suportar o período regencial, foi criada a Guarda Nacional (1831), a qual era composta por um conjunto de antigas companhias civis que assumiu uma conformação militar, de maneira hierarquizada, surgindo, a partir disso, a figura dos coronéis<sup>7</sup>. Como consequência disso, houve um movimento de "pessoalização" da política, uma espécie de versão brasileira do "caciquismo", no qual o patrimonialismo, clientelismo e coronelismo surgiram como temas recorrentes na vida sócio-política, marcando o trato da coisa pública como bem privado, assim como pela política da troca de favores (BARBOZA, 2006, p. 17).

No ano de 1839, D. Pedro II se tornou o segundo imperador do Brasil, posição essa que ocupou até 1889. Durante esse

período, houve uma grande evolução em todos os setores, desde o econômico até o cultural, o que fez com que esse sistema político aparentasse estar acima das demais questões "mundanas". Schwarcz (2012, p. 192) refere que D. Pedro II, nos momentos de maior popularidade, passou a ser visto como um monarca de direito divino, um mecenas das artes.

Contudo, contrariando essa imagem, o Imperador passou a conceder títulos motivados apenas por jogos de interesses. Essas ações, aliadas ao desenvolvimento econômico do país, fizeram com que novas formas de corrupção surgissem no território brasileiro, culminando na chamada "delinquência dourada", na qual os nobres ocupantes do governo passaram a se valer das vantagens dos cargos para obter lucro em negócios obscuros. Como consequência disso, as administrações pública e política se tornaram um ambiente favorável à perpetuação criminosa. Na década de 1880, D. Pedro II e seu governo, já enfraquecidos pela corrupção, passaram a ficar mais expostos em face dos escândalos publicados pela imprensa (COSTA, 2001, p. 127-128).

Souza (2001, p. 73) ressalta que, durante o período imperial de D. Pedro II, a corrupção se manifestava de maneira singular, pois não aparecia de forma explícita por meio do regente e de seus subordinados, mas pelo sofrimento das classes menos desfavorecidas, como os pequenos comerciantes e os cidadãos com profissões menos valorizadas. Ou seja, não era um Estado neutro, pois administrava o país em favor dos interesses dos grandes proprietários, como um instrumento da classe dominante.

Situação mais grave ocorria no campo político, no qual, nas últimas décadas do Império brasileiro, a fraude eleitoral se enraizou nos costumes de tal forma que se os políticos não participassem e não agissem do mesmo modo, eram vistos como incapazes e tolos (PIMENTEL, 2014, p. 37).

Com o advento do sistema republicano, foi instalado um Governo Provisório, presidido pelo marechal Manoel Deodoro da Fonseca, o qual possuía três funções básicas: consolidar o novo regime; institucionalizar o novo regime com a aprovação de uma Constituição Republicana; e executar as reformas administrativas do Estado que se faziam necessárias. Esse Governo foi marcado por um cenário tumultuado no âmbito social e político,

<sup>7</sup> Membros das oligarquias que ocupavam postos de comando na Guarda Nacional.

assim como no econômico. Pouco tempo depois de implantada a república, houve um afastamento do governo republicano dos propósitos que se propusera a realizar.

A partir de 1891, com a promulgação de uma nova Constituição, o regime político passou a ser o presidencialista, oportunidade em que ocorreu a primeira eleição pela via indireta. O Congresso Nacional Constituinte, temendo um golpe militar, realizou uma assembleia geral que elegeu o marechal Deodoro da Fonseca como presidente. No entanto, tão logo posta em votação lei que definia os crimes de responsabilidade para os cargos do Poder Executivo, por meio da qual os poderes do presidente eram reduzidos, marechal Deodoro da Fonseca entrou em rota de colisão com os congressistas. Apesar de vetar o projeto e fazer ameaças ao Parlamento, o veto foi derrubado pelo Senado. Em retaliação, o presidente decretou estado de sítio e dissolveu o Congresso Nacional, direcionando o governo ao regime ditatorial. Ocorre que as medidas tomadas pelo marechal Deodoro da Fonseca desagradavam não somente os parlamentares como também nomes da alta hierarquia militar. Pouco tempo depois, a cidade do Rio de Janeiro entrou em clima de guerra civil, ocasionando na renúncia do marechal Deodoro da Fonseca, oportunidade em que o vice-presidente marechal Floriano Peixoto assumiu o posto máximo do Executivo (BRASIL, 2009).

No ano de 1894, tomou posse o primeiro presidente civil da República, Prudente José de Moraes e Barros, cuja eleição foi marcada pela assunção ao poder da oligarquia cafeeira, representada pelos estados mais importantes da Federação àquela época: São Paulo e Minas Gerais. De forma similar, o segundo presidente civil, Manoel Ferraz de Campos Salles, visando garantir sua eleição, assegurou aos grupos oligárquicos dominantes de cada Estado que estes teriam ampla autonomia em suas atividades.

Desta forma, o contexto de desordem e corrupção que ocorria no período Monárquico se manteve na nascente República, mas de maneira distinta, eis que o coronelismo implementava uma relação de poder dominada pelo apadrinhamento, pela troca de favores, pelo tráfico de influências, além de outras inúmeras condutas que fomentavam o crescimento de uma rede de corrupção.

Com a Revolução de 1930, diversas medidas visando corrigir essas distorções do sistema eleitoral foram tomadas, sendo a principal delas, sem sombra de dúvidas, o voto secreto.<sup>8</sup>

Assim que assumiu a chefia do Governo Provisório da República, Getúlio Vargas pôs em prática uma série de atos de cunho ditatorial: suspendeu a Constituição Federal; dissolveu o Congresso Nacional, as Assembleias Estaduais e as Câmaras Municipais; e transferiu as atribuições legislativas ao Poder Executivo. Essas medidas fizeram com que a corrupção passasse a transitar em novos horizontes, haja vista que todos direitos ficavam subentendidos e controlados por Getúlio Vargas, o qual, ainda, gerenciava todos os benefícios privados pretendidos pelo uso do dinheiro público (SOUZA, 2001, p. 74).

Não obstante a presença de significativos avanços nos campos sociais e trabalhistas proporcionados pela ditadura de Getúlio Vargas, o cenário político, mais uma vez, passou a se desviar dos princípios éticos, o que acabou gerando uma verdadeira rede de interesses econômicos com a principal finalidade de manter grupos específicos no poder. Assim, diversas formas de corrupção nos serviços públicos passaram a ser recorrentes, especialmente por meio do preenchimento de cargos públicos baseado em interesses particulares (PIMENTEL, 2014, p. 37).

Como consequência disso, a partir de 1945, a palavra “corrupção” sofreu uma “alteração semântica” em seu conceito. Se antes os sistemas eram tidos como corruptos, agora os indivíduos passaram a ser vistos como tal. Desta forma, as ações da oposição se voltaram contra a corrupção individual, os políticos getulistas e, inclusive, o próprio Getúlio Vargas.<sup>9</sup>

A queda de Getúlio Vargas e a ascensão do General Gaspar Dutra ao poder, contudo, não resultou em profundas mudan-

8 Segundo Carvalho (2012, p. 201), a partir da implementação do voto secreto se criou uma espécie de justiça especializada eleitoral. Apesar de os revolucionários chamarem os políticos da Velha República de carcomidos, em momento algum se dirigiam a eles como ladrões ou corruptos. Para eles, corruptos eram os sistemas.

9 Carvalho (2012, p. 201) afirma que nesse período “a oposição a Vargas, comandada pelos políticos da UDN, voltou as baterias contra a corrupção individual, contra a falta de moralidade das pessoas. Corruptos eram os indivíduos, os políticos getulistas, o próprio Vargas. Expulsos o presidente e seus aliados, voltaria a correr água cristalina nas tubulações da República. Nessa chave, os indivíduos eram corruptos porque roubavam dinheiro público para se enriquecerem e enriquecerem amigos”.

ças nesse quadro político-social brasileiro. O retorno de Getúlio Vargas ao poder (1951-1954), embora tenha se dado pela via democrática, constituiu um período bastante complicado em razão da inflação econômica que assolava o país. Não suportando a acirrada campanha contra o governo, Getúlio Vargas cometeu suicídio (PIMENTEL, 2014, p. 37).

Realizadas novas eleições, Juscelino Kubitschek foi eleito Presidente da República. Motta (2012, p. 207) refere que o mandato deste ficou reconhecido pela implementação de importantes projetos desenvolvimentistas no país, com a realização de grandes obras, entre elas, a construção de Brasília. No entanto, esse período também restou marcado por diversos casos de corrupção denunciados por seus opositores, os quais incluíam até mesmo o envolvimento do próprio presidente.

Ao assumir a presidência em 1961, Jânio Quadros tinha como promessa acabar com a corrupção que assolava o país. Embora fosse essa a intenção inicial, o seu governo foi marcado pela preocupação com assuntos banais, como, por exemplo, a proibição do uso de biquínis em praias. Este cenário acabou propiciando ainda mais a proliferação da corrupção, culminando com o regime militar, oportunidade em que o Brasil passou a ser governado pelo marechal Castello Branco (SOUZA, 2001, p. 75).

Starling (2012, p. 215) afirma que o advento do regime militar não representou significativas melhorias. Apesar do combate à corrupção e da derrota do comunismo terem sido os propósitos inspiradores dos militares, com a promessa de se dar ampla divulgação às provas de corrupção ocorridas no regime anterior, por meio da publicação de um “livro branco” da corrupção, marechal Castello Branco jamais cumpriu este compromisso, limitando-se, assim como o alto comando militar, a praticar tão somente atos de decência pessoal. Evidentemente, tais condutas foram insuficientes para produzir resultados efetivos na vida pública do país, razão pela qual diversos casos de corrupção permearam durante o regime militar, inclusive dentro do próprio exército.

Superada a ditadura militar, o cenário de corrupção se agravou com o passar do tempo. Barboza (2006, p. 18) ressalta que o processo de impeachment do presidente Fernando Collor de Mello, no ano de 1992, parecia inaugurar uma nova era, na qual

a responsabilização das autoridades corruptas seria rigorosa. No entanto, os dois mandatos subsequentes de Fernando Henrique Cardoso (1995-2002) não se notabilizaram pelo combate efetivo à corrupção, de modo que as esperanças restaram frustradas.

Atualmente, o que vemos ainda são incontáveis casos de corrupção vindo à tona, evidenciando o uso indiscriminado da máquina pública para satisfazer interesses particulares, exemplo disso, é a denominada operação “Lava-Jato”, que constatou a existência de uma enorme estrutura criminoso organizada com o fim de perpetuar condutas corruptivas. A mencionada operação, ainda em andamento, culminou até mesmo com a condenação do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva à pena privativa de liberdade superior à 12 anos de reclusão.<sup>10</sup>

Quer dizer, ainda que o Brasil tenha superado os períodos colonial e imperial e transitado por modelos governamentais autoritários, como a ditadura militar, enfim adotando o modelo de Estado Democrático de Direito, com a vigência da Constituição Federal de 1988, a corrupção se apresenta com uma doença impregnada em nosso sistema público. Diante desse contexto, passamos a abordar alguns dos reflexos dessa corrupção enraizada em nosso poder político à democracia.

## Os impactos da corrupção política na democracia brasileira

A redemocratização do país, sem dúvidas, fez com que fatos que antes não chegavam ao conhecimento da opinião pública se tornassem visíveis. Porém, aquela não evitou que o fenômeno da corrupção se expandisse. São inúmeros os casos envolvendo desvios de vultosas quantias de verbas públicas, fraudes em licitações, contratações de serviços desnecessários, propinas em troca de benefícios fiscais, entre outras práticas semelhantes. Em contrapartida, os leitos em hospitais são em números aquém do necessário; a educação é precária; e a segurança pública é absolutamente deficiente; sem contar outros tantos problemas que decorrem dessas condutas criminosas.

<sup>10</sup> Recentemente o ex-presidente Michel Temer (2016-2018) foi preso preventivamente, sob suspeita de chefiar esquema criminoso voltado ao desvio de verbas públicas (OLIVEIRA, 2019).

Apenas para que se tenha uma ideia da dimensão dos esquemas de corrupção identificados no Brasil, um recente estudo que vem sendo realizado pela Universidade de São Paulo constatou a presença de um sistema bem engendrado, o qual não possui um personagem central, um líder, mas, sim, 404 nomes, entre eles, políticos, empresários, funcionários públicos, doleiros e laranjas envolvidos em 65 escândalos de corrupção, apenas entre os anos de 1987 e 2014. Segundo os pesquisadores, esses grupos criminosos apresentam características similares às chamadas sociedades secretas<sup>11</sup>, contando, em sua grande maioria, com cerca de oito integrantes por célula, os quais atuam com o objetivo de atrair novos integrantes, visando expandir o raio de ação criminoso e potencializar a ocultação dos atos ilícitos praticados. Essa forma de atuação se explica pelo fato de que a corrupção em grande escala se torna um esquema de difícil administração a ser executada na obscuridade, portanto, a ação em grupos menores permite com mais facilidade o “anonimato” (RIBEIRO et al., 2018).

Em razão desses inúmeros casos mencionados, estima-se que o rombo nos cofres públicos brasileiros causados pela corrupção atinja aproximadamente a marca de cem bilhões de reais ao ano, valor equivalente a 2,3% do PIB (MACEDO, 2016). Esse custo, é claro, reflete diretamente no desenvolvimento político, social e econômico do país.

Contudo, se de um lado temos políticos e agentes agindo motivados pela ganância e arquitetando grandes esquemas criminosos em prol do ganho “fácil”, do outro temos grupos do setor privado que alimentam este sistema vicioso, com o pagamento de altas propinas em troca de favorecimentos ilegais, tais como direcionamento de certames licitatórios, isenções fiscais, entre outros benefícios indevidos, criando uma verdadeira rede de crime organizado.

Heringer Júnior (2007, p. 86) destaca que essa corrupção recíproca é a mais corrosiva, na medida em que acaba criando “um jogo de interesses que ambas as partes saem lucrando”, como

11 De acordo com Boscatto (2013), “as chamadas Sociedades Secretas há tempos despertam curiosidade. Algumas teriam sua origem na idade média com fins religiosos e políticos ou militares, como a Ordem dos Templários e a Ordem dos Cavaleiros de Malta, dos tempos das cruzadas, e cercadas de lendas”.

ocorre, por exemplo, nos pagamentos de subornos, nos quais “tanto o agente público como o particular têm algo a ganhar com a ilicitude”. Havendo um certo equilíbrio nessas relações, essas “trocas” tendem a se prolongar pelo tempo.

A análise do fenômeno da corrupção, em sua dimensão política, deve levar em consideração os elementos culturais, sociais e econômicos que influenciam tais práticas. E, para que um ato configure corrupção política, requer-se a existência de um sistema normativo de caráter político que lhe sirva de referência. A justificativa para isto se dá no fato de que, dependendo do sistema político vigente, um ato pode ser considerado corrupto ou não (SEÑA, [20-], p. 581).

Em um sentido clássico do pensamento político, a corrupção está ligada aos crimes cometidos no exercício das funções públicas, ocasião em que surgem as maiores oportunidades, por conta dos poderes e das faculdades públicas que são confiadas ao agente político. Ou seja: são crimes que caracterizam o abuso do poder político (LIVIANU, 2014, p. 128). Atualmente, essa concepção continua presente, embora um dos tipos de abuso de poder que predomine como referência consista no enriquecimento ilegal ou ilegítimo de políticos.

Bernabeu (2016) vai além, o autor destaca que as condutas corruptivas devem ser consagradas não somente como uma ação ilícita, mas também como um importante meio de influência política por meio da persuasão e coerção. Esses políticos, especialmente em casos de corrupção oficial, quase nunca estão dispostos a desistir dessa forma de influência.

A corrupção, evidentemente, despende um alto custo de manutenção e isso reflete não somente na sociedade, mas também na economia, pois há uma real influência da desigualdade concorrencial de mercado, na medida em que a benesse decorrente desses atos reflete diretamente nas atividades comerciais e coloca os “corruptores” em posição de vantagem aos demais concorrentes (PIMENTEL, 2014, p. 51).

Da mesma forma, o mau funcionamento das organizações do sistema político, em decorrência da corrupção, cria um incentivo para que esse tipo de comportamento se torne comum na

política. Essa debilidade do sistema institucional da política está associada ao fato de que as organizações do sistema são pouco adaptáveis às mudanças e sujeitas às burocracias do Estado, pouco coesas. Quando isso ocorre, a corrupção na política floresce (FILGUEIRAS, 2012, p. 301).

Outro terreno fértil para a atuação da corrupção política pode ser destacado nas campanhas eleitorais. No momento em que os partidos políticos buscam recursos para serem utilizados em suas campanhas, via de regra, existe uma contrapartida a ser estabelecida por conta deste “auxílio”. Por certo, esta forma de corrupção viola os fundamentos de representação que estão na base do ideal democrático, pois, uma vez eleito, o parlamentar ou governante passa a utilizar o poder que lhe é conferido de modo diverso daquele pelo qual foi eleito, agindo em benefício daqueles que financiaram a sua campanha (FURTADO, 2012, p. 37).

Sem dúvidas, o enfrentamento à corrupção tornou-se o foco principal dos governos e das organizações multilaterais nos últimos anos. Essa crescente preocupação, ao menos grande parte dela, decorre do surgimento reiterado de escândalos de corrupção, os quais são diariamente relatados pelas mídias nacionais e vêm gerando, conseqüentemente, uma verdadeira crise de confiabilidade em relação à classe política. Como resultado disso, o fervor democrático que deveria estar presente na população acaba cedendo espaço a uma espécie de apatia, um distanciamento do povo das questões políticas, deixando de lado aquele sentimento de luta pela conquista, recuperação ou consolidação da democracia. A reversão desse quadro, por certo, depende de um fortalecimento institucional que reestabeleça os vínculos entre a sociedade civil e o Estado (BUQUET, 2010).

Enquanto isso não ocorrer, situações como a das eleições de 2014, em que a abstenção e os votos brancos e nulos atingiram a incrível marca de 29% dos eleitores aptos a votar, demonstrando o desinteresse de boa parte da população nos processos eleitorais, serão recorrentes. Ocorre que esse desinteresse contribui diretamente para que esses políticos eleitos usufruam dos seus mandatos visando a satisfação de interesses pessoais (CRISTINA; MASSALLI, 2014). Desse modo, quanto maior o desinteresse da população pela política, maior será a participação dos financia-

dores ilegais nas campanhas políticas, mantendo-se um círculo vicioso de perpetuação.

## Considerações finais

O tratamento dado ao tema corrupção pela mídia, conforme destacado, quase em sua totalidade é superficial e não fomenta debates mais aprofundados sobre as causas e conseqüências daquela. Embora essa expansão midiática gere certo sentimento de indignação do povo, e até mesmo cobranças para o estancamento desta patologia, esses trabalhos mais desenvolvem uma espécie de luta do “bem” contra o “mal”, a partir da divulgação de casos de grande repercussão.

É necessário compreendermos que a corrupção é um assunto de extrema complexidade e não se restringe ao setor público, estando presente nas mais variadas espécies de relações desenvolvidas pelo ser humano. O custo dessas condutas, obviamente, atinge de forma direta o desenvolvimento político, social e econômico do país, na medida em que são despendidos gastos com financiamentos de projetos desnecessários e improdutos, tributos deixam de ser arrecadados, recursos públicos são geridos sem qualquer responsabilidade, com falhas na alocação, afetando a composição dos gastos da administração pública e causando incalculáveis prejuízos.

A partir de uma análise do contexto histórico dos sistemas políticos brasileiro, é possível constatar que a corrupção política brasileira está intimamente relacionada à ideia de que o Estado tem como essência a figura do Estado Patrimonial, estrutura essa em que a elite política considera que pode manusear os recursos públicos como se fossem de propriedade particular.

Atualmente, embora a corrupção política ainda tenha como referência o enriquecimento ilícito de seus agentes, existem outras condutas que devem ser consagradas não somente como uma ação ilegal, mas também como um importante meio de influência por meio da persuasão e coerção política. Mesmo que o político não obtenha qualquer vantagem pecuniária indevida, a mera influência em determinadas decisões, velada por interesses obscuros, também constitui ato extremamente preocupante.

Do mesmo modo, o período eleitoral se apresenta como mais um terreno propício para atuação da corrupção política, especialmente no momento em que os partidos buscam recursos para serem utilizados nas campanhas, pois se estabelece, mesmo que tacitamente, uma obrigação de contraprestação ao agente privado que financiou a jornada eleitoral. Em razão disso, os mandatos se voltam aos interesses daqueles que aplicaram dinheiro em favor da campanha eleitoral e não daqueles que elegeram o candidato.

Diante do contexto apresentado, podemos afirmar, sem embargos, que a corrupção política representa um imenso risco ao modelo constitucional democrático adotado pelo Brasil. Embora existente a figura do representante do povo, muitas vezes o alcance ao cargo eletivo se dá por meio da troca de favores, as quais maculam a idoneidade da candidatura do agente político corrupto. Isso porque durante o exercício do cargo o agente privado que financiou a campanha eleitoral certamente exigirá a contraprestação dos favores prestados. Ou seja: os interesses da população são deixados de lado, o que gera o distanciamento entre o cidadão e os seus representantes, colocando em dúvida a legitimidade do processo político.

## Referências

- ALMEIDA, Alberto Carlos. **A cabeça do brasileiro**. São Paulo: Record, 2007.
- AVRITZER, Leonardo (org.). **Corrupção: ensaios e críticas**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2012.
- BARBOZA, Márcia Noll. O combate à corrupção no mundo contemporâneo e o papel do Ministério Público no Brasil. In: ALBUQUERQUE, Mário Pimentel; MEDEIROS, Humberto Jacques de; BARBOZA, Márcia Noll (org.). **O papel do Ministério Público no combate à corrupção**. Brasília: Ministério Público Federal, 2006. Disponível em: [http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/noticias-1/eventos/docs-monografias/monografia\\_3\\_lugar.pdf](http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/noticias-1/eventos/docs-monografias/monografia_3_lugar.pdf). Acesso em: 25 set. 2017.
- BERNABEU, Juan Antonio. **La corrupción: ¿causa o efecto?**. *Diário Informacion*, 12 mar. 2016. Disponível em: <https://www.diaroinformacion.com/opinion/2016/03/12/corruptcion-causa-o-efecto/1738068.html>. Acesso em: 22 nov. 2018.

diaroinformacion.com/opinion/2016/03/12/corruptcion-causa-o-efecto/1738068.html. Acesso em: 22 nov. 2018.

BORBA, Mauro. Controle Penal da Corrupção – dispensa ou inexigibilidade de licitação, com apropriação ou desvio de rendas públicas – Estudo de Caso. In: LEAL, Rogério Gesta; BITENCOURT, Caroline Müller (org.). **Temas Polêmicos da Jurisdição do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: Matéria de Corrupção e Improbidade Administrativa – Estudo de Casos**. v. 2. Porto Alegre: TJRS, 2016.

BOSCATTO, Eli. **Sociedades secretas e conspirações**. Portal Obvious, out. 2013. Disponível em: [http://lounge.obviousmag.org/por\\_tras\\_do\\_espelho/2013/10/sociedades-secretas-e-conspiracoes.html](http://lounge.obviousmag.org/por_tras_do_espelho/2013/10/sociedades-secretas-e-conspiracoes.html). Acesso em: 17 dez. 2018.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **A 1ª República**. fev. 2009. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/a-camara/conheca/historia/historia/a1republica.html>. Acesso em: 09 out. 2017.

BUQUET, Daniel (coord.). **Estudio Diagnóstico sobre Corrupción en Uruguay**. Convenio entre la Asociación pro Fundación para las Ciencias Sociales la Junta de Transparencia y Ética Pública y el Banco Interamericano de Desarrollo. Instituto de Ciencia Política, 2010. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/281004911\\_Estudio\\_Diagnostico\\_sobre\\_Corruptcion\\_en\\_Uruguay?enrichId=rgreq-b7bb9eef2057b203162598df3bd-5548c-XXX&enrichSource=Y292ZXJQYWdlOzI4MTAwNDkxMTtBU-zoyNjMxMjAyNDk2ODM5NjhAMTQzOTc0NDE2NDk3Mg%3D%3D&el=1\\_x\\_2&\\_esc=publicationCoverPdf](https://www.researchgate.net/publication/281004911_Estudio_Diagnostico_sobre_Corruptcion_en_Uruguay?enrichId=rgreq-b7bb9eef2057b203162598df3bd-5548c-XXX&enrichSource=Y292ZXJQYWdlOzI4MTAwNDkxMTtBU-zoyNjMxMjAyNDk2ODM5NjhAMTQzOTc0NDE2NDk3Mg%3D%3D&el=1_x_2&_esc=publicationCoverPdf). Acesso em: 10 jun. 2018.

CACICEDO, Patrick. Democracia e processo de criminalização da corrupção no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Criminas**, ano 205, v. 128, fev. 2017.

CARVALHO, José Murilo de. Passo, presente e futuro da corrupção brasileira. In: AVRITZER, Leonardo (org.). **Corrupção: ensaios e críticas**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2012.

COSTA, Hekelson Bitercourt Viana da. Lavagem de Dinheiro Lei nº 9.613/98. **Revista de informação legislativa**, v. 38, n. 150, p. 121-143, abr.-jun. 2001. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/682/r150-08.pdf?sequence=4>. Acesso em: 25 set. 2017.

CRISTINA, Lana; MASSALLI, Fábio (ed.). **ABSTENÇÃO, brancos e nulos são 29% dos votos**; eleitor tem descrença no candidato. Agência Brasil, 06 out. 2014. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2014-10/abstencao-brancos-nulos-sao-29-dos-votos-eleitor-tem-descrenca-no-candidato>. Acesso em: 05 set. 2017.

FIGUEIREDO, Luciano Raposo. A corrupção no Brasil colônia. In: AVRITZER, Leonardo (org.). **Corrupção: ensaios e críticas**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2012.

FILGUEIRAS, Fernando. Marcos teóricos da corrupção. In: AVRITZER, Leonardo (org.). **Corrupção: ensaios e críticas**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2012.

FURTADO, Lucas Rocha. **As raízes da corrupção: estudos de caos e lições para no futuro**. 2012. 499 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidad de Salamanca, Salamanca, 2012. Disponível em: [https://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/121413/1/DDP\\_RochaFurtadoLucas\\_Tesis.pdf](https://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/121413/1/DDP_RochaFurtadoLucas_Tesis.pdf). Acesso em: 10 set. 2017.

HERINGER JÚNIOR, Bruno. A verdadeira corrupção: graduação da influência ilícita no Estado brasileiro. **Revista Ibero-Americana de Ciências Penais**, ano 8, n. 15, p. 86, 2007.

LEAL, Rogério Gesta. **Patologias Corruptivas nas Relações entre Estado, Administração Pública e Sociedade: causas, consequências e tratamentos**. Santa Cruz do Sul: Unisc, 2013.

LIVIANU, Roberto. **Corrupção Incluindo a Nova Lei Anticorrupção**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

MACEDO, Fausto. **O Custo Brasil da Corrupção**. Estadão, 20 set. 2016. Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/o-custo-brasil-da-corrupcao/>. Acesso em: 10 mai. 2017.

MOTTA, Rodrigo Patto Sá. Corrupção no Brasil republicano 1654-1964. In: AVRITZER, Leonardo (org.). **Corrupção: ensaios e críticas**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2012.

NALINI, José Renato. Anotações Sobre Corrupção & Honestidade. **Revista dos Tribunais**, v. 768, out. 1999.

OLIVEIRA, Thais Reis. **Michel Temer é preso pela Lava Jato do Rio**. Carta Capital, 21 mar. 2019. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/politica/michel-temer-e-presos-pela-lava-jato-do-rio/>. Acesso em: 29 mar. 2019.

com.br/politica/michel-temer-e-presos-pela-lava-jato-do-rio/. Acesso em: 29 mar. 2019.

PIMENTEL, Isabella Arruda. **A corrupção no Brasil e a Atuação do Ministério Público**. 2014. 129 f. Dissertação (Mestrado em Direitos Humanos) – Núcleo de Cidadania e Direitos Humanos, Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2014. Disponível em: <http://www.cchla.ufpb.br/ppgdh/wp-content/uploads/2015/03/Dissertacao-ISABELLA-para-imprimir.pdf>. Acesso em: 28 set. 2017.

PRADO JÚNIOR, Caio. **Formação do Brasil Contemporâneo**. São Paulo: Brasiliense, 1979.

RIBEIRO, Haroldo V. et al. The dynamical structure of political corruption networks. **J. Complex Netw.**, v. 6, p. 989-1003, 5 jan. 2018. Disponível em: <https://arxiv.org/pdf/1801.01869.pdf>. Acesso em: 31 ago. 2018.

ROCHA, Leonino Gomes. O Combate à Corrupção em Redes Interorganizacionais: Um Estudo da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro. **Revista da CGU**, Brasília, ano III, n. 5, dez. 2008.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. Corrupção no Brasil Império. In: AVRITZER, Leonardo (org.). **Corrupção: ensaios e críticas**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2012.

SEÑA, Jorge F. Malem. **La corrupción política**. [20-]. Disponível em: [file:///D:/TJRS/GoogleChromePortable/Downloads/Corrupc%CC%A7a%CC%83oPolitica%20\(5\).pdf](file:///D:/TJRS/GoogleChromePortable/Downloads/Corrupc%CC%A7a%CC%83oPolitica%20(5).pdf). Acesso em: 10 out. 2017.

SOUZA, Dario Sandro de Castro. Evolução histórica da corrupção brasileira e os procedimentos jurídicos que a sociedade dispõe para combatê-la. **Revista da Escola da Magistratura do Estado de Rondônia**, n. 08, 2001.

STARLING, Heloisa Maria Murgel. Ditadura Militar. In: AVRITZER, Leonardo (org.). **Corrupção: ensaios e críticas**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2012.

## Direito penal e povos indígenas no Brasil: drogas, infanticídio, tortura, meio ambiente e estupro

### *Brazilian indigenous peoples and the criminal justice system: drug crimes, infanticide, torture, environmental crimes, rape and sexual assaults*

Bruno Heringer Júnior<sup>1</sup>  
Anuska Leochana Menezes Antonello<sup>2</sup>  
Flávia Miranda Falcão<sup>3</sup>  
Deisi Quintana de Souza<sup>4</sup>  
Marina Medim Cansan<sup>5</sup>

#### Resumo

Resultado dos estudos e debates promovidos no âmbito do grupo de pesquisa sobre “crimes culturalmente motivados” vinculado à Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público, o presente trabalho aponta os contornos do Direito Penal indígena, bem como analisa alguns dos delitos mais recorrentes ou sensíveis jurídico-constitucionalmente, por meio dos quais se evidencia eventual colisão de valores e princípios fundamentais.

- 1 Doutor e mestre em Direito pela UNISINOS (RS). Professor dos cursos de graduação em Direito e do Programa de Mestrado em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP/RS).
- 2 Mestranda em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP/RS). Especialista em Direito Público pela Escola Superior da Magistratura Federal (ESMAFE/RS).
- 3 Mestranda em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP/RS). Especialista em Direito Eleitoral pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS).
- 4 Bacharelada em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP/RS).
- 5 Bacharelada em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP/RS). Bacharel em Relações Internacionais pela Unilassalle (RS).

**Palavras-chave:** Multiculturalismo. Direito penal. Povos indígenas.

#### Abstract

The purpose of this article is to outline the impacts and difficulties related to the application of Brazilian criminal law on indigenous peoples, as well as to analyze possible cases of collision of fundamental principles and values. This paper is the result of academic studies and debates conducted within the research group on “culturally-motivated crimes” created by the Faculdade de Direito (Faculty of Law) da Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul.

**Keywords:** Multiculturalism. Criminal law. Indigenous peoples.

#### Introdução

O Estado brasileiro, desde 1988, conta com um novo fundamento de validade e de irradiação de valores de perfil acentuadamente multicultural que impregna toda a ordem jurídica. Com efeito, a novel Constituição Federal tem como fundamento a dignidade da pessoa humana e o pluralismo (artigo 1º, incisos III e V), apresenta como objetivos básicos do país construir uma sociedade livre, justa e solidária e promover o bem de todos, sem preconceito ou discriminação (artigo, 3º, incisos I e IV), e rege-se pelos princípios da prevalência dos direitos humanos, da autodeterminação dos povos e do repúdio ao racismo (artigo 4º, incisos II, III e VIII).

Especificamente quanto aos povos indígenas, a Lei Fundamental reconhece a organização social, os costumes, as línguas, as crenças e as tradições daqueles, além dos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam (artigo 231, *caput*). A ordem político-jurídica inaugurada há trinta anos, portanto, exige que se lance um novo olhar para a questão indígena no Brasil. Os indivíduos integrantes dos povos autóctones devem ser considerados como sujeitos de direitos plenos e respeitados em sua singularidade cultural, bem como há de reconhecer-se às comu-

nidades ampla autonomia para a gestão de conflitos e problemas internos das aldeias.

No plano especificamente criminal, além de admitir-se a jurisdição indígena para a resolução de casos que não extrapolem os limites dos grupos e das áreas territoriais nativas, o tratamento jurídico dos crimes apreciados pelas instâncias estatais formais não pode deixar de considerar as particularidades culturais dos indivíduos envolvidos.

No presente trabalho, assim, busca-se analisar as consequências de tal perspectiva constitucional para o equacionamento de alguns dos delitos mais expressivos envolvendo agentes integrantes de grupos autóctones.

### **Direito penal indígena: contornos normativos**

O Brasil confere autonomia às comunidades indígenas, reconhecendo inclusive a jurisdição interna das aldeias para os casos penais que não extrapolem o seu âmbito. Alguns delitos praticados por índios, porém, podem acabar investigados pelas Polícias Civil ou Federal e processados e julgados pelo Poder Judiciário, como, por exemplo, conflitos envolvendo integrantes de grupos diversos, crimes praticados fora das áreas tribais ou atos que violem direitos humanos básicos.

A questão que se coloca, então, é a seguinte: como devem as instâncias formais apreciar os casos criminais envolvendo agentes indígenas à luz da nova configuração constitucional que reconhece a especificidade cultural dos povos nativos e determina o respeito a costumes, usos e tradições desses?

À luz da perspectiva político-jurídica consagrada na Lei Fundamental, parece evidente que deve ser superada a orientação centrada na inimputabilidade ou na semi-imputabilidade penal do índio<sup>6</sup>, referenciadas pelo seu grau de integração. Os índios, tão-somente por essa condição, são inteiramente imputáveis: apresentam desenvolvimento mental completo, apenas sendo diversas suas crenças e suas visões de mundo. É no pla-

no cultural que se deverá apurar a sua responsabilidade criminal (DOTTI, 2014, p. 76). Com isso, o foco dos debates jurídico-penais acerca da responsabilidade dos índios há de passar da esfera da imputabilidade para a da potencial consciência da ilicitude e, eventualmente, para a da exigibilidade de conduta diversa.

Relativamente às hipóteses de erro sobre a ilicitude, não se trata de perquirir o grau de integração do índio à comunidade nacional, mas de apurar o nível de internalização dos valores jurídicos pelo agente. Como afirma Villares (2013, p. 300), as ações praticadas pelos índios devem ser questionadas frente ao condicionamento cultural que os impossibilita de conhecer a norma penal e o alcance desta. De acordo com o artigo 21 do Código Penal, em sendo inevitável o erro sobre a ilicitude do fato, o agente deve ser absolvido; em sendo evitável, a pena aplicada deve ser reduzida de um sexto a um terço (BRASIL, 1940).

Contudo, não basta que o índio conheça a norma penal para ser responsabilizado. É preciso que ele compreenda o alcance desta e, ainda, que as pressões culturais não sejam tais que o impeçam de adotar outra conduta. Muitas vezes, o agente indígena até já teve contato com a lei estatal, mas não lhe apura o sentido; sabe que a norma foi editada com um comando determinado, contudo não consegue introjetá-la como razão para agir por lhe ser estranho o significado de acordo com os padrões culturais com os quais está acostumado. Estar-se-ia, nesses casos, diante de um erro de compreensão culturalmente condicionado (CALDERÓN, 2001). Em outras situações, o índio conhece e compreende o sentido da lei penal, mas as pressões do grupo a que pertence o impedem de seguir a orientação apontada normativamente. Como a expulsão da aldeia pode ser a sanção interna pelo comportamento divergente, não se pode exigir que o indivíduo abdique do seu mundo diante do imperativo de observância da lei oficial do Estado. Tratar-se-ia, aqui, geralmente, de casos de inexistência de conduta diversa.

Em algumas situações específicas, não se pode descartar nem mesmo a ocorrência de outras modalidades de erro, como os de tipo incriminador e permissivo (ZAFFARONI; PIERANGELI, 1997, p. 648-649), considerando a diversa compreensão de mundo pelos povos indígenas, como a concepção de nascimento das

<sup>6</sup> Item nº 18 da Exposição de Motivos do Código Penal de 1940, não alterado, expressamente, pela Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do Código Penal de 1984.

crianças e as diferentes formas de defesa de direitos próprios, como as reações a invasões territoriais (AMORIM, 2014).

Guardadas essas particularidades, os índios, como quaisquer outras pessoas no território nacional, podem ser processados penalmente pela prática de algum ilícito penal. Contudo, caso venham a ser condenados, a legislação especial lhes prevê um tratamento diferenciado em alguns aspectos.

Nesse sentido, a lei n.º. 6.001/1973 dispõe, em seu artigo 56, *caput*, que, no caso de condenação de índio por infração criminal, a pena será atenuada e na aplicação desta o juiz atenderá ao seu grau de integração. Por outro lado, o parágrafo único desse mesmo artigo prescreve que as penas de reclusão e detenção aplicadas a agentes indígenas serão cumpridas, se possível, em regime especial de semiliberdade, no local de funcionamento do órgão federal de assistência aos índios mais próximos da habitação do condenado.

Apesar dessas diretrizes de ordens constitucional e legal, tem-se verificado que os órgãos judiciários, inclusive os tribunais superiores, ainda se pautam pela superada visão assimilacionista que sempre caracterizou a política indigenista nacional, ignorando as particularidades culturais desses indivíduos e deixando de aplicar-lhes eventualmente benefícios penais legalmente instituídos, com reflexos significativos na adequação das respostas jurídicas dadas a eventuais infrações delitivas por eles praticadas.

## **Direito penal indígena: delitos mais sensíveis ou recorrentes**

Alguns crimes cometidos por integrantes de povos aborígenes merecem uma consideração mais aprofundada, por serem mais recorrentes ou mais sensíveis ao conflito entre valores e princípios jurídicos, notadamente os de matriz constitucional.

### **Drogas**

A Constituição Federal, influenciada pela ideologia proibicionista que domina o cenário internacional, devido principalmente à orientação fornecida pela Convenção de Viena de 1988, consagrou normas extremamente restritivas acerca da circulação de

substâncias tóxicas no território brasileiro. Com efeito, equiparou o tráfico de drogas a crime hediondo, tornando-o inafiançável e vedando a concessão de graça ou anistia (artigo 5º, inciso XLIII), bem como permitiu a extradição de brasileiros naturalizados envolvidos na prática de tal delito (artigo 5º, inciso LI). A lei n.º. 11.343/2006 – atual Lei de Drogas –, no espírito da Lei Maior, previu penas severíssimas para os traficantes (artigo 33), apesar de avançar no tratamento jurídico-penal do usuário, agora sujeito apenas a sanções não privativas de liberdade (artigo 28).

Tudo indica que são os delitos de tráfico de substâncias psicotrópicas os que mais envolvem indivíduos nativos<sup>7</sup>. E isso porque muitas áreas indígenas são usadas como vias de transporte de drogas vindas de países vizinhos, sem contar que inúmeros laboratórios de refino se encontram no interior das florestas, o que facilita o contato com comunidades autóctones e a arregimentação de indivíduos para o crime. Noticia-se inclusive que, muitas vezes, os traficantes adotam a estratégia de inicialmente viciar os índios para depois utilizá-los como “aviões” no transporte de droga para as comunidades e para as escolas (FOLHA, 2016).

Tais casos, porém, refogem às práticas costumeiras dos povos indígenas, levando os agentes eventualmente identificados a responder pelo delito de acordo com a legislação nacional, sem deixar de considerar evidentemente a sua peculiar condição indígena, a qual pode importar, em algumas hipóteses, inclusive em sua exculpação. Diferentemente, existem as situações de produção e consumo de substâncias psicoativas que ocorrem tradicionalmente em algumas comunidades autóctones.

Todas as culturas humanas utilizam drogas, exceto algumas poucas que não dispõem de substância alguma com tais propriedades em seu território (GAUER, 1990). Na América pré-colombiana não era diferente. Uma das características desse continente é exatamente a riqueza da flora psicoativa, principalmente de estimulantes (ESCOHOTADO, 2008, p. 107),

<sup>7</sup> Não existem muitas pesquisas acerca da situação penal dos integrantes de grupos autóctones condenados pelas instâncias judiciais do Estado. Entretanto, estudo realizado pela Associação Brasileira de Antropologia no Estado do Amazonas, em 2007, apurou que os delitos mais recorrentes seriam, nessa ordem, o tráfico de drogas, o homicídio e o estupro (SILVA, 2008).

geralmente consumidos em festas e rituais religiosos. Do hidromel (ESCOHOTADO, 2008, p. 107/108) e o tabaco às bebidas fermentadas<sup>8</sup>, conhecidas como cauim, chicha, caxiri ou caiçuma (SZTUTMAN, 2008), os povos autóctones da América do Sul, do Chaco à Amazônia, contavam com diversos produtos com propriedades alteradoras dos estados mentais.

Algumas dessas substâncias, porém, hoje são proibidas pela legislação estatal, o que pode promover uma colisão de diretrizes jurídicas acerca do tratamento a ser dado a elas. Nas comunidades andinas, por exemplo, a folha de coca tem sido um componente fundamental da cultura, medicina, culinária e religião, mas as políticas estatais de erradicação das plantações acabam impactando profundamente as tradições desses povos, desarticulando suas manifestações culturais e inviabilizando atividades de subsistência milenares (KARAM, 2014). Esse mesmo papel tem a droga em grande parte da área amazônica, inclusive no Brasil, onde é chamada de epadu entre os povos nativos (CARNEIRO, 2005, p. 101-102).

Evidentemente, apesar da opção político-jurídica ausente em matéria de drogas sufragada pelo Brasil, a Constituição Federal protege as práticas tradicionais dos povos aborígenes, de modo que, nesses casos, as regras da legislação penal não têm aplicação alguma a eles.

## Infanticídio

A aparente contradição entre direitos humanos universais e a diversidade cultural vem à tona ao tratar-se da prática secular que ocorre em algumas tribos indígenas brasileiras, vitimando crianças de várias idades em decorrência de cosmovisões diversas, geralmente incompreendidas pela sociedade mais abrangente. Tratam-se das situações, sem dúvida, de mais difícil resolução jurídica, verdadeiros casos trágicos.

Concepções peculiares a respeito do que é nascimento, morte e ser humano acabam entrando em choque com valores

8 Além dessas substâncias psicoativas, podem ser referidos ainda o mate e o guaraná, como estimulantes, e o paricá, o epena, a ayahuasca e a jurema, como alucinógenos (MELATTI, 2014, p. 210-211).

considerados universais, como o direito à vida. Uma criança que nasce, nessas comunidades, não é imediatamente feita humana e, portanto, a procriação não é garantia de filiação. Isso se dá porque, para os índios, a consubstancialidade que nos torna parentes não é um fato, mas uma condição a ser continuamente produzida pelas trocas e relações (HOLANDA, 2008).

Devido a tais concepções culturais, a prática do chamado infanticídio<sup>9</sup> indígena é corrente em alguns grupos nativos, voltando-se mais comumente contra recém-nascidos, mas também contra crianças já crescidas e com discernimento avançado. Essa prática é justificada tanto pelo fato de os bebês serem frutos de relações extraconjugais ou incestuosas, ou até mesmo por serem filhos de mães solteiras, por ser a criança portadora de deformações físicas, retardos ou outras deficiências mentais ou pelo nascimento de gêmeos.

Segundo a doutrina especializada (SANTOS, 2011), as mortes intencionais de crianças entre os índios decorrem de uma diferente visão de mundo:

São diversos os motivos que levam ao assassinato de crianças nas aldeias indígenas brasileiras, sendo importante compreender que tais motivos estão intimamente ligados a tradições e costumes antigos, que são repassados a cada geração, de modo que não há como não enxergar a questão sob um prisma cultural e antropológico, antes de tudo. Conforme Adinolfi: "As razões são diversas, mas, para fins práticos, podem ser agrupadas em torno de três critérios gerais: a incapacidade da mãe em dedicar atenção e os cuidados necessários a mais um filho; o fato do recém-nascido estar apto ou não a sobreviver naquele ambiente físico e sócio-cultural onde nasceu; e a preferência por um sexo". [...] Existem fatores específicos que são vistos e encarados como uma espécie de maldição ou feitiço dentro de algumas dessas comunidades indígenas, entre eles: o nascimento de gêmeos, de crianças com alguma deficiência física ou mental, ou ainda alguma doença que não foi identificada pela tribo. É exatamente uma questão de cosmovisão: dentro da lógica e dos costumes daquele povo, o infanticídio se revela como

9 Com base na legislação penal, seriam casos de homicídio (art. 121 do Código Penal), vez que ausentes as elementares próprias do crime de infanticídio (art. 123 do Código Penal), como a influência do estado puerperal ou até mesmo a proximidade com o nascimento da criança.

um motivo justo quando se pretende proteger o coletivo. (SANTOS, 2011).

Geralmente, as mortes são ocultadas pela comunidade, de modo que as autoridades estatais nem mesmo chegam a tomar conhecimento delas. Alguns casos<sup>10</sup>, contudo, tornaram-se bem conhecidos, o que tem levado a um intenso debate acadêmico e a reações governamentais, inclusive por meio de proposta legislativa voltada à erradicação desse costume.<sup>11</sup>

Como enquadrar jurídico-penalmente tais casos de homicídio? Apesar de minoritária na doutrina, a concepção performática de ação sugerida por Tavares (2018) pode ajudar na compreensão do problema. Segundo o autor, a ação penalmente relevante é “a conduta volitiva, orientada por parâmetros ou objetos de referência, expressos no injusto e subordinados a um discurso jurídico válido, no âmbito da prática social do sujeito” (TAVARES, 2018, p. 135). Assim, a ação criminosa é concebida como um ato de fala, de modo que “à medida que o autor não possa ser inserido como partícipe de um discurso válido, relativamente à norma proibitiva ou mandamental, sua conduta é socialmente irrelevante e também irrelevante para o direito penal” (TAVARES, 2018, p. 130-131). Uma tal concepção de ação pressupõe, por outro lado, a ideia de sujeito como pessoa deliberativa, vale dizer, “como entidade do *mundo da vida*”, o que lhe confere “uma intencionalidade, que o qualifica a produzir e interagir” (TAVARES, 2018, p. 145).

Desse modo, “quando o sujeito não puder se exprimir normalmente dentro do contexto em que se encontre” não haverá ação relevante no âmbito jurídico-penal por “falta de performatividade” (TAVARES, 2018, p. 152). E exatamente o caso do infanticídio indígena é apontado pelo autor como exemplo de fato culturalmente motivado em que a conduta penalmente relevante não se faz presente:

[...] De conformidade com a cultura de certas tribos, como a dos lanomâmis, só haverá nascimento quando a mãe, ao dar à luz, recolher a criança do solo onde foi lançada com a expul-

são do útero; antes disso, não haverá nascimento. Assim, se a mãe abandonar o filho deficiente, antes de envolvê-lo nos braços, por essa cultura não haverá morte de uma pessoa humana, mas apenas de um feto. (TAVARES, 2018, p. 155).

Já dentro dos balizamentos jurídicos do Direito Penal tradicional, a eventual responsabilidade pela prática de infanticídio indígena haveria de ser averiguada no âmbito da culpabilidade. Na maioria das vezes, as comunidades nativas conhecem a proibição normativa, vale dizer, sabem que o Estado criminaliza essa prática. Contudo, não basta que o índio conheça a norma penal para ser responsabilizado. É preciso que ele compreenda o seu alcance e é preciso, ainda, que as pressões culturais não sejam tais que o impeçam de adotar outra conduta. Como já se referiu anteriormente, estar-se-ia, nesses casos, diante de um erro de compreensão culturalmente condicionado ou de uma situação de inexigibilidade de conduta diversa.

De qualquer forma, não parece que a via mais adequada para enfrentar esse costume aborígine seja o Direito Penal. Ações preventivas e debate intercultural (OLIVEIRA, 2000) certamente se afiguram muito mais eficazes e muito menos estigmatizantes. Por isso, a intenção legislativa de reprimir o infanticídio indígena, mais que não contribuir para o seu equacionamento (SEGATO, 2014), obstaculiza qualquer avanço na proteção da vida e da dignidade humana.

## Tortura

Historicamente, a tortura sempre esteve associada à busca de prova criminal por autoridades públicas (*quaestio est veritatis indagatio per tormentum*), mas tal prática judicial, ao menos formalmente, foi erradicada do ocidente no século XIX. Mais recentemente, verificou-se o ressurgimento dos suplícios como técnica militar e policial de obtenção de informação de inimigos de guerra e subversivos políticos, protagonizados pelos regimes nazista, fascista e comunista, circunstância que provocou o veemente repúdio da comunidade internacional.

Com a criação da Organização das Nações Unidas (ONU), após a Segunda Guerra Mundial, foram intensificados os esforços para erradicar a prática dos tormentos (LIPPMAN, 1994).

10 Como o caso Sumawani e Ignami (PINEZI, 2010).

11 Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 1.057/2007, de autoria do Deputado Federal Henrique Afonso, conhecida como Lei Muwaji, o qual se encontra no Senado Federal para análise sob o nº. 119/2015.

Em 1948, expressamente, foram condenados a tortura e outros tratamentos cruéis, degradantes ou desumanos no artigo 5º da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Tal proibição foi reiterada no Pacto Internacional dos Direitos Políticos Cíveis e Políticos de 1966. Mais tarde, em 1975, a Assembleia-Geral da ONU, após pressão de organizações da sociedade civil, aprovou a Declaração sobre a Proteção de Todas as Pessoas Contra a Tortura e Outros Tratamentos Cruéis, Desumanos e Degradantes. Finalmente, em 1984 foi aprovada e em 1987 entrou em vigor a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos Cruéis, Desumanos e Degradantes, a qual se constitui no mais importante ato normativo internacional sobre a matéria.

Apesar de todo esse arcabouço jurídico onusiano reproduzido no âmbito das organizações de caráter regional, a prática dos tormentos perseverou em praticamente todas as regiões do planeta, inclusive em países liberais e democráticos, como a França, a Inglaterra e os Estados Unidos, o que, mesmo assim, não impediu que se consolidasse a ideia de que a tortura, mais que ilegal, é uma prática manifestamente imoral, tendo-se associado ao termo toda uma carga emocional que alterou, paulatinamente, o seu significado específico para abarcar qualquer ato de brutalidade extrema.

No âmbito das comunidades indígenas brasileiras, “não há vestígios de ter sido utilizada a tortura” (GONZAGA, 1971, p. 128-129), ao menos em sua forma original de aflição de dor para a busca da verdade em procedimentos criminais, até mesmo porque o controle social nas sociedades autóctones operava de modo espontâneo e difuso, com os conflitos sendo resolvidos geralmente pelos próprios interessados e seus familiares.

Apesar disso, ainda hoje se observam práticas que poderiam ser enquadradas como tortura ou tratamento cruel, desumano ou degradante à luz dos parâmetros ocidentais, principalmente no campo da execução de algumas sanções. As penas corporais, realmente, ainda são bem frequentes entre os povos ameríndios, indicando Jiménez (2001, p. 154-156) a imposição desde banhos em água fria e “urtigamento” até o corte do cabelo de mulheres adúlteras, o enterro do corpo, o garrote, o corte da parte

superior das orelhas e o açoite, este provavelmente devido à influência dos colonizadores europeus.

No Brasil, a legislação reconhece a jurisdição penal indígena para as infrações ocorridas no interior das aldeias e envolvendo os moradores delas, mas não admite a aplicação de sanções atroz ou infamantes nem de pena capital.<sup>12</sup> Dúvida pode ocorrer, assim, acerca da legitimidade da submissão do agente a algumas dessas sanções correntes em algumas tribos. De fato, para as suscetibilidades ocidentais, o castigo corporal pode parecer selvagem, ofensivo dos direitos humanos e, como tal, vedado, apesar de apresentar-se bem menos violador da dignidade da pessoa humana que as condições carcerárias de muitas unidades prisionais do país.

Especificamente quanto ao látigo, a Corte Constitucional da Colômbia, avançada na doutrina configuradora dos contornos do pluralismo jurídico apropriado às sociedades latino-americanas e observadora do diálogo intercultural, corajosamente entendeu que a sanção de açoites não viola a Lei Fundamental nem o sistema de direitos humanos internacionalmente estabelecido, devendo, assim, ser tolerada pelo Estado (REPÚBLICA DA COLOMBIA, 2013). Trata-se de uma orientação que, sem dúvida, deve ser considerada pelas autoridades brasileiras no trato de casos parecidos que lhes sejam encaminhados para apreciação e julgamento.

## Meio ambiente

A exploração ambiental em áreas indígenas é tutelada pela legislação nacional com o objetivo de promover as manifestações culturais dos povos autóctones e, primordialmente, assegurar a subsistência e perpetuação destes. Tanto é que da leitura da Constituição Federal se percebe a abordagem protecionista conferida aos índios, os quais estão aptos a preservar as práticas definidoras da identidade própria e da cultura diferenciada. Sobre esse ponto, anota Souza Filho que

A Constituição de 1988 reconhece aos índios o direito de ser índio, de manter-se como índio, com sua organização social,

<sup>12</sup> Artigo 57 da Lei nº 6.001/1973.

costumes, línguas, crenças e tradições. Além disso, reconhece o direito originário sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Esta concepção é nova, e juridicamente revolucionária, porque rompe com a repetida visão integracionista. A partir de outubro de 1988, o índio, no Brasil, tem o direito de ser índio. (SOUZA FILHO, 1999, p. 107).

As comunidades indígenas habitam, preponderantemente, as denominadas terras indígenas, que são conceituadas pela Constituição Federal como sendo aquelas

por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições. (BRASIL, 1988, artigo 231, § 1º).

Tais áreas são de propriedades da União e aos indígenas é conferido, tão somente, o usufruto exclusivo das riquezas naturais presentes em seu interior, viabilizando-se, assim, a subsistência dos grupos étnicos por meio da utilização dos recursos disponíveis, os quais englobam o aproveitamento de madeira, frutos e plantas medicinais, assim como a criação de animais silvestres para consumo, a caça e a pesca.

O usufruto exclusivo não abrange, todavia, a exploração das riquezas minerais, dos recursos hídricos e dos potenciais energéticos, para a qual se impõe a prévia autorização do Congresso Nacional com a oitiva das comunidades afetadas, conforme dispõem o artigo 49, inciso XVI, e o artigo 231, § 3º, ambos da Constituição Federal (SOARES, 2014).

Com efeito, consoante decidido pelo Supremo Tribunal Federal (STF), no caso da demarcação da área indígena Raposa Serra do Sol, existiriam as seguintes limitações ao usufruto indígena:

a) o usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras indígenas (§ 2º do art. 231 da Constituição Federal) não se sobrepõe ao relevante interesse público da União, tal como ressaído da Constituição e na forma de lei complementar (§ 6º do art. 231 da CF); b) o usufruto dos índios não abrange a exploração mercantil dos recursos hídricos e dos potenciais energéticos, que sempre dependerá (tal exploração) de autorização do Congresso Nacional; c) o usufruto dos índios não alcança a pesquisa e a lavra das ri-

quezas minerais, que sempre dependerão de autorização do Congresso Nacional, assegurando-se-lhes a participação nos resultados da lavra, tudo de acordo com a Constituição e a lei; d) o usufruto dos índios não compreende a garimpagem nem a faiscação, devendo-se obter, se for o caso, a permissão de lavra garimpeira.<sup>13</sup>

Por outro lado, em algumas situações concretas, o aproveitamento autorizado dos produtos da biodiversidade nativa poderá coincidir com as hipóteses normativas do Direito Penal ambiental. Tanto é assim que a lei nº. 9.605/1998 elenca condutas que poderiam abranger algumas atividades tradicionais indígenas, entre as quais se destacam as seguintes:

Art. 29 – Matar, perseguir, caçar, apanhar, utilizar espécimes da fauna silvestre, nativos ou em rota migratória, sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente ou em desacordo com a obtida: Pena – detenção, de seis meses a um ano, e multa. [...]

Art. 34 – Pescar em período no qual a pesca seja proibida ou em lugares interditados por órgão competente: Pena – detenção, de um ano a três anos ou multa, ou ambas as penas cumulativamente.

Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem: I – pesca espécie que devam ser preservadas ou espécimes com tamanhos inferiores aos permitidos; II – pesca quantidades superiores às permitidas, ou mediante a utilização de aparelhos, petrechos, técnicas e métodos não permitidos; III – transporta, comercializa, beneficia ou industrializa espécimes provenientes da coleta, apanha e pesca proibida. [...]

Art. 38 – Destruir ou danificar floresta considerada de preservação permanente, mesmo que em formação, ou utilizá-la com infringência das normas de proteção: Pena – detenção, de um a três anos, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente. (BRASIL, 1998).

Tais dispositivos concretizam no âmbito penal diretrizes da Carta Magna, a qual entrelaça a proteção do meio ambiente com a tutela da pessoa humana para promover a qualidade de vida (ROMERO, [20-?]), afirmando, em seu artigo 225, caput, que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de

13 Petição nº 3.388/RR, Tribunal Pleno, rel. Min. Carlos Britto, julgada em 19/03/2009.

vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações” (BRASIL, 1988).

Por outro lado, a Lei Fundamental também confere proteção diferenciada ao indígena, consignando no artigo 231, caput, que “são reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens” (BRASIL, 1988).

Assim, emerge a questão decorrente do aparente embate entre as normas constitucionais de proteção à diversidade étnica e cultural versus a preservação do meio ambiente. A complexidade se originou fundamentalmente devido à sobreposição de ambas as áreas (RICARDO, 2004) - ambiental e tribal -, decorrentes de histórica opção governamental de priorizar a criação de unidades de conservação sem estabelecer adequadamente o regime jurídico das terras indígenas, estimulando, assim, o conflito entre ambientalistas e povos nativos brasileiros (COSTA, 2010), o que não impediu a Corte Suprema brasileira de sustentar que “há perfeita compatibilidade entre meio ambiente e terras indígenas, ainda que estas envolvam áreas de conservação e preservação ambiental” e que “aos índios, como a quaisquer outros brasileiros nas suas terras, aplicam-se os regimes de proteção ambiental e de segurança nacional”.<sup>14</sup>

Reforçam essa conclusão os dispositivos da lei nº. 12.651/2012, os quais, expressamente, permitem a exploração florestal não comercial pelas comunidades tradicionais (artigo 32, inciso III), inclusive com o emprego de técnicas de queimada (artigo 38, § 2º). Assim, a utilização de recursos naturais para o atendimento de necessidades internas de uma comunidade indígena não será jamais hipótese de incidência do Direito Penal ambiental, mas, diversamente, a exploração comercial daquelas deve observar as normas específicas impostas a qualquer cidadão brasileiro, sob pena de imposição de sanções civis, administrativas e até criminais (CASTRO, 2011).

<sup>14</sup> Petição nº 3.388/RR, Tribunal Pleno, rel. Min. Carlos Britto, julgada em 19/03/2009.

Essa conclusão não prejudica a orientação político-jurídica que aconselha a não utilização da legislação criminal contra os integrantes das comunidades aborígenes mesmo nesses casos, seja pela dificuldade de compreensão da regulamentação ambiental, quase sempre complementada por abundantes disposições administrativas, seja pela maior efetividade da prevenção por meio do estímulo à exploração sustentável, considerando que a experiência revela que, quando não influenciados por agentes externos, os povos indígenas tendem a adotar técnicas de manejo ecologicamente adequadas (ROMERO, [20-?]).

Em síntese, o uso de recursos naturais para a subsistência e perpetuação das nações autóctones recebe especial proteção no ordenamento jurídico nacional, desde que a exploração seja sustentável e não predatória, sem o comprometimento do meio ambiente, razão pela qual não se encontra espaço para a atuação do Direito Penal relativamente ao exercício das atividades tradicionais desses povos (CASTRO, 2011).

Cumprir destacar, por fim, que a proteção constitucional à diversidade cultural ocorre sem qualquer vinculação com as terras indígenas. Desse modo, todas as práticas costumeiras realizadas pelos índios em qualquer espaço do território nacional são destinatárias da tutela juridicamente assegurada (COSTA, 2010).

## Estupro

A Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas, promulgada em 1948, constitui um marco político-jurídico da contemporaneidade. No seu texto, encontram-se protegidas liberdades de natureza sexual (artigo 16) e previstos direitos à não interferência na vida privada, na família, no lar ou na correspondência e à proteção à honra e à reputação (artigo 12), entre outros.

Em harmonia com esse documento normativo onusiano, o Código Penal brasileiro, em seu artigo 213, arrola o crime de estupro dentro do capítulo dos Crimes Contra a Liberdade Sexual, conceituando-o como o constrangimento de alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso, prevendo a

pena de reclusão de 6 a 10 anos. Mais ainda, no artigo 217-A do mesmo codex, tipifica-se o delito de estupro de vulnerável, voltado à proteção de pessoas menores de 14 anos de idade (caput), bem como das que por enfermidade ou doença mental não tenham discernimento ou por qualquer outro motivo não possam oferecer resistência (parágrafo 1º), estabelecendo a pena de 8 a 15 anos de reclusão aos infratores.

Todos os brasileiros, inclusive indígenas, estão sujeitos ao ordenamento jurídico-penal estatal, mas certas nuances devem ser consideradas em relação aos povos autóctones, principalmente no que diz respeito à particular visão de mundo dessas comunidades.

Flores (2009, p. 35), ao incluir a diferença cultural como um dos fatores que contribuem para a complexidade dos direitos humanos, não descarta a importância da Declaração da ONU para a humanização das sociedades, mas ressalta que os fundamentos ideológicos e filosóficos que aquela contém são puramente ocidentais, representativos de uma só cultura que se pretende conformadora de um mínimo ético necessário na luta pela ressignificação da dignidade de seres humanos os mais variados.

Dessa forma, tais direitos desconsideram particularidades de algumas comunidades, como a cosmovisão indígena, que ignora o próprio significado da palavra direito e indiretamente contribuem para a assimilação cultural forçada, refletida no modo como os Estados ocidentais, inclusive o Brasil, historicamente trataram os povos autóctones.

Acerca de questões relativas à liberdade sexual, a advogada da organização não-governamental Grupo de Apoio aos Povos Kaiowá (GAPK), Andréia Michelli Neves, aponta que o trabalho realizado junto a mulheres indígenas com idades entre 10 e 25 anos na Reserva indígena Francisco Horta Barbosa, próxima do centro urbano da cidade de Dourados (MS), contém interessantes relatos de mulheres das etnias Guaraní, Kaiowá e Terena, que habitam essas terras. Para esses povos, a passagem da infância à idade adulta ocorre diretamente, não raras vezes, pelo casamento em idade muito jovem, considerando que a infância vai até os 10 ou 11 anos de idade. Dessa forma, são comuns as alianças e relações sexuais entre homens de 18 anos de idade

ou mais e mulheres de 12 ou 13 anos de idade ou até menos, prática que configuraria o estupro de vulnerável pela legislação penal brasileira, mas que é vista como natural pelos indígenas, tanto homens quanto mulheres. A autora narra que meios de pressão social do grupo, como a fofoca, e o controle dos pais são empregados justamente para a pronta realização do casamento, que também pode ter como causas os desentendimentos com a família e a difícil situação econômica, mas não há casamentos arranjados no grupo, o que sinaliza um bom nível de liberdade sexual. Realmente, para o grupo de indígenas entrevistadas, o estupro só ocorreria quando o ato sexual não é consentido pela vítima (NEVES, 2011).

Assim, diante do universo de características peculiares que conforma a cultura e os usos e costumes do indígena, é inadequada a exigência de que ele se comporte segundo princípios e regras de outro tipo de civilização ou cultura para a qual se reserva a incidência da lei penal comum. Como consequência, o índio deveria estar isento de pena se a prática sexual não enquadrar-se em proibições segundo suas próprias tradições. Estar-se-ia, aqui, geralmente diante de situação de erro inevitável sobre a ilicitude do fato, pois no caso não ocorre um dos pressupostos da culpabilidade, a consciência da ilicitude, ou de erro de compreensão culturalmente condicionado, em que o agente, apesar de conhecer a lei, não lhe apura o sentido como orientador de suas condutas, ambos suficientes para fundamentar um juízo de absolvição.

Sem embargo disso, para além das práticas costumeiras de cada nação indígena, não se pode negar que a violência contra as mulheres e até mesmo o estupro constituem realidade não ocultável de muitas comunidades. A desagregação dos modos de vida nativos, provocada pelo contato intensivo com os brancos, com a consequente perda da orientação normativa imemorial, acrescida do crescente número de casos de alcoolismo e consumo de drogas, tem deixado muitas mulheres vulneráveis a agressões físicas e sexuais de companheiros, familiares ou conhecidos, sem que o Estado consiga protegê-las adequadamente.

Tais ocorrências demandariam a incidência do Direito Penal ou, ao menos, exigiriam resposta no âmbito interno das comuni-

dades indígenas, considerando a autonomia relativa da jurisdição destas para resolver conflitos que não extravasam o âmbito das aldeias. Mesmo assim, o recurso às instâncias policiais ou judiciais formais do Estado não parece ser a melhor solução. Iza Tapuia, consultora da UNESCO, sobre esse tema, observa que

O estupro não é uma prática natural nas aldeias. É uma distorção moral e cultural. As mulheres indígenas começam a ser preparadas para a reprodução física e cultural do povo a partir da primeira menstruação. No olhar não-indígena isso vai ter distorções. Nós já temos muitos problemas causados pelos brancos. E quando estes problemas, como o estupro e o consumo de álcool, chegam nas aldeias eles são muito mais graves, pois afetam a organização social tradicional dos povos. Por isso que tudo tem que ser analisado caso por caso. (ROSA, 2016).

Medidas preventivas e orientação às vítimas e lideranças comunitárias, bem como o acompanhamento dos órgãos indigenistas estatais, afiguram-se muito mais eficazes e menos disruptivas, razão pela qual devem ser priorizadas. Aliás, o próprio Conselho Nacional de Justiça criou um programa de distribuição de cartilhas sobre violência doméstica, nas línguas nativas, e de capacitação de juízes voltado à proteção dessa população (BRASIL, 2016), o que pode ser considerado um progresso, apesar de ainda muito limitado.

## Considerações finais

Tão prejudicial à adequada e efetiva proteção dos povos nativos quanto a desconsideração de suas particularidades culturais, avaliando seus comportamentos a partir dos parâmetros valorativos e normativos da sociedade mais ampla, é a visão romântica de suas atitudes e vivências. Os índios, como quaisquer outros seres humanos, também cometem deslizes, infringem a lei, maltratam pessoas próximas e apresentam sentimentos mesquinhos. São pessoas como todas as demais, apenas imersos em um ambiente cultural distinto.

Quando se trata de analisar e julgar condutas que a ordem jurídica define como criminosas, portanto, é preciso considerar a cosmovisão e os costumes que orientam os aborígenes, de modo

a alcançar a solução mais conforme possível à nova orientação constitucional, absolvendo-os, se sua condição sociocultural os impede de observar os parâmetros jurídicos estatais, ou conferindo-lhes os benefícios que a legislação lhes reserva, em caso de condenação.

Paralelamente a isso, as vítimas de eventuais delitos não podem restar desamparadas. Em nome da autonomia tribal, não se pode deixar as pessoas mais fragilizadas, notadamente mulheres e crianças, sob o jugo da violência, do abuso e da opressão tradicionalmente legitimados. Antes de tudo, são as pessoas de carne e osso que merecem proteção preferencial.

Isso não significa que se possa interferir na vida comunitária desses grupos de qualquer forma. Medidas preventivas e orientação especializada, sempre acompanhadas do apoio de técnicos dos órgãos estatais de tutela responsáveis, especialmente de antropólogos familiarizados com o estilo de vida indígena, além do diálogo aberto com as populações interessadas, afiguram-se a escolha mais apropriada. As políticas públicas adotadas, porém, jamais podem chegar ao ponto de desfigurar culturalmente tais sociedades. Proteger e preservar sempre; punir em último caso.

## Referências

- AMORIM, Elaine. A perícia antropológica no processo criminal: Estudo de caso. In: VILLARES, Luiz Fernando. **Direito Penal e povos indígenas**. Curitiba: Juruá, 2014. p. 151-165.
- BANDEIRA, Regina. **Cartilha orienta indígenas do Mato Grosso do Sul sobre violência doméstica**. Portal Conselho Nacional de Justiça, 21 out. 2016. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83717-cartilha-orienta-indigenas-de-mato-grosso-do-sul-sobre-violencia-domestica>. Acesso em: 03 nov. 2018.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 out. 1988.
- BRASIL. Decreto nº. 40, de 15 de fevereiro de 1991. Promulga a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 18 fev. 1991.

BRASIL. Decreto nº. 592, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 07 jul. 1992.

BRASIL. Decreto-Lei nº. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

BRASIL. Lei nº. 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 24 ago. 2006.

BRASIL. Lei nº. 12.651, de 25 de maio de 2012. Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa; altera as Leis nºs 6.938, de 31 de agosto de 1981, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e 11.428, de 22 de dezembro de 2006; revoga as Leis nºs 4.771, de 15 de setembro de 1965, e 7.754, de 14 de abril de 1989, e a Medida Provisória nº 2.166-67, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 28 mai. 2012.

BRASIL. Lei nº. 6.001, de 19 de dezembro de 1973. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 21 dez. 1973.

BRASIL. Lei nº. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 13 fev. 1998.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição nº. 3.388/RR, Tribunal Pleno, rel. min. Carlos Britto, julgada em 19 mar. 2009. **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 24 set. 2009.

CALDERÓN, J. Federico Campos. Los derechos indígenas y su situación frente al Derecho penal (El caso del error culturalmente condicionado). **Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica**, n. 29, p. 200-219, ago. 2001.

CARNEIRO, Henrique. **Pequena enciclopédia da história das drogas e bebidas**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

CASTRO, Alessandra Maria de. **A lei dos crimes ambientais se aplica aos índios?** Portal do Sindicato dos Delegados de Polícia do

Estado de Goiás, 05 out. 2011. Disponível em: <https://sindepol.com.br/site/artigos/a-lei-dos-crimes-ambientais-se-aplica-aos-indios.html>. Acesso em: 18 jul. 2018.

COSTA, Helena Regina Lobo da. O direito penal ambiental e o índio. In: VILLARES, Luiz Fernando. **Direito Penal e povos indígenas**. Curitiba: Juruá, 2014. p. 106-121.

DOTTI, René Ariel. A situação jurídico-penal do indígena: Hipóteses de responsabilidade e de exclusão. In: VILLARES, Luiz Fernando. **Direito Penal e povos indígenas**. Curitiba: Juruá, 2014. p. 49-79.

ESCOHOTADO, Antonio. **Historia general de las drogas**. 8. ed. Madrid: ESPASA, 2008.

FLORES, Joaquín Herrera. **A (re)invenção dos direitos humanos**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

FOLHA de Boa Vista. **Indígenas discutem tráfico de drogas**. 5 jul. 2016. Disponível em: <https://pib.socioambiental.org/pt/Not%C3%ADcias?id=166993>. Acesso em: 22 jul. 2018.

GAUER, Ruth Chittó. Uma leitura antropológica do uso de drogas. **Veritas: Revista da Pontifícia Universidade do Rio Grande do Sul, Porto Alegre**, v. 35, n. 140, p. 590-597. 1990.

GONZAGA, João Bernardino. **O direito penal indígena: À época do descobrimento do Brasil**. São Paulo: Max Limonad, 1971.

HOLANDA, Marianna Assunção Figueiredo. **Quem são os humanos dos direitos?** Sobre a criminalização do infanticídio indígena. 2008. 157f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social, Universidade de Brasília, Brasília, 2008. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/33535708.pdf>. Acesso em: 17 out. 2018.

JIMÉNEZ, Emiliano Borja. **Introducción a los fundamentos del Derecho Penal indígena**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.

KARAM, Maria Lúcia. O proibicionismo criminalizador em matéria de drogas e a violação de direitos de povos indígenas na América Latina. In: VILLARES, Luiz Fernando. **Direito Penal e povos indígenas**. Curitiba: Juruá, 2014. p. 139-150.

LIPPMAN, Matthew. The development and drafting of the United Nations Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman and

Degrading Treatment or Punishment. **Boston College International & Comparative Law Review**, v. XVII, n. 2, p. 275-335, 1994.

MELATTI, Julio Cezar. Índios do Brasil. 9. ed. São Paulo: EDUSP, 2014.

NEVES, Andréia Michelli. Crimes contra os costumes, costumes de quem? Uma análise das representações de indígenas em Dourados, MS, acerca dos crimes contra os costumes/estupro presumido. **Revista Tellus**, ano 11, n. 21, p. 173-201, jul.-dez. 2011. Disponível em: <http://www.tellus.ucdb.br/index.php/tellus/article/view/247/283>. Acesso em: 03 nov. 2018.

OLIVEIRA, Roberto Cardoso de. Ação indigenista, eticidade e o diálogo interétnico. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 14, n. 40, p. 213-230, set.-dez. 2000.

ORGANIZAÇÃO das Nações Unidas. **Declaração sobre a Proteção de Todas as Pessoas Contra a Tortura e Outros Tratamentos Cruéis, Desumanos e Degradantes**. 9 dez. 1975.

PINEZI, Ana Keila Mosca. Infanticídio indígena, relativismo cultural e direitos humanos: Elementos para reflexão. **Aurora**, São Paulo, n. 8, p. 33-43, mai/ago 2010.

REPÚBLICA DA COLÔMBIA. **Corte Constitucional de Colombia**. Sentencia T-454/2013, relator Nilson Pinilla. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/T-454-13.htm>. Acesso em: 16 jul. 2018.

RICARDO, Fany (org.). **Terras indígenas e unidades de conservação da natureza: O desafio das sobreposições**. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2004.

ROMERO, Ellen Cristina Oenning. **Aspectos jurídicos da exploração de recursos naturais em terras indígenas**. [20-?]. Disponível em: [http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=6823](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6823). Acesso em: 30 ago. 2017.

ROSA, Ana Beatriz. **A luta das mulheres indígenas contra o estupro**. Portal Outras Mídias, 29 nov. 2016. Disponível em: <https://outraspalavras.net/outrasmidias/destaque-outras-midias/a-complexa-luta-das-mulheres-indigenas-contra-o-estupro/>. Acesso em: 03 nov. 2018.

SANTOS, Natalia de França. O infanticídio indígena no Brasil: O universalismo dos direitos humanos em face do relativismo cultural. **Derecho y Cambio Social**, Lima, n. 25, p. 1-28, 2011. Disponível em: [www.derechoycambiosocial.com/revista025/infanticidio\\_y\\_derechos\\_humanos.pdf](http://www.derechoycambiosocial.com/revista025/infanticidio_y_derechos_humanos.pdf). Acesso em: 18 out. 2018.

SEGATO, Rita Laura. Que cada povo teça os fios da sua história: O pluralismo jurídico em diálogo didático com legisladores. **Revista de Direito da Universidade de Brasília**, Brasília, v. 01, n. 01, p. 65-92, jan.-jun. 2014.

SILVA, Cristhian Teófilo da. **Criminalização e situação prisional de índios no Brasil**. Edital Projeto de Pesquisa ESMPU nº19/2006. Relatório Final. Brasília, DF: Associação Brasileira de Antropologia, mai. 2008. Disponível em: [https://pib.socioambiental.org/files/file/PIB\\_institucional/Criminalizacao\\_2007.pdf](https://pib.socioambiental.org/files/file/PIB_institucional/Criminalizacao_2007.pdf). Acesso em: 12 jul. 2018.

SOARES, Gabriela Melo Figueiredo. **Disciplina constitucional das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios**. Portal Jus, mar. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/26927/disciplina-constitucional-das-terras-tradicionalmente-ocupadas-pelos-indios/2>. Acesso em: 18 jul. 2018.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O renascer dos povos indígenas para o Direito**. Curitiba: Juruá, 1999.

SZTUTMAN, Renato. Cauim, substância e efeito: Sobre o consumo de bebidas fermentadas entre os ameríndios. In: LABATE, Beatriz Caiuby et al. (org.). **Drogas e cultura: Novas perspectivas**. Salvador: EDUFBA, 2008. p. 219-250.

TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

UNESCO. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Brasília, DF, 1998.

VILLARES, Luiz Fernando. **Direito e povos indígenas**. Curitiba: Juruá, 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

# Os limites da busca por celeridade processual pela via do instituto da colaboração premiada

## *The Limits of Procedure Celerity Searching Through the Plea Bargaining Institute*

Mateus Augusto Bohrz Klein

### Resumo

O presente ensaio busca discutir, por meio do estudo sobre o instituto da delação premiada os limites da busca por celeridade processual. Considerando que tal dispositivo pode ser visto como grande passo a favor de um processo mais eficiente, impedindo a perda do direito pretendido pela parte, por outro lado aquele pode também ocasionar a prevalência da impunidade se realizado de maneira imprudente. Por meio do presente trabalho, busca-se salientar os perigos de uma busca desenfreada por celeridade processual. Para tanto, se iniciam os estudos com uma breve introdução histórica à implementação da delação premiada ao sistema processual penal brasileiro, passando-se então a um estudo mais abstrato do instituto e do conceito de celeridade processual, para adentrar aos casos práticos da operação Lava Jato. Por fim, se analisa os possíveis reflexos sociais desse instituto.

**Palavras-chave:** Colaboração. Delação. Direito. Celeridade. Lava-jato. Processo penal.

### Abstract

The purpose of this essay is to discuss, through the studies of the institute of plea bargaining, the limits of celerity searching inside criminal procedure by the MP. Considering that this dis-

positive can be seen as a huge step forward to a more effective procedure preventing the loss of the right granted to the part, by the other hand it can cause the prevalence of the impunity if used with recklessness. By means of this work, it tries to emphasize the dangers in an unbridled search for celerity in procedure. For that, the studies begin through a brief historical introduction to its implementation to the Brazilian criminal justice system, going on to an abstract research and of the celerity in procedure concept, to then to get in to the practical cases of the operation lava-jato. In conclusion, it will be made an analysis of the possible social reflexes of this institute.

**Keywords:** Plea bargaining. Celerity. Right. Criminal procedure.

### Considerações iniciais

O sistema de colaboração premiada vem ganhando destaque atualmente, principalmente devido à operação Lava Jato, na qual foi amplamente utilizada. Aquele possui a finalidade de assegurar material probatório quando há dificuldade de fazê-lo em casos de crimes praticados por organizações criminosas. Trata-se de modelo importado do sistema americano denominado *plea bargaining* no qual é permitido que ao réu, em troca de informações sobre o caso, se concedam benefícios, como a redução de pena ou a permanência de parte dos bens adquiridos de maneira ilícita. No entanto, diferentemente do sistema americano em que as decisões do juiz quanto ao caso são definitivas e devem respeitar o modelo de precedentes *stare decisis*, possibilitando uma negociação mais ampla e baseada em grande parte no bom senso do órgão judiciário, no Brasil tais limites de negociação possuem maior restrição devido ao aparato legislativo. De acordo com o art. 4º da lei nº. 12.850/2013

O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados. (BRASIL, 2013).

Desta maneira, se tem no ordenamento jurídico brasileiro predefinições de até onde as negociações entre o Ministério Público (MP) e o réu poderão ir. No entanto, algo que é recorrente em casos práticos é a modulação dos efeitos de tal ordenamento, o que pode se provar de extrema periculosidade, não somente à possibilidade de perda da pretensão punitiva do Estado referente a crimes contra o capital estatal, mas também como um exemplo de impunidade para a sociedade.

Tendo em mente o intuito principal do instituto da colaboração premiada ser o de atuar como uma forma de combate à crimes de organização criminosa, se estuda no presente trabalho os limites de sua busca diante da consequência de celeridade processual ocasionada pela utilização do dispositivo.

Considerando-se a necessidade da utilização de tal artifício em certos casos, como a operação Lava Jato, em que a junção de material probatório para que se chegue aos outros integrantes da organização criminosa é extremamente difícil e morosa, deve ser utilizado tal instrumento, porém de maneira cautelosa, evitando-se ao máximo a modulação do texto jurídico, para que se evitem consequências indesejadas no transcurso investigativo.

## Do conceito de celeridade processual

Primeiramente, a fim de se compreender o tema objeto da pesquisa em questão, temos o conceito de celeridade processual no âmbito penal. Deve-se ter em mente quando falando deste valioso item a ser introduzido, que não se trata apenas de efetivar-se um processo mais simples e menos moroso, mas sim um processo eficiente e justo para ambas as partes em que não se neguem direitos ou se distorçam princípios importantes para um decorrer processual saudável.

Temos o princípio de celeridade processual como um dos mais importantes dentro do direito processual penal, uma vez que, devido à natureza dos crimes, ao se realizar um processo moroso, acaba-se frustrando o acesso ao direito do ofendido. Porém, tendo isso em mente, ao utilizarmos o termo celeridade, acabamos implicando em um processo que busca por meio rápido e mais simplificado a aplicação de pena ou absolvição sobre

o acusado. Isso decorre do perigo de extinção do direito, pelo decurso do tempo. No entanto, o conceito que se deve buscar é o de processo eficiente, no qual: “será eficiente o processo que, em tempo razoável, permitir atingir-se um resultado justo, seja possibilitando aos órgãos da persecução penal agir para fazer atuar o direito punitivo, seja assegurando ao acusado as garantias do processo penal” (Scarance, 2006, p. 3).

Note-se que não se fala em processo mais rápido ou processo mais simples possível, e sim, duração razoável do processo, isso, pois não se deve ignorar a linha de pensamento garantista ao buscar-se a celeridade processual. Ao mesmo tempo em que um tramite processual moroso pode acarretar injustiças, o atropelamento de princípios e garantias é caminho para igual resultado. Diante de casos de maior complexidade envolvendo organizações criminosas mais poderosas o conceito de eficiência processual se torna ainda mais importante, uma vez que a quebra do princípio do devido processo legal acaba por sistematizar certa imposição do Estado sobre o acusado. Deste modo, pode-se acabar causando injustiças por meio de um acordo entre as partes de forma a que o réu que não possua culpa do delito, mas que o aceite a fim de garantir o benefício ofertado, seja visto pela sociedade erroneamente como culpado. Por outro lado, há também os casos em que a utilização de tal recurso devido à dificuldade probatória acabam por conceder benefícios exacerbados ao colaborador. Assim, deve-se ter o instituto da colaboração premiada como um ultimo recurso a fim de se impedir a concessão de benefícios quando a capacidade probatória do estado puder suprir tal tarefa.

## Do sistema de negociação criminal

O sistema de colaboração premiada, introduzido primeiramente na Lei dos Crimes Hediondos (lei nº. 8.072/1990), ocasionou grande evolução em questão de eficiência processual, principalmente quanto ao tempo corrido de processo. Aquele possui o intuito de buscar com maior facilidade e rapidez material probatório por meio de uma negociação entre as partes. Porém, para que se compreenda de maneira melhor tal tema, de-

ve-se ter em mente o conceito de prêmio com significado de “um mal menor imposto ao indivíduo que, depois do cometimento de uma conduta punível pelo direito penal, realiza contra conduta colaborativa destinada a diminuir ou elidir a pena prevista para o ilícito originalmente cometido” (VALDEZ, 2016, p. 31). Desta maneira, ao colaborar com a investigação, o réu terá acesso a certos benefícios redutivos de pena, ou seja, uma diminuição do mal imposto sobre o colaborador.

Porém, segundo Valdez (2016), tal instituição acaba por colidir com a concepção de direito penal retribucionista clássica, de maneira que subverte até certo ponto tal conceito processual penal quanto ao aspecto relativista e à sanção premial. Dentro do instituto da colaboração premial, o conceito de prêmio passa a ter reflexo em um objetivo político-criminal, de maneira a visar um objeto maior por parte do acusador, no caso da colaboração premiada, a acusação de outros envolvidos e, possivelmente o chefe da operação ou alguém de maior importância.

Com certeza, uma das partes de maior importância no processo de negociação criminal é a escolha, por parte do acusador, de quem poderá ser um possível colaborador, assim sendo, quem terá alcance aos benefícios da colaboração. Para tanto, o órgão acusador terá em mente uma visão mais prática, buscando quem tem maior possibilidade de conceder as melhores e mais valiosas informações a fim de que se consiga um material probatório mais efetivo e, assim, uma acusação mais rápida.

Diante de tal instituto, é concebível que haja certo estranhamento por parte do povo ao assistir na prática uma negociação em meio ao processo. Isso é decorrente de este ser um dispositivo relativamente novo no sistema brasileiro, uma vez que até a década de 1990 o modelo político-criminal se caracterizava por uma implacabilidade da resposta punitiva estatal de maneira a retratar a função da pena como unicamente retributiva, sendo denominado modelo dissuasório clássico. Vasconcellos define a justiça criminal negocial como:

modelo pautado por consenso de ambas as partes a um acordo de colaboração processual com afastamento do réu de sua posição de resistência ocasionando abreviação do processo e conseqüentemente implicando na renúncia do

réu quanto aos princípios do devido processo penal. (VASCONCELLOS, 2017, p. 119).

Assim, se tem a negociação criminal como modelo construído sobre a base da renúncia do réu aos seus direitos processuais a fim de que consiga benefícios quanto a sua sanção. Deste modo, colocando em segundo plano os princípios do devido processo legal e priorizando a rapidez processual no adquirir probatório.

Dentro desses dispositivos de negociação criminal, cabe salientar para fins de exemplo, mais a frente, no transcorrer do texto, a diferença entre o instituto da barganha e da colaboração premiada. Vale destacar que o modelo de negociação criminal tem como base o modelo estabelecido no common law, denominado plea bargaining, que se caracteriza por uma negociação entre as partes na qual o réu abre mão do direito de não se considerar culpado com o intuito de estabelecer certas garantias acordadas com o órgão estatal. Tal modelo acaba por resolver cerca de 90% dos casos ocorrentes nos Estados Unidos e garante uma liberdade muito maior para o acordo entre as partes e o juiz. Tendo este conceito em vista, vale esclarecer que a delação premiada não é o único instrumento de negociação criminal, porém diverge de outros dispositivos, como a barganha, na qual o réu negocia informações quanto ao crime cometido por si mesmo, ao passo que se negocia informações referentes a outros agentes e colaboradores no crime, assim, voltando-se em grande parte ao crime organizado.

## **Da busca pela rapidez processual**

Atualmente, a colaboração premiada é utilizada principalmente em casos de dificuldade probatória, nos quais a morosidade na aquisição de provas pode levar à impunidade dos agentes delituosos. Deste modo, ao selecionar um delator, acaba-se chegando aos outros envolvidos na prática criminosa e, assim, de maneira muito mais veloz, consegue-se material para acusação. Porém, por meio de tal busca, ocorre o risco de desvio da finalidade inicial da pesquisa probatória, pois se alcançam benefícios suficientes ao delator, de maneira que o Estado perde a sua capacidade punitiva sobre o colaborador.

A liberdade excessiva dentro do sistema de negociação processual acaba por abrir margem muito ampla de benefícios que podem ser concedidos ao réu. Frente a casos de repercussão maior na sociedade, como a operação Lava Jato, há uma situação na qual se privilegia o delator de maneira tal a distorcer os poderes punitivos do Estado de acordo com a valoração da informação a ser negociada. Assim, a natureza da negociação criminal permite que quando envolvido em crime de maior prejuízo estatal, maior a recompensa por uma informação, por esta representar maior valor probatório.

Porém, cabe o questionamento quanto ao afirmado anteriormente, no sentido de que a pessoa que prejudica em maior grau o Estado não mereceria uma punição mais severa, justamente pela gravidade em que se enquadra a situação? A resposta para tal pergunta é sim, no entanto o que acaba ocorrendo em casos práticos é justamente o contrário. Levando-se em consideração o valor probante de uma informação e omitindo-se quanto à delimitação imposta na negociação criminal, implica-se em uma espécie de lavagem de dinheiro legal. Decorrente disso, a prisão do delator é reduzida por tempo irrisório frente ao crime cometido e ainda sendo permitido àquele, em determinados casos, que fique com os bens adquiridos de maneira ilícita.

Isso ocorre devido à falta de controle por parte do juiz dentro do sistema processual referente aos casos nos quais o MP acaba por estabelecer o ritmo e a conduta a ser tomada, deixando o réu sem escolhas. Nesses casos a vontade negocial da parte é poluída pela incerteza de absolvição, ocasionando uma aceitação por medo do transcorrer processual e não pela oferta realizada. Além disso, a prova adquirida por meio da delação premiada não deve ser suficiente para a instauração de acusação, assim, diminuindo o poder probatório do dispositivo. Porém, segundo Pereira (2008), em artigo sobre o valor probatório da colaboração processual da revista *Ibero Americana de Ciências Penais*, “a mera certeza subjetiva do juiz não é suficiente para dissipar a presunção de inocência do acusado, quando o resultado objetivo da apreciação da prova, não admita uma conclusão racional e convincente sobre a autoria do denunciado” (2008 p. 125). Assim, o autor afere que, para realmente se ter um con-

vencimento do juiz quanto ao exposto pelo delator, devem ser juntadas novas provas ao material adquirido e, somente então, poderá ser reconhecida acusação, evitando-se ignorar o princípio da presunção de inocência do acusado.

No entanto, frente a casos mais complexos e nos quais não se consegue o valioso material probatório de outras maneiras, se estabelece uma relação na qual a delação acaba por ter maior força perante outras provas incriminatórias, assim estreitando-se as linhas dos princípios garantidores do processo penal. Para que não ocorram discrepâncias entre a finalidade da lei e a busca pelo vestígio probatório, é necessário correto balanceamento do critério de finalidade. Para tanto, explica-se que “legal seria tudo aquilo que é conforme a lei, sendo assim, qualquer ato do poder público que não se coadune com as normas hierarquicamente superiores para que não se considere uma norma, portanto, ilegal” (FRANÇA, 1999, p. 89).

Desse modo, se estabelece relação com o que foi dito à modulação da norma jurídica, uma vez que acaba por ser recorrente em casos como a Lava Jato, na qual o material probatório é escasso. Esses casos apoiam-se, em grande parte, nas informações a serem delatadas, assim fazendo acordos que não se encontram expressamente previstos em lei. Seguindo a lógica expressa no livro de França (1999), se compreende a modulação excessiva de artigos dispostos em leis, como a lei nº. 12.850/2013, como ilegais, decorrentes de uma busca exacerbada por material probatório, esquecendo-se da finalidade da punitiva do processo.

Além do destacado anteriormente, faz-se necessária, frente a casos de maior repercussão e dificuldade, uma correta relação entre a proporcionalidade da pena e a gravidade do delito.

### **A negociação criminal nos casos práticos: operação Lava Jato, origem e paralelo com a operação Mani Pulite.**

Como objeto de análise prática da utilização do instituto da colaboração premiada, temos a operação Lava Jato, atualmente em transcurso. Tal procedimento tem como inspiração a operação italiana Mani Pulite (“mãos limpas” em português), da qual os moldes do sistema objeto do presente trabalho mostraram-se de extrema importância para o andamento dos ritos investigativos.

A operação italiana inicia-se em fevereiro de 1992 com a prisão de Mario Chiesa, expandindo-se rapidamente no período de dois anos a 2.993 mandados de prisão expedidos e 6.059 pessoas investigadas, entre as quais 438 sob o cargo de parlamentares. Por meio de confissões de Mario Chiesa, as investigações chegam a uma trama de relações corruptas envolvendo Bettino Craxi, líder do partido Socialista da época. A estratégia adotada pelos magistrados para que fosse possível a aquisição das informações baseou-se na pressão imposta aos investigados quanto à confissão, espalhando rumores de que outros investigados já o haviam feito, de forma a incentivar a colaboração do suspeito. Além disso, tais rumores iam além, atribuindo até mesmo a soltura do investigado à confissão realizada. Tal plano se estendia de forma a se disseminarem informações referentes às confissões correntes. Segundo Moro,

Há quem possa ver com maus olhos tal estratégia de ação e a própria delação premiada. Cabem aqui alguns comentários. Não se prende com o objetivo de alcançar confissões. Prende-se quando estão presentes os pressupostos de decretação de uma prisão antes do julgamento. Caso isso ocorra, não há qualquer óbice moral em tentar-se obter do investigado ou do acusado uma confissão ou delação premiada, evidentemente sem a utilização de qualquer método interrogatório repudiado pelo Direito. (MORO, 2004)

Em referência à operação Mani Pulite, é evidente a semelhança entre esta e a operação Lava Jato, mesmo sendo os meios de obtenção probatória diversos entre as duas operações. Enquanto na Itália se configurou uma situação controversa, a qual é vista por muitos como uma coação por parte do Ministério Público, na operação Lava Jato foi utilizado o instituto próprio para a colaboração do réu. No entanto, ambas configuram-se marcos históricos para o início de um processo penal em que as partes colaborem para que se chegue a uma conclusão, aproximando o processo aos moldes de um acordo entre as partes. Trata-se de um fenômeno mutacional do direito, da mesma forma em que atualmente não se concebe mais a punição estatal por meio do suplício, justificando uma punição severa a fim de dominar a conduta contrária à legislação vigente da época: "A atrocidade que paira sobre o suplício desempenha, portanto, um duplo papel:

sendo princípio da comunicação do crime com a pena, ela é por outro lado a exasperação do castigo em relação ao crime" (FOUCAULT, 1975).

Já no Brasil, a operação Lava Jato teve seu início em 17 de março de 2014 com o cumprimento de diversos mandados de busca e apreensão, prisão temporária, preventiva e condução coercitiva, buscando investigar um esquema de lavagem de dinheiro envolvendo valores superiores à 10 bilhões de reais em propinas. Essa operação foi batizada assim, uma vez que uma organização criminosa, alvo da busca, utilizava-se de uma rede de lavanderias e combustíveis para a movimentação dos valores.

Como fator desencadeador da operação, se tem a investigação de crimes de lavagem de recursos relacionados aos ex-deputados federais José Janene e Carlos Habib, no ano de 2009. Destas investigações foram identificadas quatro organizações criminosas que se relacionavam, todas comandadas pelo doleiro Carlos Habib, que depois descobriu-se ter envolvimento com outro doleiro, Alberto Youssef. A partir deste momento a primeira fase da operação Lava Jato é acionada, sendo seguida por uma apreensão de mais de 80 mil documentos pela Polícia Federal que indicavam o desvio de valores bilionários da empresa Petrobras.

Tendo em vista a história de ambas as operações, podemos perceber que há um ponto em comum na origem delas: o envolvimento de líderes políticos de ambos os países. Diante de um caso de tamanha repercussão, foi necessário que se demonstrasse de maneira célere e eficiente a punição e a retenção dos valores desviados. Outro ponto a se destacar em casos dessa espécie é a natureza vantajosa de tal crime, principalmente para o criminoso político, uma vez que acaba por possuir maior poder em relação ao honesto. Ante desta afirmação temos que "a corrupção tende a espalhar-se enquanto não encontrar barreiras eficazes" (MORO, 2004).

Além disso, observa-se que o apoio e atenção a tais ações judiciais pelo próprio povo são de fundamental importância, uma vez que a democracia seria a única maneira de se combater as causas estruturais da corrupção. Desta maneira, ao estudarmos as causas do comportamento corrupto, temos que a dissemina-

ção de tal postura acaba por desencadear um maior número de ocorrências devido à padronização do comportamento, ocasionando o comportamento criminoso como padrão entre o meio no qual se difundiu.

### **A negociação criminal nos casos práticos: a operação Lava Jato e a utilização do instituto da colaboração premiada**

Pra que continuemos a discussão proposta, deve-se abordar a operação Lava Jato de maneira mais incisiva, tratando de casos específicos em que a colaboração premiada foi fator decisivo na complementação probatória. Segundo Vasconcellos (2017, p. 147), a operação Lava Jato “têm [sic] inovado em diversos aspectos, como a previsão de regimes diferenciados de execução de penas, a liberação de bens provenientes de atividades ilícitas, a regulação de imunidade a familiares e terceiros ao acordo”.

Frente a tais disposições implementadas, temos que a regulamentação de tais atos é necessária a fim de que se previna o abuso dessas possibilidades de negociação e não se impeça o poder punitivo estatal quanto aos atos delituosos. Deve-se estabelecer, segundo pensamentos de Vasconcellos (2017), que haja uma correspondência entre a pena prevista legalmente no tipo penal e aquela determinada aos fatos no caso concreto. Esta conexão seria indispensável para inibir a aceitação de acordos indiretos sobre fatos e imputações, assim violando os preceitos legais. Neste ponto, se estabelece que a negociação criminal deva ser regida por determinado ordenamento, o qual impeça generalidades, uma vez que tal recurso pode ser facilmente desvirtuado, imprimindo a impunidade em casos concretos por meio de modulações hermenêuticas.

Porém, não raros os casos em que, na operação lava-jato, foram moduladas certas disposições legais a fim de se estabelecer acordo entre o Ministério Público e a parte interessada em delatar. Dos casos ocorridos há desde redução de pena excessiva, até acordos que permitem a permanência dos bens adquiridos de forma ilícita com familiares do delator, sob justificativa de caracterizarem medida de segurança enquanto o réu estiver preso (cláusula 7<sup>a</sup>, §§ 3<sup>o</sup>, 4<sup>o</sup>, 5<sup>o</sup> e 6<sup>o</sup>, acordo na Pet. 5.244 STF). No entanto, em casos como a Lava Jato, é de extrema importância

a recuperação do dinheiro roubado, implicando no confisco dos bens adquiridos pelos réus. Nestes casos se estabelece uma balança entre a importância da prova a ser concedida pelo delator e a descaracterização da finalidade da investigação e do processo, conseqüentemente, uma vez que de nada adianta processar e condenar os réus em um caso como esse se eles poderão permanecer com os bens adquiridos, agora licitamente. Deste modo, se faz um desserviço à comunidade, contribuindo para um mau exemplo em que ao cometer um crime é possível se passar imune aos poderes do Estado.

Esse fenômeno ocorre devido à atuação limitada do juiz perante o sistema de delação premial, uma vez que, pelas características presentes do Ministério Público, serão acordadas em um âmbito menos restrito certas modulações legislativas que podem se proceder perigosas. Segundo Beccaria (c1758), o direito deve ser observado pela sociedade que rege para que os cidadãos vejam e entendam que se quebrarem as leis impetradas pelo Estado sofrerão as conseqüências. Porém, ao se modular de maneira irresponsável a fim de se garantir provas a respeito de membro ativo superior na hierarquia da organização criminal, pode-se chegar a um ponto em que a soma dos delitos e bens negligenciados pela justiça seja prejuízo maior para o Estado do que o líder da organização criminosa proporcionou, prevalecendo a impunidade.

Desta maneira, conclui-se que uma entidade como o juiz seria indispensável para que as margens que podem modular as orientações legislativas sejam delimitadas, estando essas dispostas tanto na lei n<sup>o</sup>. 12.850/2013 quanto em tantos outros que caracterizam esta poderosa ferramenta. Por fim, a negociação criminal é um mecanismo de extrema instabilidade, podendo ser um marco da celeridade processual ou da seleção do poder punitivo do Estado, cabendo aos juristas futuros medir até que ponto se tem como sinônimo dentro do processo celeridade e eficiência.

### **Reflexos da utilização do instituto na sociedade**

Como anteriormente citado, Beccaria (c1758) defendia a ideia de que o processo deveria ser público para que o povo pudesse ter a oportunidade de compreender a aplicação das nor-

mas, concebendo que se realizada determinada atividade ilícita, seria justa a pena estatal. No entanto, ao utilizar-se do sistema de negociação premiada de maneira imprudente, poderá o MP conceder, em casos de maior repercussão, uma má impressão do direito penal brasileiro, na qual prevalece a impunidade. Por consequência disto, se estenderia à sociedade a concepção de que a prática de atos infracionais seria uma boa opção, propiciando uma expansão da criminalidade pelo país.

A colaboração premiada deve ser encarada de maneira extremamente cuidadosa por seus utilizadores, de forma que estes devem lembrar-se dos princípios das teorias retributiva e preventiva da pena, por meio da qual se afere a penas duas funções: "a) servir à satisfação da necessidade inconsciente de punição que impele a uma ação proibida; b) a pena satisfaz também a necessidade de punição da sociedade, através da sua inconsciente identificação do com o delinquente" (BARATTA, 1999, p. 51).

Portanto, mesmo que a busca por celeridade processual possa ser um fator garantidor do direito pretendido, pode também ser um fator que ocasione um mau exemplo frente a casos de repercussão geral. Portanto, não apenas visando a acusação e a pretensão punitiva do estado, o direito deve ser visto como ferramenta reguladora da sociedade, de forma que o sucesso do poder punitivo do estado demonstre os limites aos quais um cidadão pode chegar, delimitando e exemplificando uma conduta delituosa.

Por fim, os atos negociais entre o MP e o réu devem ser tidos como uma medida positiva ao processo penal brasileiro, uma vez que permite muitas vezes dar início à investigações mais aprofundadas, bem como evitando a prevalência da impunidade por meio da morosidade processual. No entanto como discutido ao longo do texto, não se deve ter em mente apenas a acusação do próximo integrante da organização criminosa sem considerar as possíveis consequências que tal acordo pode proporcionar à sociedade.

Assim, por mais que se discuta ser mais importante a informação do integrante que rouba milhões dos cofres públicos e, portanto, passível de modulação da lei nº. 12.850/2013 para que se consiga adquirir material probatório referente a outros integrantes da organização criminosa, ao mesmo tempo será

de maior importância que a punição estatal recaia sobre aquele, para que se busque a extinção da concepção de impunidade na prática delituosa. Não apenas em razões abstratas e sociais tal pensamento é viável, mas também no caso da operação Lava Jato, abordado anteriormente, em que o réu poderia permanecer com os bens, sendo esta uma maneira controversa de se realizar tal acordo, pois em diversos casos o retorno do valor roubado é de maior importância até do que a própria prisão do réu. Diante das presentes considerações, conclui-se que se trata de um dispositivo com grande potencial contributivo para a efetividade investigatória dos órgãos públicos, no entanto depende do seu manuseio, de forma que se evitem exageros, impedindo, assim, consequências indesejadas.

### Considerações finais

Tendo em vista o presente estudo realizado, tem-se que o instituto da colaboração premiada é de extrema importância para o combate ao crime organizado, sendo um marco significativo como instrumento voltado a este setor de crimes. No entanto, o que se deve evitar, ao ser utilizado o aparato legislativo em estudo, é a inversão dos valores entre o real objetivo da colaboração premiada e as consequências daquele.

Dito isso, quando utilizado de maneira cautelosa e direcionada com intuito principal de desmantelamento da organização criminosa em questão, trata-se de um precioso instrumento de complementação probatória, ao passo em que se extraem apenas resultados positivos do instituto. Desta maneira, a celeridade processual se torna uma consequência, ao lado da eficiência processual, garantindo uma investigação mais saudável até mesmo em meio à sociedade na qual atua como vigia em casos de maior repercussão. Nesta mesma linha de pensamento, ainda se percebe como benefício da utilização cautelosa da colaboração premiada uma visão de processo penal eficiente, ajudando na redução de futuros crimes por meio da demonstração de competência investigatória estatal.

Todavia, diante de uma utilização descuidada do instituto objeto de estudo do presente trabalho demonstram-se possíveis

resultados desastrosos. Tal utilização ocorre ao passo em que se invertem as concepções de consequência e finalidade principal da colaboração premiada, assim a utilizando como instrumento de celeridade processual e deixando em segundo plano o dismantelamento da organização criminosa. Desse modo, além de se colocar em risco o objetivo principal do dispositivo, são gerados efeitos negativos por via reflexa à utilização do aparato legislativo. Destes efeitos negativos, temos a possibilidade de perda da pretensão punitiva do Estado ao negociar de maneira modular em excesso a lei reguladora do instrumento, acabando por resultar em algo que apenas beneficie a parte colaboradora, sem imposições punitivas quanto à conduta ilícita tomada. Além disso, diante da sociedade, se propicia uma visão negativa do processo penal e da própria competência dos órgãos públicos, possibilitando uma ineficiência processual. Por consequência deste tipo de utilização, se tem por ocasião contrária ao já descrito, havendo um aumento da criminalidade diante de um processo ineficiente e de um Estado que perde a pretensão punitiva.

Ainda, a colaboração premiada demonstra-se como instrumento que abre possibilidade uma utilização em conjunto da sociedade em casos de maior repercussão, inspirando-se na operação italiana Mani Pulite. Tendo em vista certas semelhanças entre as operações Mãos Limpas e Lava Jato, se tornam possíveis futuros reflexos de ambas operações. Deste modo, o envolvimento da sociedade provoca uma maior repercussão de notícias e, conseqüentemente, possibilita a utilização de método similar ao utilizado na Mani Pulite em que rumores quanto à colaboração de outros integrantes da organização criminosa instigaram a formação de uma rede de colaborações. Neste ponto, a colaboração premiada demonstra-se de grande flexibilidade, possibilitando que o órgão público encarregado da investigação utilize diversos meios de convencimento permitidos legalmente para a obtenção de um círculo virtuoso de colaborações.

O instituto em questão, atualmente, representa uma continuação à lógica de colaboração processual das partes, na qual não apenas a parte autora deve apresentar aparato probatório, mas a parte ré poderá colaborar a fim que se consiga uma maior eficiência processual. Tal pensamento lembra o procedimento su-

maríssimo, no qual existem recursos, como a transação penal ou a composição prévia dos danos, que são meios de as próprias partes se acertarem sem a necessidade de se recorrer à prisão, por exemplo. Ambos são um início para, talvez futuramente, termos um processo penal com penas cada vez mais flexíveis, a depender da colaboração da parte ré no processo. Assim, adquirimos um processo mais eficiente, nos moldes descritos por Fernandes (2009), com equilíbrio de celeridade e garantismo processual, de forma que sejam assegurados os direitos descritos pelos moldes dos princípios do devido processo penal ao máximo possível, tendo em vista a característica do instituto de que a parte ré abra mão de certos direitos a fim de colaborar.

Por fim, destaca-se a importância da operação Lava Jato para o presente estudo e a evolução do instituto objeto de pesquisa, podendo se perceber na prática a utilização da colaboração premiada, bem como nos reflexos desta na sociedade. Ao passo em que uma investigação com o nível de repercussão desta gera indignação pelo povo quanto aos atos de corrupção descobertos, ao mesmo tempo pode gerar o sentimento de alívio quanto a certas quantias recuperadas. A utilização da colaboração premiada acaba por gerar uma quebra de expectativa na sociedade que acompanha o procedimento nos noticiários e tal quebra se justifica por dois motivos: a difusão do modelo dissuasório clássico em meio à sociedade, a qual compreende a justiça como uma punição severa ao criminoso; e a possível negociação descuidada por parte do órgão público, que resulta na impunidade do colaborador. No entanto, ambas são indícios de um instituto relativamente novo no sistema processual penal, o qual deve, ao longo de futuros casos em que for utilizado, ser aperfeiçoado cada vez mais.

## Referências

- BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1999.
- BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Ridendo Castigat Mores, c1764.

BRASIL. Lei nº. 12.850, de 2 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 05 ago. 2013.

BRASIL. Lei nº. 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 26 jul. 1990.

DIAS, Ricardo Gueiros Bernardes; FANTIN, Iago Abdalla. A negociação na Justiça Criminal no Brasil e o Plea Bargaining. **E-Civitas** - Revista Científica do Curso de direito da UNIBH, Belo Horizonte, v. X, n. 2, dez. 2017.

FERNANDES, Antonio Scarance. **O equilíbrio entre a eficiência e o garantismo e o crime organizado**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. Petrópolis: Editora Vozes, 1997.

FRANÇA, Rubens Limongi. **Hermenêutica Jurídica**. 7. ed., rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 1999.

MORO, Sergio Fernando. Considerações sobre a operação Mani Pulite. **Revista CEJ**, Brasília, n. 26, p. 56-62, jul.-set. 2004.

PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação premiada: legitimidade e procedimento**. 3. ed. rev. e atual. de acordo com a lei no. 12.850/2013. Curitiba: Juruá Editora, 2016.

PEREIRA, Frederico Valdez. Valor Probatório da Colaboração processual (Delação Premiada). **Revista CEJ**, Brasília, ano XIII, n. 44, p. 25-35, jan.-mar. 2009.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração Premiada no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

## **Discriminação de gênero sob o enfoque da criminologia feminista: breves considerações sobre o papel da mulher no tráfico de drogas e a punição desta pelo sistema penal**

Juliano Sartor Pereira<sup>1</sup>  
Maiara Caetano Daniel<sup>2</sup>

### **Resumo**

Esta pesquisa apresenta como tema a discriminação de gênero à qual as mulheres estão submetidas no tráfico de drogas e no sistema penal, a partir da perspectiva da criminologia crítica feminista. Visa-se analisar o papel atribuído à mulher na atividade delinquente e se ela é vítima de preconceitos de gênero, seja no tráfico de drogas, seja no sistema prisional. Por meio de um estudo epistemológico crítico com enfoque na criminologia feminista, analisa-se os papéis subalternos de gênero construídos e impostos às mulheres pela sociedade. Busca-se, assim, contextualizar o surgimento das primeiras escolas de criminologia até às escolas mais atuais da criminologia crítica e as contribuições do movimento feminista. Averiguar-se-á também as políticas públicas de combate às drogas no Brasil e no mundo, assim como as condições de discriminação às quais a mulher é submetida no tráfico e, sobretudo, no sistema penal e carcerário sob a tutela estatal.

**Palavras-chave:** Criminologia feminista. Discriminação. Gênero. Sistema penal. Tráfico de drogas.

1 Mestrando no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC), na linha de pesquisa em Direito, Sociedade e Estado, com bolsa PROSUC-CAPES. Bacharel em Direito pela UNESC. Pesquisador do Núcleo de Estudos em Estado, Política e Direito (NUPED/UNESC). E-mail: julianosartor01@gmail.com.

2 Advogada regularmente inscrita na OAB/SC sob o nº 53.451. Bacharel em Direito pela Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC). E-mail: maiaradaniel5@gmail.com.

## Sommario

La ricerca presenta come tema la discriminazione di genere a cui sono sottoposte le donne nel traffico di droga e nel sistema penale, dal punto di vista della criminologia critica femminista. Mira ad analizzare il ruolo delle donne nell'attività delinquenziale e se sono vittime di pregiudizi di genere, sia nel traffico di droga che nel sistema carcerario. Attraverso uno studio epistemologico critico incentrato sulla criminologia femminista, viene analizzato oltre i ruoli subalterni di genere costruiti e imposti alle donne dalla società. Cerca di contestualizzare l'emergere delle prime scuole di criminologia fino alle più attuali scuole di criminologia critica e ai contributi del movimento femminista. Saranno verificate le politiche pubbliche per combattere la droga in Brasile e nel mondo, nonché le condizioni di discriminazione in cui le donne sono sottoposte dal traffico e, soprattutto, dal sistema criminale e carcerario sotto controllo statale.

**Parole chiave:** Criminologia femminista. Discriminazione. Genere. Sistema criminale. Traffico di droga.

## Introdução

A valorização da mulher não se deve dar em função da aceitação de um papel subalterno e submisso estabelecido pela sociedade, na construção e manutenção de um estereótipo de gênero. Muito pelo contrário, a valorização daquela dar-se-á por meio de uma constante e árdua luta na busca por seus direitos fundamentais, sobretudo a partir das reivindicações e conquistas alcançadas pelos movimentos feministas.

Nota-se que para a mulher devidamente inserida no mercado de trabalho não é nada fácil superar preconceitos de gênero construídos socialmente, quanto mais para a mulher desempregada, pobre, marginalizada e sem expectativas de inserção no mercado de trabalho. Qual seria então o preconceito sofrido pela mulher cuja única fonte de renda se encontra no tráfico? Sujeitando-se assim à discriminação de gênero em uma atividade delinquente e, posteriormente, pela própria justiça estatal.

Nesse sentido a presente pesquisa cujo tema se refere à discriminação de gênero a partir dos estudos da criminologia

feminista tem o seu objeto de estudo delimitado à análise da discriminação sofrida pelas mulheres que atuam no tráfico de drogas e, conseqüentemente, no estabelecimento da punição dessas pelo sistema penal. Destarte, o problema levantado visa analisar se as mulheres sofrem de fato discriminação de gênero, seja nas funções que lhes são atribuídas pelo tráfico de drogas, seja na punibilidade que lhe é imposta pelo sistema penal.

Supõem-se, como hipótese primária, que as mulheres sejam requisitadas pelo tráfico para realização de atividades subalternas, sendo na maioria das vezes vítimas da própria situação de vulnerabilidade e condição econômica. Sujeitam-se, entretanto, a mesma punibilidade atribuída aos homens que desempenham atividades de maior potencial ofensivo, portanto, submetidas à discriminação de gênero pelo sistema penal. Como hipótese secundária, estabelece-se a hipotética ideia de que a lei é igual para todos e, como consequência, o sistema penal não seria discriminatório quanto ao gênero por supor-se tratar homens e mulheres indistintamente.

Como objetivo geral, a pesquisa visa analisar se as mulheres estão sujeitas a uma dupla discriminação de gênero, seja pelo fato de serem mulheres, seja pelo modo como são tratadas pelo tráfico de drogas e pelo sistema penal. A pesquisa é então dividida em três fases distintas, correspondendo cada qual a um objetivo específico: a primeira fase visa estudar o gênero e a criminologia feminista, sendo contextualizadas as escolas criminológicas, a seletividade do sistema penal, a construção teórica de gênero e a criminologia crítica feminista; a segunda fase apresenta o objetivo de verificar o surgimento do tráfico de drogas e das legislações sobre drogas, sendo feita uma análise crítica à política de combate às drogas no mundo e no Brasil; a terceira fase propõe-se a estudar o gênero mulher, a motivação da inserção e atuação desta no tráfico de drogas e a discriminação sofrida no sistema penal, sobretudo, no sistema carcerário, a partir da contribuição da criminologia feminista.

A relevância social da pesquisa justifica-se a partir do próprio tema que visa trazer ao debate questões pertinentes relacionadas ao feminismo e à criminologia, os quais abordam questões polêmicas que geralmente passam despercebidas pela socieda-

de e pela própria academia quanto às discriminações que sofrem as mulheres por se associarem ao tráfico e em função da punibilidade seletiva à qual são submetidas pelo poder estatal. De modo a cumprir com os objetivos propostos, aplicou-se ao estudo o método dedutivo, sendo a pesquisa exploratória, descritiva, de abordagem qualitativa e de base documental secundária. Utilizou-se técnicas de pesquisa bibliográfica e legal, com consulta a livros, revistas especializadas e material coletado via internet, especialmente de sites institucionais e autores concernentes à criminologia crítica.

### **Mulheres, gênero e criminologia feminista: breves considerações teóricas**

O termo criminologia, etimologicamente, provém do latim e do grego crimino + logia, ou seja, estudo do crime (HOUAISS; VILLAR; FRANCO, 2009). Trata-se, portanto, de uma ciência humana e social que estuda o crime de forma interdisciplinar e empírica, assim como os elementos constituintes deste, como o criminoso, a vítima e o controle social exercido sobre a prática delitiva (DE MOLINA; GOMES, 2002).

A primeira corrente de estudos criminológicos ficou conhecida como escola clássica, no século XVIII, cujo principal marco teórico se encontra na obra *Dos Delitos e das Penas*, de Cesare Beccaria, na qual o autor denuncia a irregularidade dos processos criminais, a barbárie das penas e os abusos do poder sem limites. Nas palavras do próprio autor:

[...] os tormentos atrozes que a barbárie inflige por crimes sem provas, ou por delitos quiméricos; o aspecto abominável dos xadrezes e das masmorras, cujo horror é ainda aumentado pelo suplício mais insuportável para os infelizes, a incerteza; tantos métodos odiosos, espalhados por toda parte, deveriam ter despertado a atenção dos filósofos, essa espécie de magistrados que dirigem as opiniões humanas. (BECCARIA, c1764, p. 8).

Desse modo, a escola clássica, por meio do método lógico-dedutivo, parte da ideia de que o homem é um ser livre capaz de refletir e tomar decisões, estando a conduta humana associada

ao prazer e à dor, por conseguinte, a conduta delitiva seria o resultado da análise racional das vantagens e desvantagens auferidas pelo ato delitivo. Logo, “para que as leis e as sanções penais previnam eficazmente o delito, devem ser racionais” (MAILLO, 2007, p. 65).

Já no século XIX, superando a especulação do método abstrato e dedutivo da escola clássica, surge a corrente de estudos criminológicos denominada escola positivista, cuja metodologia empírica, baseada na observação e análise científica, permitiria que a criminologia assumisse o status de ciência autônoma (DE MOLINA; GOMES, 2002).

A escola positivista apresenta como marco inicial a obra *L’Uomo Delinquente* de Cesare Lombroso, o qual, por meio da antropometria e da fisionomia, ou seja, de disciplinas como a antropologia, medicina e psiquiatria, desenvolveu a teoria do delinquente nato, a qual afirma que a delinquência é nata ao homem como resultado de suas características físicas, o autor buscava, assim, estabelecer um perfil para os criminosos associando-o às anomalias psíquicas e à loucura (ANITUA, 2008). O criminoso não viria a delinquir por vontade própria, mas haveria fatores que lhe fugiriam ao controle e que o predisporiam a delinquir (MAILLO, 2007).

Não obstante a escola positivista ser passível de críticas, destaca-se que as contribuições dadas por pesquisadores como Lombroso, Garófalo e Ferri possibilitaram o surgimento de novas teorias e paradigmas acerca do crime, permitindo o desenvolvimento da criminologia como ciência.

### **Criminologia crítica: seletividade do sistema penal**

Entre os novos paradigmas, destaca-se a teoria do labelling approach. Esta teoria apresenta como objeto de pesquisa a criminalidade e o criminoso, porém com um enfoque não somente no fenômeno criminal ou no sujeito criminalizado, mas analisando também o sistema penal e os processos de criminalização deste, bem como todo o sistema social desencadeador do desvio (BARATA, 2011).

Desenvolve-se, portanto, um novo paradigma criminológico, denominado de criminologia crítica, também conhecida como nova criminologia, cujo referencial passa pela crítica aos desiguais direitos presentes no direito penal. Isso porque observava-se uma seletividade do sistema penal ao criminalizar as classes menos favorecidas (BARATA, 2011). A criminologia crítica, então, estuda o criminoso e o crime, avaliando o conceito de delito e a reação social, bem como os procedimentos criminalizantes (ANITUA, 2008).

Nesse sentido, constata-se que o sistema penal, ao invés de combater o crime por meio de medidas preventivas e ressocializadoras, acaba por selecionar sujeitos que seriam etiquetados dentro de um determinado estereótipo criminal. Surge assim a teoria do *second code*, uma espécie de segundo código, prático, não positivado e que, de acordo com Berla (2014, p. 309), é responsável pela filtragem dos atos desviantes, orientando a persecução penal com base nas “estruturas de poder e dominação da sociedade”.

Nota-se, portanto, que a seletividade do sistema penal fez com que alguns crimes fossem eleitos como prioritários a serem combatidos, frequentemente recaindo sobre a parcela mais pobre da população; sendo outros crimes ignorados, privilegiando as parcelas mais ricas. Surge assim a denominada cifra oculta de criminalidade que, segundo Maillou (2007) consiste nos crimes não selecionados ou não punidos pelo sistema, justamente por envolver pessoas de poder ou nível social-econômico mais elevado. Esta seleção econômica, segundo a teoria estrutural-funcionalista, apresenta uma função ideológica na medida em que associa a criminalidade às classes mais pobres da sociedade (BARATTA, 2011).

Dessa forma, distinguem-se duas formas de criminalização: a primária e a secundária. A criminalização primária é aquela que se refere à criação da lei penalizadora direcionada a uma classe de pessoas específica, trata-se da tipificação da conduta delitiva eleita pelo legislador; enquanto a criminalização secundária se refere à aplicação da lei punitiva exercida pelo sistema penal, representada pela persecução penal realizada por órgãos estatais, como a polícia, o Ministério Público e o Poder Judiciário (BARA-

TTA, 2011; ZAFFARONI et al, 2003). Nessas condições, Foucault destaca que

[...] seria hipocrisia ou ingenuidade acreditar que a lei é feita para todo mundo em nome de todo mundo; que é mais prudente reconhecer que ela é feita para alguns e se aplica a outros; que em princípio ela obriga a todos os cidadãos, mas se dirige principalmente às classes mais numerosas e menos esclarecidas; que, ao contrário do que acontece com as leis políticas ou civis, sua aplicação não se refere a todos da mesma forma; que nos tribunais não é a sociedade inteira que julga um de seus membros, mas uma categoria social encarregada da ordem sanciona outra fadada à desordem. (FOUCAULT, 2008, p. 229).

Portanto, as criminalizações primária e secundária desmistificam o direito penal como um direito igual para todos, revelando, assim, a seletividade do sistema penal, a estigmatização e o etiquetamento das classes subalternas pela sociedade e pelo próprio Estado, conforme a teoria do *labelling approach*.

### **Feminismo: construção das categorias teóricas de gênero**

O feminismo enquanto movimento social fala em nome das mulheres, expressando nas suas demandas a pluralidade de pensamentos e abarcando a singularidade e a heterogeneidade de ideias (ALIMENA, 2010; ANDRADE, 2003). Logo, o movimento feminista é delimitado por ondas que se dividem em três fases, tutelando diferentes tipos de direitos de acordo com o contexto histórico vigente (FRASER, 2007).

A primeira onda feminista surge com o direito liberal do século XX. Esta buscava igualdade de direitos entre homens e mulheres, caracterizava-se pela luta política contra a discriminação sexual; buscava acesso igualitário ao trabalho e à educação; era favorável à igualdade entre os cônjuges e ao divórcio; e lutava pela liberdade sexual, contracepção e aborto (ALIMENA, 2010). Nesta onda o feminismo luta pela conquista de direitos reservados exclusivamente aos homens, mas também contra a repressão imposta pelo patriarcado (NARVAZ; KOLLER, 2006).

A segunda onda do feminismo relaciona-se com a diferença, ao invés de buscar exclusivamente a igualdade. Esta visa o reco-

nhecimento das diferenças entre homens e mulheres, abordando temas como estupro, assédio sexual, pornografia e violência sexual (ALIMENA, 2010). Como resultado, observa-se a necessidade de proteção de direitos não apenas de um grupo exclusivo formado por mulheres brancas, heterossexuais e de classe média, mas também de grupos de mulheres formados por mulheres negras, lésbicas, trabalhadoras e pobres (FRASER, 2007).

A terceira onda feminista apresenta como pauta de estudo a diversidade dentro do próprio grupo e as relações de gênero (NARVAZ; KOLLER, 2006). Os problemas pontuados por esta são as opressões, dentro do próprio grupo, relacionadas à “intersecção de raça, classe, sexualidade e outros diversos fatores com o gênero” (ALIMENA, 2010, p. 21). A atuação desta onda no Brasil resultou, em 1984, na adoção das Delegacias de Mulheres destinadas ao atendimento de violência de gênero, além de alterações no sistema penal (ANDRADE, 2003).

No movimento feminista, inicialmente, o vocábulo gênero era utilizado para indicar as diferenças biológicas entre homens e mulheres (NARVAZ; KOLLER, 2006). Posteriormente, com a terceira onda, o termo passou a ter um sentido mais amplo, indicando a organização social da relação entre os sexos e mostrando-se mais apropriado para pesquisas científicas ao conceder uma neutralidade ao termo mulher. Assim, o termo gênero apresenta-se como universal, indicando não mais diferenças biológicas, mas construções culturais de origens exclusivamente sociais das identidades subjetivas de homens e mulheres. O termo apresenta duas proposições conexas, as relações sociais baseadas no sexo e as relações de poder, sendo que as relações de gênero se subdividem em quatro elementos. O primeiro está associado a símbolos culturais; o segundo, aos conceitos normativos no âmbito das relações sociais; o terceiro, à visão política institucional e social, além da visão de parentesco; e o quarto, à abordagem da identidade subjetiva (SCOTT, 1995).

A análise dessas questões oferece novas perspectivas para velhas questões, possibilitando uma reflexão sobre as estratégias políticas, a partir da redefinição do termo gênero em condições de igualdade político-social, de forma que haja a inclusão de sexo, raça e classe (SCOTT, 1995).

## **Gênero e criminologia crítica: construção da criminologia feminista**

A criminologia feminista, com o intuito de compreender o tratamento dado pelo sistema penal às mulheres vítimas ou autoras de crimes, sob o enfoque da criminologia crítica e dos movimentos feministas, supera a ideia biológica de delinquência a favor do estudo dos fatores sociais, abrindo, assim, espaço à discussão de gênero. Para Baratta, Streck e Andrade (1999), a construção social de gênero atribui papéis diferenciados aos homens e mulheres em áreas como trabalho, produção e política, cujo resultado ocasiona, conforme Campos e Carvalho (2011), discriminações e violências do sistema patriarcal na produção e aplicação do direito penal, revelando-se, desse modo, uma esfera exclusivamente masculina.

Até o final da década de 1970 os estudos sobre criminologia feminista eram escassos, a mulher vista como um ser inferior era praticamente excluída do poder punitivo estatal, representando 3 a 4% da população prisional, sendo que o discurso simplista afirmava que se há menos mulheres na prisão significa que elas delinquem menos (ZAFFARONI, 1993). As mulheres eram vistas como vítimas, porém a moral sexual as estereotipava como desonestas caso fossem identificadas como prostitutas e logo as convertia em acusadas ou réis (ANDRADE, 2012).

Com a criminologia crítica, surge a tendência à descriminalização de condutas tipificadas como crime (adultério, casa de prostituição, aborto etc.) e a criminalização de condutas como violência doméstica e assédio sexual. As penas em caso de feminicídio são agravadas e os crimes sexuais como o estupro são redefinidos. Nota-se, ainda, que o auxílio prestado pelo sistema penal às mulheres vítimas de violências gerava uma dupla vitimização por essas serem submetidas a julgamentos e dúvidas pelo próprio sistema penal, opressor e sexista. Portanto, é com a teoria de gênero abarcada pela criminologia feminista que surgem as delegacias especializadas e as instituições de apoio às mulheres vítimas de violência (ANDRADE, 2012).

Enfim, destaca-se ainda as contribuições da criminologia negra que revela a complexidade da discriminação racial, de gênero e de classe sofrida por mulheres negras. A criminologia queer,

termo este associado à comunidade LGBT (lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais e transgêneros), possibilita o diálogo com novos sujeitos criminológicos, além de revelar os crimes de ódio como estupros corretivos dos quais são vítimas as mulheres homossexuais. Já, a criminologia feminista marginal traz à discussão questões associadas às mulheres negras, lésbicas e indígenas dentro de um contexto social de busca por igualdade de direitos (CAMPOS; CARVALHO, 2011).

### **Crítica à legislação de drogas: breve relato sobre o tráfico no mundo**

As drogas fazem parte da história da humanidade, sendo utilizadas pelos mais variados motivos: medicinal, religioso, afrodisíaco, bélico, recreativo, na caça e pesca, etc. Todavia a conceituação daquelas faz com que seja reunido em um único grupo um grande número de substâncias. Nesse sentido, a Organização Mundial de Saúde define como droga toda substância capaz de provocar alterações psíquicas e motoras, podendo inclusive causar dependência, que é “o impulso psicológico que leva ao uso contínuo da substância, para provocar prazer ou evitar o mal-estar provocado por sua falta” (KARAM, 1993, p. 26).

Ao longo do ano de 2016 cerca de 275 milhões de pessoas consumiram algum tipo de droga, é o que aponta o Relatório Mundial sobre Drogas, publicado em junho de 2018 pelo Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crimes (UNODC). O número de usuários entre 15 e 64 anos de idade permaneceu estável na casa de 5,6% da população mundial. No entanto, o relatório indica que a produção de drogas ilícitas, como a cocaína e o ópio, bateu recordes de produção com a estimativa de 1.410 e 10.500 toneladas, respectivamente, além de o uso não medicinal de medicamentos prescritos à base de opioides ter sido responsável por 76% das mortes relacionadas ao uso de drogas (UNODC, 2018).

As drogas podem ser definidas como lícitas e ilícitas, as lícitas são aquelas que podem ser comercializadas, enquanto as ilícitas são proibidas. Ocorre que algumas substâncias lícitas são tão prejudiciais quanto as ilícitas, podendo causar dependência

física ou psíquica, como é o caso do álcool (KARAM, 1993). A definição da licitude ou ilicitude das drogas gera leis criminalizantes que muitas vezes confundem o autor delinquente com a vítima usuário, criando assim novos estereótipos e formas de controle social que mascaram os reais problemas associados às drogas (DEL OLMO, 1990).

O que motivou o combate às drogas foram os fins econômicos. Primeiramente, o interesse dos Estados Unidos da América (EUA) em expulsar os chineses que viviam em seu território e competiam no mercado de trabalho americano. Posteriormente, os EUA, invocando a moral e os bons costumes, mas na verdade interessado em frear o monopólio inglês sobre o comércio de opiáceos na China e Índia, convocaram a Convenção de Haia, em 1912, para ratificar a Convenção de Xangai, de 1909, e assim estabelecer uma política de controle internacional de drogas (DEL OLMO, 1990).

Porém, nos anos 1960, quando as drogas saem dos guetos – cujos consumidores eram negros, latinos, pobres e/ou delinquentes – e ocupa o espaço do mercado central, iniciando a fazer parte da realidade de jovens brancos da classe média norte-americana, é que essas tornam-se ilícitas (KARAM, 1993). Em contrapartida, iniciou-se o discurso médico sanitário a ponto de a Corte Suprema de Justiça dos Estados Unidos afirmar que o consumidor não era delinquente, como consequência, separando a figura do consumidor, considerado um doente, do estereótipo de traficante (DEL OLMO, 1990).

Contudo, foi na década de 1970 que se impôs o paradigma norte-americano de combate às drogas na América Latina. Assim, se os habitantes da favela fossem pegos com apenas um par de cigarros de maconha, esses já eram estereotipados como criminosos e condenados a severas penas, enquanto os ditos meninos de bem, que cultivavam a planta em casa, eram mandados a clínicas de reabilitação. Já nos anos 1980 os Estados Unidos impuseram uma política internacional de combate às drogas, visando coibir a entrada sobretudo de cocaína em seu território. Várias operações e muitos tratados de extradição de traficantes foram assinados, ampliando a jurisdição norte-americana na América Latina (DEL OLMO, 1990).

Em 1988, a Organização das Nações Unidas promove a Convenção das Nações Unidas Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, cuja finalidade consiste em combater o tráfico de drogas. Sendo a Convenção incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto nº. 154, de 26 de junho de 1991 (BRASIL, 1991).

### Um olhar sobre a questão no Brasil

A criminalização das drogas no Brasil inicia-se com as Ordenações Filipinas, em seu Título 89 do Livro V, do qual destaca-se “que ninguém tenha em sua casa rosalgar<sup>3</sup>, nem o venda, nem outro material venenoso” (ALMEIDA, [1998], Livro V, tit. 89). Posteriormente, a matéria não foi abordada no Código Penal de 1830, sendo que o Código Penal Republicano, de 1890, ao regular os crimes contra a saúde, proibiu expressamente alguns tipos de substâncias tóxicas (CARVALHO, 2013).

Com o aumento do consumo de drogas no início do século XX, surge a necessidade da regulamentação destas, a qual se dá por meio de uma série de decretos juntamente com a Consolidação das Leis Penais, de 1932. Assim, tem-se o Decreto nº. 20.930, de 1932, o qual versa sobre o comércio de substâncias entorpecentes, e o Decreto nº. 24.505, de 1934, que dá uma nova redação sobre o tema. Bem como o Decreto nº. 780, de 1936, referente à criação da comissão permanente de fiscalização de entorpecentes, alterado e complementado pelo Decreto nº. 2.953, de 1938 (CARVALHO, 1996). Destaca-se ainda o Decreto-lei nº. 891, de 1938, elaborado a partir da Convenção de Genebra de 1936, o qual “traz normas relativas a produção, tráfico e consumo, juntamente com a relação de substâncias consideradas tóxicas e que, logicamente, deveriam ser proibidas pelos países que ratificassem a orientação da Convenção” (CARVALHO, 1996, p. 25-26).

Em 1940, o Código Penal disciplina a matéria, proibindo importação, exportação, venda, transporte, armazenamento ou entrega ao consumo, mesmo que gratuita, de substância entorpecente (BRASIL, 1940). Com o Decreto nº. 54.216, de 1964, o

3 Rosalgar: designação popular do sulfeto de arsênio, de fórmula  $As_2S_3$ , que é um veneno muito utilizado para matar ratos (ROSALGAR, 2003-2018).

Brasil promulga a Convenção Única sobre Entorpecentes, aderindo à política internacional de combate às drogas. Já com o Decreto-lei nº. 159, de 1967, os entorpecentes foram associados a substâncias que causam dependência física e/ou psíquica. Sendo que a partir do Decreto-lei nº. 385, de 1968<sup>4</sup>, inicia-se a criminalização do usuário de drogas com as mesmas sanções impostas ao traficante (CARVALHO, 1996).

Com a lei nº. 5.726, de 1971, acompanhando a legislação estrangeira, a política de repressão ao tráfico de drogas se torna mais severa, todavia, reevoca-se o discurso do usuário como doente e o traficante como criminoso (CARVALHO, 1996). O problema, porém, reside no fato da legislação descriminalizar o dependente químico/psíquico, mas não diferenciar o experimentador e o usuário eventual da figura do traficante, modelo em vigor até os dias atuais (D'ELIA FILHO, 2008). Foi só com a lei nº. 6.368, de 1976<sup>5</sup>, que a criminalização do porte de drogas para uso pessoal foi considerado um delito de menor potencial ofensivo, com pena de até dois anos de detenção, podendo, a partir da lei nº. 9.099, de 1995<sup>6</sup>, ser convertida em pena restritiva de direitos, sendo ofertada a transação penal (CARVALHO, 1996; KARAM, 2008).

4 Art 1º O artigo 281 do Código Penal (Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940), modificado pela Lei nº 4.451, de 4 de novembro de 1964, passa a vigorar com a seguinte redação: Art. 281. Importar ou exportar, preparar, produzir, vender, expor a venda, fornecer, ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a consumo substância entorpecente, ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou de desacôrdo com determinação legal ou regulamentar: (Comércio, posse ou facilitação destinadas à entorpecentes ou substância que determine dependência física ou psíquica.). Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa de 10 a 50 vezes o maior salário-mínimo vigente no país.

§ 1º **Nas mesmas penas incorre quem ilegalmente: [...]** III - **traz consigo, para uso próprio**, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica. (Matérias-primas ou plantas destinadas à preparação de entorpecentes ou de substâncias que determine dependência física ou psíquica.). (BRASIL, 1968 – grifo nosso).

5 Art. 16. Adquirir, guardar ou trazer consigo, para o uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: **Pena - Detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos**, e pagamento de (vinte) a 50 (cinquenta) [sic] dias-multa (BRASIL, 1976, grifo nosso).

6 Art. 60. O Juizado Especial Criminal, provido por juizes togados ou togados e leigos, tem competência para a conciliação, o julgamento e a execução das infrações penais de menor potencial ofensivo, respeitadas as regras de conexão e continência. Parágrafo único. Na reunião de processos, perante o juízo comum ou o tribunal do júri, decorrentes da aplicação das regras de conexão e continência, **observar-se-ão os institutos da transação penal** e da composição dos danos civis. Art. 61. **Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo**, para os efeitos desta Lei, **as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos**, cumulada ou não com multa (BRASIL, 1995, grifo nosso).

A Constituição de 1988, em seu art. 5º, XLIII<sup>7</sup>, considera o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas um crime equiparado aos crimes hediondos, logo, inafiançável e insuscetível de graça ou anistia (BRASIL, 1988). E, apesar da confusa redação da lei nº. 10.409, de 2002, sobre a repressão às drogas, convém ressaltar que esta foi revogada pela lei nº. 11.343, de 2006<sup>8</sup>, a qual promove uma nova política pública criminal sobre as drogas e na qual distingue-se o traficante do usuário, devendo este ter uma pena mais branda por ser considerado uma vítima. Enfatiza-se que não houve uma descriminalização quanto ao porte de drogas para consumo próprio, mas alterações das sanções com a finalidade de possibilitar uma descarcerização (D'ELIA FILHO, 2008; CARVALHO, 2013).

### Crítica à legislação de drogas

Segundo o relatório do Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC), o excessivo uso da pena de prisão para pequenos crimes ligados às drogas é ineficaz ao combate da reincidência, sobrecarregando o sistema da justiça penal e impossibilitando a lida eficiente dos crimes considerados mais graves (ORGANIZAÇÃO, 2016).

Nesse sentido, apesar da atual Lei de Drogas, lei nº. 11.343/2006, trazer mudanças positivas, ainda há muito o que se discutir. Por exemplo, a atual legislação ainda criminaliza a posse para o uso pessoal, apresentando sanções que variam de advertência à prestação de serviços ou às medidas educativas (GOMES, 2007). Ademais, o § 2º do art. 28, da lei nº. 11.343/2006<sup>9</sup>, dá

7 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem (BRASIL, 1988).

8 Art. 1º Esta Lei institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de **usuários e dependentes de drogas**; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas e define crimes (BRASIL, 2006 – grifo nosso).

9 Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: § 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos anteceden-

margem à discricionariedade judicial quanto à determinação de tráfico ou consumo pessoal (BRASIL, 2006). Observa-se ainda que o modelo proibicionista criminalizador gera grupos que se organizam com a finalidade de produzir e comercializar produtos ilícitos, sendo a violência um subproduto dessas organizações criminosas e não resultado do consumo desses produtos, sem falar nos riscos de contaminação por doenças infecto contagiosas dos usuários recolhidos ao sistema prisional (KARAM, 1993).

Outro ponto controverso seria o discurso médico-jurídico sobre a preservação da saúde pública que confronta a autonomia da vontade do indivíduo, nesse sentido Karam (1993, p. 126) expõe que “a destinação pessoal não se compatibiliza com o perigo para os interesses jurídicos alheios. São coisas conceitualmente antagônicas [...], sendo totalmente fora de lógica sustentar que a proteção à saúde pública envolve a punição das drogas para uso pessoal”. Logo, seria adequada a separação do direito e da moral, pois “pensar o uso de drogas do ponto de vista dos envolvidos com a situação-problema impõe perceber a conduta como autônoma e o dano como próprio (autolesão)” (CARVALHO, 2013, p. 408). Portanto, o Estado não tem autoridade para penetrar e interferir na vida privada do cidadão.

Além disso, a questão do cultivo para consumo próprio revela-se polêmica, haja vista que essa depende da análise subjetiva do juízo para determinar o que seria consumo próprio, e a questão relativa às tradições e ao patrimônio cultural de povos originários, indo de encontro ao disposto no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto nº. 592, de 1992<sup>10</sup>, o qual aduz que as minorias étnicas não devem ser privadas de sua cultura e de suas crenças religiosas (KARAM, 2008; BRASIL, 1992).

tes do agente (BRASIL, 2006).

10 Art. 27. Nos Estados em que haja minorias étnicas, religiosas ou linguísticas, as pessoas pertencentes a essas minorias não poderão ser privadas do direito de ter, conjuntamente com outros membros de seu grupo, sua própria vida cultural, de professar e praticar sua própria religião e usar sua própria língua (BRASIL, 1992).

Observa-se também que o art. 27<sup>11</sup> da Lei de Drogas, ao estabelecer que as sanções previstas no art. 28<sup>12</sup> podem ser aplicadas cumulativamente, acaba gerando dupla criminalização e ferindo o princípio non bis in idem, segundo o qual ninguém poderá ser punido duas vezes pelo mesmo ato delituoso (CARVALHO, 2013).

Por fim, ressalta-se que a constitucionalidade do art. 28 da lei nº. 11.343/2006 está sendo questionada junto ao Supremo Tribunal Federal por meio do Recurso Especial 635.659, sob a alegação de que o porte de drogas para consumo pessoal não prejudica a saúde pública, sendo a criminalização deste uma violação do Estado ao princípio da intimidade (BRASIL, STF, RE nº 635.659, 2011).

## O papel da mulher no tráfico de drogas: uma análise histórico-social

Segundo estimativa do Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC), o tráfico de drogas movimenta anualmente cerca de 320 bilhões de dólares, tendo as políticas de repressão implantadas ao longo de 50 anos de combate não conseguido findá-lo. Pelo contrário, na América Latina os resultados e efeitos parecem ter sido opostos ao esperado em vários países, haja vista o recrudescimento da lei apresentar consequências negativas, como a superlotação carcerária devido ao elevado número de detenções de usuários (ORGANIZAÇÃO, 2015).

Segundo relatório do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) e da Secretaria Nacional da Juventude (SNJ), entre os anos de 2005 e 2012 o encarceramento no Brasil aumentou 74%, sobretudo pelo impulsionamento da prisão de jovens, negros e mulheres, revelando a seletividade do sistema penal. O perfil dos encarcerados revela ainda que a maioria se

11 Art. 27. As penas previstas neste Capítulo poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente, bem como substituídas a qualquer tempo, ouvidos o Ministério Público e o defensor (BRASIL, 2006).

12 Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trouxer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: I - advertência sobre os efeitos das drogas; II - prestação de serviços à comunidade; III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo (BRASIL, 2006).

encontra na faixa etária entre 18 e 24 anos, o número de negros presos é 1,5 vezes superior ao de brancos, sendo que o crescimento da população carcerária aumentou 70% para os homens e 146% para as mulheres (ORGANIZAÇÃO, 2015).

Observa-se que o aumento da produção e do comércio de substâncias ilícitas vem arregimentando um número maior de pessoas, isso porque o tráfico propicia oportunidades mais amplas que outros tipos de atividades ilegais, seja por se tratar de uma atividade doméstica, seja por minimizar os riscos presentes em outras atividades que envolvem força física, como nos casos de assalto, podendo ser exercido por mulheres e idosos (CHAVES, 1999).

Ademais, com um mercado de trabalho altamente concorrido e exigente de qualificação, o baixo grau de escolaridade acaba contribuindo para a inserção da mulher no tráfico de drogas, as quais encontram uma oportunidade em resposta às discriminações sociais e econômicas sofridas. Nota-se também que a situação econômica constitui um dos fatores determinantes à inserção da mulher nas atividades ilegais do tráfico de drogas, seja como meio de sustento de sua família, seja como suposta oportunidade de mudança de vida, sendo isso em função de o tráfico não exigir escolaridade, nem experiência laboral, além de se revelar como uma proposta tentadora por oferecer ganhos rápidos e significativos (NOVAES, 2010).

Constata-se, portanto, que o comércio ilegal de drogas não exige qualificação técnica. A venda de drogas é um mercado cujo fator idade não é determinante, podendo ser recrutadas mulheres de idade avançada que estariam excluídas do mercado formal de trabalho, assim como mulheres jovens que não interessariam ao mercado por questões trabalhistas (MELLO, 2010). Outro fator que contribui para que as mulheres se arrisquem nas atividades do tráfico de drogas, além do custeio do próprio consumo, seria a busca de reconhecimento social perante a sociedade. Entretanto, é notória a discriminação de gênero que as mulheres estão sujeitas no próprio tráfico. Além de receberem ganhos inferiores aos dos homens, executam papéis secundários na linha de frente, como o transporte de drogas, assumindo assim postos de maior

risco de captura pelas forças policiais, deixando dessa forma muitos homens impunes (DEL OLMO, 1998; MOURA, 2005).

A atividade de sacoleiro de drogas, justo por não precisar portar nenhuma arma nem sequer ser necessário participar da organização criminosa, é aquela que mais atrai mulheres e crianças, as quais acabam por envolver-se com o narcotráfico. Muito embora aquela seja uma atividade hierarquicamente inferior, é sobre ela que recai boa parte da força punitiva do Estado (D'ELIA FILHO, 2008). Reforça-se, portanto, a ideia de inferioridade quando são destinados às mulheres papéis subalternos dentro do tráfico, os quais não envolvem tanta periculosidade nem exigem tanto esforço à sua consumação, mas nem por isso menos perigos e passíveis de punições severas. Porém, para que se possa melhor compreender o envolvimento das mulheres com o tráfico de drogas, é imprescindível levar em consideração o contexto social, econômico, cultural e político no qual elas se encontram inseridas e os fatores determinantes que as levam delinquir.

### **O fator afetivo como determinante ao tráfico de drogas**

Sob o olhar da cultura, social e tradicional, a mulher é vista como um ser dócil e frágil, responsável pelos cuidados da casa e da família, com uma imensa capacidade amorosa, logo os atos delitivos não corresponderiam ao que a sociedade construiu e espera de sua conduta (PIMENTEL, 2013). Assim, essa construção açucarada na qual a mulher foi feita para o amor, para amar e receber amor, faz com que ela idealize o homem como um ser protetor e carinhoso, visão esta que nem os movimentos feministas dos anos 1960 e 1970 conseguiram desmistificar (LIPOVETSKY, 2000).

Nesse sentido, muito embora a mulher enfrente a forte concorrência dos homens no mercado de trabalho, buscando autonomia e equiparação salarial e social, fugindo da mera destinação de cuidar do lar que lhe é conferida pela sociedade; ainda assim, é nítida a distinção quanto aos homens, haja vista exercer funções sociais advindas de relações amorosas. Dessa forma, no contexto histórico-social, o casamento foi concebido e apropriado como um instituto que daria sentido à vida da mulher. Logo, a convivência com um homem lhe garantiria uma identidade ideal

como reflexo de um amor platônico que lhe traria uma espécie de completude. Como resultado, a mulher acaba se envolvendo com o tráfico devido ao contexto social, mas também devido ao fator afetivo (PIMENTEL, 2008).

Sob esse aspecto, as mulheres que se envolvem com o tráfico de drogas por questões afetivas acabam por distorcer a percepção de realidade em função do sentimento amoroso que as fazem alterar as suas relações com o mundo. Desse modo, a mulher acaba subjugando o seu ato criminoso a ponto de não se sentir uma criminosa por julgar estar auxiliando ou buscando auxiliar o seu companheiro. Nota-se então que a figura masculina ainda acaba por exercer uma forte influência sobre o comportamento da mulher (DE LIMA, 2014).

O fator afetivo, portanto, associado à influência masculina contribui para que a mulher venha a participar do tráfico de drogas. A mulher tende a ligar-se emocionalmente ao modelo masculino representado por seu pai, filho, companheiro ou esposo, participando do meio nos quais eles convivem, aceitando e exercendo cargos inferiores no tráfico de drogas. Isso ocorre porque dentro de uma criação social de gênero a mulher é vista como um ser destinado ao amor e à afetuosidade (PIMENTEL, 2008).

Assim, além do transporte de drogas como mulas, uma prática que leva muitas mulheres ao encarceramento é a do tráfico intramuros, ou seja, o ato de levar a droga para dentro do sistema prisional. Exploradas emocionalmente e assumindo o dever de cuidar de seu homem, representado por um companheiro ou marido, pai, filho ou ainda um irmão, elas são vistas como altamente úteis por conseguirem transportar certas quantidades de drogas sem serem notadas. Uma situação constatada é a prática denominada boi de piranha, na qual uma mulher deixa-se ser pega pela autoridade policial para que outra possa passar com uma quantidade maior de drogas (RAMOS, 2012).

Convém ressaltar que as descrições estereotipadas da mulher criminosa, formuladas por Lombroso, ainda continuam vivas e readaptadas à atualidade. Para o imaginário da sociedade, a mulher criminosa seria aquela que não se adaptou às obrigações do lar, de uma vida doméstica e familiar. Poderia ser também a

mulher que não se satisfaz com as atividades que lhes são destinadas pelo mercado de trabalho, por serem atividades menos valorizadas ou, quando iguais àquelas realizadas pelos homens, de remuneração inferior. Poderia ainda ser a mulher taxada como se apresentasse algum distúrbio biológico ou moral, simplesmente por ter relações afetivas consideradas anormais, pervertidas ou desonestas, sendo assim rotuladas como prostitutas ou loucas, segundo o status social (LEAL, 2014).

Conseqüentemente, a mulher definida como criminosa acaba sofrendo uma dupla punição, pois, a partir do momento em que ela não age de acordo com os preceitos estipulados pela sociedade, enfrentando as limitações e as condições de submissão que lhe são impostas, ao infringir a lei, ela sofre, além da punição primária estatal, também uma punição secundária, esta advinda da sociedade. Isso se dá por ela ter rompido com o modelo de gênero que lhe foi destinado, tendo de suportar, portanto, uma sobreposição de planos de opressão (LEAL, 2014).

Por fim, são dois os fatores essenciais que levariam uma mulher a se associar ao tráfico de drogas: o primeiro é o fator econômico, o qual se relaciona com a busca de espaços dentro da sociedade, espaços estes que lhe são negados devido a construções sociais e culturais, bem como, em função da discriminação de gênero que lhe concede um papel subalterno dentro da sociedade e mesmo dentro do próprio tráfico; o segundo fator é o afetivo, ligado ao ato de proteger aqueles com os quais ela se sente emocionalmente ligada e que a levaria a delinquir.

### **Sistema carcerário brasileiro: discriminação de gênero**

Não obstante as mulheres constituírem uma pequena parcela dos encarcerados em relação ao universo masculino, segundo o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN), em sua 2ª edição, realizado pelo Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça e da Segurança Pública, no ano de 2016 o número de mulheres privadas de liberdades chegou à cifra de 42 mil, representando um aumento de 656% entre os anos 2000 e 2016. No mesmo período o número de encarcerados homens chegou a 665 mil detentos, representando um aumento 293% (BRASIL, 2017).

Em junho de 2016, a população prisional feminina chegou à cifra de 42.355 mulheres em 1.418 unidades prisionais, sendo que 41.087 mulheres se encontravam no sistema penitenciário e outras 1.268 em secretarias de segurança e carceragens de delegacias. Das unidades computadas notou-se a disponibilidade de 27.029 vagas e um déficit de 15.326 postos, compondo uma taxa de ocupação de 156,7%, o que significa, em tese, que 16 mulheres ocupam o espaço que seria destinado a 10 mulheres. A taxa de aprisionamento para cada grupo de 100 mil mulheres corresponde a 40,6 mulheres presas (BRASIL, 2017).

A população carcerária feminina brasileira é a quarta maior do mundo, estando atrás somente dos Estados Unidos, da China e da Rússia. Ao se analisar a taxa de aprisionamento para cada grupo de 100 mil mulheres, o Brasil aparece na terceira posição, atrás apenas dos Estados Unidos e da Tailândia. Porém, em relação aos demais países, é possível observar um grande aumento na taxa de encarceramento no Brasil, enquanto países como os Estados Unidos, a China e a Tailândia tiveram um aumento de, respectivamente, 18%, 105% e 14%, a Rússia diminuiu em 2% e o Brasil surpreendentemente aumentou a sua taxa em 455% (BRASIL, 2017).

A seletividade penal torna-se evidente a partir do momento no qual um tipo penal se sobressai aos demais, indicando que o aparato estatal se encontra voltado à repressão de determinado tipo de crime. Da análise dos dados disponibilizados de 33.861 incidências tipificadas pelo Código Penal e legislações específicas, 62% referem-se ao crime de tráfico de drogas, dos quais 16% corresponde à associação ao tráfico e 2% ao crime de tráfico internacional de drogas, sendo as demais incidências relacionadas aos crimes de tráfico de drogas propriamente dito (BRASIL, 2017).

Ademais, contribuindo à seletividade do sistema penal, convém expor que os dados disponíveis quanto à raça/cor correspondem à 72% da população prisional feminina, dos quais 62% são mulheres negras, 37%, mulheres brancas e 1%, amarela, indígena e outras. Já os dados referentes à faixa etária revelaram que 50% da população prisional feminina é composta por mulheres jovens, de até 29 anos, conforme o Estatuto da Juventude, lei

nº. 12.852, de 2013. Por sua vez, quanto à escolaridade observou-se que apenas 15% da população prisional feminina completou o ensino médio, 17% apresenta o ensino médio incompleto e a grande maioria, 66%, nunca acessou o ensino médio, tendo destes apenas 15% completado o ensino fundamental e sendo 2% analfabetas (BRASIL, 2017).

Dessa forma, de acordo com a seletividade do sistema penal, evidencia-se que o grande encarceramento de mulheres no sistema prisional corresponde a mulheres pobres, geralmente negras, com baixo nível de escolaridade. Sem mencionar aquelas que poderiam estar auxiliando o homem que se encontrava na condição de traficante.

Outro ponto preocupante tocante à situação da mulher encarcerada, além da dupla punição social e penal, diz respeito à degradante situação do sistema prisional quanto à dignidade da condição feminina, o que se constitui em uma grave discriminação de gênero. No Brasil, os estabelecimentos prisionais são projetados para atender uma demanda concernente ao público masculino, não sendo adequados ao encarceramento feminino, mantendo a mulher em condições no mínimo precárias (FERNANDES, 2015).

Nesse sentido, inicialmente constata-se o déficit quanto à quantidade de unidades prisionais projetadas para atender o público feminino, pois 74% (1.067 unidades) destinam-se ao público masculino, 16% (244 unidades) são caracterizadas como mistas e somente 7% (107 unidades) atendem exclusivamente ao público feminino. Convém ressaltar que os estabelecimentos mistos, com alas e celas específicas para mulheres, apresentam uma arquitetura prisional destinada ao público masculino, tendo sido posteriormente adaptados às mulheres, portanto, inapropriados para atender todas as especificidades e serviços dignos destinados às mulheres, como áreas para as lactantes, gestantes e mulheres com filhos recém-nascidos e outros (BRASIL, 2017).

Assim, somente 55 unidades prisionais entre estabelecimentos femininos ou mistos apresentam celas dormitório para gestantes. Da mesma forma, somente 14% das unidades contam com berçário ou centro de referência materno-infantil destinados a bebês com até 2 anos de idade, ou seja, apenas 49 unidades se

encontram aptas para atender uma capacidade total de até 467 bebês. Destaca-se que em junho de 2016 havia 536 gestantes, 350 lactantes, sendo que somente 269 gestantes se encontravam em unidades com cela adequada. Nota-se ainda que apenas 3% das unidades (femininas ou mistas) apresentavam espaços para creche aptos a receberem crianças com mais de 2 anos, perfazendo um total de 72 vagas em todo o país (BRASIL, 2017).

Deve-se ressaltar, também, que somente 1 em 2 unidades femininas e 3 em 10 unidades mistas apresentam áreas apropriadas ao exercício do direito à visita social de familiares ou amigos. Ademais, somente 41% das unidades femininas e apenas 34% das unidades mistas possuem espaço específico para visita íntima (BRASIL, 2017).

Em síntese, da análise dos dados informados pelo INFOPEN, é nítida a inadequação e conseqüente discriminação do sistema prisional para com as mulheres, configurando-se novamente uma espécie de dupla punição, haja vista a pena privativa de liberdade ser cumprida de forma não digna a sua condição de mulher.

Constata-se, ainda, a discriminação de gênero para as mulheres quando se fala em acesso ao poder judiciário. As mulheres acabam encontrando uma maior dificuldade na busca por assistência judiciária, assim como na celeridade processual e na revisão das penas. Há de se mencionar também a discriminação que sofrem ao retornarem à sociedade, seja por serem ex-presidiárias, seja por assumirem atividades laborais subalternas ligadas à limpeza, costura, trabalhos domésticos, ou seja, atividades pouco competitivas no mercado de trabalho. Isso se dá também porque os cursos profissionalizantes disponibilizados no sistema prisional são muito escassos para mulheres, dificultando inclusive a remição de sua pena (LEAL, 2014).

Por fim, o que se observa no sistema carcerário, portanto, é que ele foi feito por homens e para homens, gerando uma castração da feminilidade da mulher recolhida ao sistema prisional. Conseqüentemente, esta castração simbólica da identidade feminina revela-se conveniente, sendo utilizada como uma estratégia pedagógica pela instituição estatal para a manutenção da ordem patriarcal vigente, representada preferencialmente por “mães

com seu eterno reino de silêncio no colo do pai, nos braços do marido ou na tutela do Estado” (LEAL, 2014, p. 11).

## Conclusões

A presente pesquisa apresentou como principal objetivo averiguar se as mulheres estão submetidas à discriminação de gênero pelo tráfico de drogas e pelo sistema penal. Para tal, primeiramente, buscou-se a compreensão quanto às escolas de criminologia com a finalidade de melhor enquadrar o problema em análise. Da mesma forma, verificou-se a criminalização do tráfico de drogas e o surgimento de políticas públicas associadas às drogas. Por fim, analisou-se a questão de gênero e o papel que a mulher incorre no tráfico e as discriminações às quais essa se encontra submetida no sistema penal.

Constatou-se, portanto, que foi somente a partir do desenvolvimento das teorias e escolas criminológicas que o gênero começou a ser estudado e compreendido, revelando-se assim a seletividade e discriminação típicas e operadas pelo sistema penal sobre as classes subalternas e, conseqüentemente, sobre as mulheres. Verificou-se que o crime de tráfico de drogas cometidos por mulheres apresenta diversas causas, sendo que a mais perceptível encontra-se diretamente ligada à questão social e à necessidade econômica. Outro destacado fator que contribui ao envolvimento das mulheres com o tráfico de drogas é o fator afetivo, haja vista o marido ou companheiro se encontrar envolvido com o tráfico. Logo, a marginalização, associada à questão econômica e aliada à afetividade são pressupostos que colocam a mulher em uma situação de vulnerabilidade e conseqüente introdução ao tráfico de drogas.

Da análise do sistema prisional, constatou-se que quase na totalidade das vezes os estabelecimentos de encarceramento são inapropriados e degradantes à mulher por serem projetados para indivíduos homens, desrespeitando direitos fundamentais básicos das mulheres. Ademais, o sistema carcerário representa uma forma de controle social estabelecido por um estado patriarcal excludente, o qual simplesmente se esqueceu das mulheres, submetendo-as a uma violência de gênero exacerbada.

É notório, também, o excesso do legislativo e judiciário na criminalização do porte de drogas para consumo próprio, penalizando indiretamente mulheres enquadradas como cúmplices, mas que sobretudo recebem penas como se fossem traficantes.

Por derradeiro, verificou-se ainda que igualmente no crime organizado, como no caso do tráfico de drogas, devido a uma sociedade machista patriarcal, a mulher também sofre discriminações, sendo geralmente relegada a funções subalternas e hierarquicamente inferiores, mas igualmente puníveis pela estrutura estatal, a qual se revela da mesma forma excludente e discriminantes às mulheres.

## Referências

- ALIMENA, Carla Marrone. **A tentativa do (Im)Possível: Feminismos e Criminologias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- ALMEIDA, Cândido Mendes de (ed.). **Ordenações Filipinas**. v. 1 a 5. Rio de Janeiro: [1998]. Disponível em: <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l5p1240.htm>. Acesso em: 22 nov. 2018.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas mãos da Criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão**. Rio de Janeiro: Revan, 2012.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema Penal Máximo x Cidadania Mínima: Códigos da violência na era da globalização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan; Instituto Carioca de Criminologia, 2008.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica ao direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2011.
- BARATTA, Alessandro; STRECK, Lênio Luiz; ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Criminologia e Feminismo: O paradigma do gênero: Da questão criminal à questão humana**. Porto Alegre: Sulina, 1999.
- BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Ridendo Castigat Mores, c1764.

BERLA, Gabriel Vieira. Reincidência: uma perspectiva crítica de um instituto criminógeno. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 82, ano 18, p. 309, jan.-fev. 2014.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso: 25 nov. 2018.

BRASIL. Decreto n°. 154, de 26 de junho de 1991. Promulga a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 27 jun. 1991. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D0154.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0154.htm). Acesso em: 24 nov. 2018.

BRASIL. Decreto n°. 2.953, de 10 de agosto de 1938. Modifica o art. 2º do decreto n. 780, de 28 de abril de 1936, que criou a Comissão Permanente de Fiscalização de Entorpecentes. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 11 ago. 1938a.

BRASIL. Decreto n°. 20.930, de 11 de janeiro de 1932. Fiscaliza o emprego e o comércio das substâncias tóxicas entorpecentes, regula a sua entrada no país de acordo com a solicitação do Comitê Central Permanente do Opio da Liga das Nações, e estabelece penas. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 16 jan. 1932.

BRASIL. Decreto n°. 24.505, de 29 de junho de 1934. Modifica as arts. 1º, 3º, 5º, 14, 22, 25, 26 e 58, do decreto n. 20.930, de 11 de janeiro de 1932. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 07 jul. 1934.

BRASIL. Decreto n°. 54.216, de 27 de agosto de 1964. Promulga a Convenção Única sobre Entorpecentes. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 01 set. 1964.

BRASIL. Decreto n°. 592, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 07 jul. 1992. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm). Acesso em: 28 nov. 2018.

BRASIL. Decreto n°. 780, de 28 de abril de 1936. Cria a comissão permanente de fiscalização de entorpecentes. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 06 mai. 1936.

BRASIL. Decreto-Lei n°. 385, de 26 de dezembro de 1968. Dá nova redação ao artigo 281 do Código Penal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 27 dez. 1968. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1965-1988/Del0385.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del0385.htm). Acesso em: 25 nov. 2018.

BRASIL. Decreto-lei n°. 159, de 10 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre as substâncias capazes de determinar dependência física ou psíquica, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 13 fev. 1967.

BRASIL. Decreto-Lei n°. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/91614/codigo-penal-decreto-lei-2848-40#art-281>. Acesso em: 25 nov. 2018.

BRASIL. Decreto-Lei n°. 891, de 25 de novembro de 1938. Aprova a Lei de Fiscalização de Entorpecentes. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 28 nov. 1938b.

BRASIL. Lei n°. 6.368, de 21 de outubro de 1976. Dispõe sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 22 out. 1976. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L6368.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6368.htm). Acesso em: 25 nov. 2018.

BRASIL. Lei n°. 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 27 set. 1995. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm). Acesso em: 25 nov. 2018.

BRASIL. Lei n°. 10.409, de 11 de janeiro de 2002. Dispõe sobre a prevenção, o tratamento, a fiscalização, o controle e a repressão à produção, ao uso e ao tráfico ilícitos de produtos, substâncias ou drogas ilícitas que causem dependência física ou psíquica, assim elencados pelo Ministério da Saúde, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 14 jan. 2002.

BRASIL. Lei n°. 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção

e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências.

**Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 24 ago. 2006. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm#art75](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm#art75). Acesso em: 26 nov. 2018.

BRASIL. Lei nº. 12.852, de 5 de agosto de 2013. Institui o Estatuto da Juventude e dispõe sobre os direitos dos jovens, os princípios e diretrizes das políticas públicas de juventude e o Sistema Nacional de Juventude - SINAJUVE. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 06 ago. 2013.

BRASIL. Lei nº. 5.726, de 29 de outubro de 1971. Dispõe sobre medidas preventivas e repressivas ao tráfico e uso de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 01 nov. 1971.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública **Levantamento nacional de informações penitenciárias INFOPEN Mulheres**. 2. ed. Brasília: Departamento Penitenciário Nacional, 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 635.659**, de 22 de fevereiro de 2011. Relator Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoDetalhe.asp?incidente=4034145>. Acesso em: 25 nov. 2018.

CAMPOS, Carmen Hein de; CARVALHO, Salo. Tensões atuais entre a criminologia feminista e a criminologia crítica: a experiência brasileira. In: CAMPOS, Carmen Hein de (org.). **Lei Maria da Penha Comentada em uma perspectiva jurídico-feminista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 143-172.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil: do discurso oficial às razões da descriminalização**. 1996. 365 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1996. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/106430>. Acesso em: 18 nov. 2018.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06**. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

CHAVES, Miguel. **Casal ventoso: da gandaia ao narcotráfico**. Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa. Lisboa: Imprensa de Ciências Sociais, 1999.

DE LIMA, Laisa Dannielle Feitosa. **Mulher e tráfico: a afetividade presente nas ações de mulheres envolvidas com o tráfico de drogas**. 2014. Disponível em: [http://eventos.livera.com.br/trabalho/98-1021259\\_30\\_06\\_2015\\_20-03-14\\_9187.PDF](http://eventos.livera.com.br/trabalho/98-1021259_30_06_2015_20-03-14_9187.PDF). Acesso em: 16 nov. 2018.

DE MOLINA, Antonio Garcia-Pablos; GOMES, Luiz Flavio. **Criminologia: introdução aos seus fundamentos teóricos: introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95, lei dos juizados especiais criminais**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

DEL OLMO, Rosa. **A face oculta da droga**. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

DEL OLMO, Rosa. Reclusion de mujeres por delitos de drogas reflexiones iniciales. **Revista Española de Drogodependencias**, v. 23, n. 1, p. 5-24, 1998. Disponível em: [http://www.cicad.oas.org/reduccion\\_demanda/esp/Mujer/venezuel.pdf](http://www.cicad.oas.org/reduccion_demanda/esp/Mujer/venezuel.pdf). Acesso em: 20 nov. 2018.

D'ELIA FILHO, Orlando Zaccone. **Acionistas do nada: quem são os traficantes de drogas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

FERNANDES, Waleiska. **População carcerária feminina aumentou 567% em 15 anos no Brasil**. Portal Conselho Nacional de Justiça, 05 nov. 2015. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80853-populacao-carceraria-feminina-aumentou-567-em-15-anos-no-brasil>. Acesso em: 23 nov. 2018.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 35.ed. Petrópolis: Vozes, 2008.

FRASER, Nancy. Mapeando a imaginação feminista: da redistribuição ao reconhecimento e à representação. **Revista Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 15, n. 2, p. 291-308, mai.-ago. 2007. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/S0104-026X2007000200002/1781>. Acesso em: 18 nov. 2018

GOMES, Luiz Flávio. **Lei de drogas comentada artigo por artigo: Lei 11.343/2006, de 23.08.2006**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Sales; FRANCO, Francisco Manoel M. **Dicionário eletrônico Houaiss da língua portuguesa 3.0**. Versão 3.0. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009. 1 CD-ROM.

KARAM, Maria Lúcia. **De crimes, penas e fantasias**. 2. ed. Niterói: Luam, 1993.

KARAM, Maria Lúcia. Legislações proibicionistas em matéria de drogas e danos aos direitos fundamentais: 2ª parte, **Verve**: Revista semestral autogestionária do Nu-Sol, São Paulo, n. 13, p. 255-280, 2008. Disponível em: <http://revistas.pucsp.br/verve/article/view/5208/3741>. Acesso em: 20 nov. 2018.

LEAL, Jackson da Silva. A mulher e o sistema penal: de vítima à infratora e a manutenção da condição de subalternidade. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, v.18, n. 27, p. 01-19, 2014. Disponível em: <http://seer.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/article/view/1295/1343>. Acesso em: 23 nov. 2018.

LIPOVETSKY, Gilles. **A terceira mulher**: permanência e revolução do feminino. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

MAILLO, Alfonso Serrano. **Introdução à criminologia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MELLO, Thaís Zanetti de. **(Des)velando os efeitos jurídico-penais da lei de drogas frente ao encarceramento feminino na Penitenciária Madre Pelletier em Porto Alegre**: em busca de alternativas viáveis. 2010. 334 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2010. Disponível em: <http://tede2.pucrs.br/tede2/handle/tede/4839>. Acesso em: 23 nov. 2018.

MOURA, Maria Jurema de. **Porta fechada, vida dilacerada-mulher, tráfico de drogas e prisão**: estudo realizado no presídio feminino do Ceará. 2005. 145 f. Dissertação (Mestrado em Políticas Públicas e Sociedade) – Universidade Estadual do Ceará, Fortaleza, 2005. Disponível em: [http://www.uece.br/politicasuece/dmdocuments/dissertacao\\_juruena\\_moura.pdf](http://www.uece.br/politicasuece/dmdocuments/dissertacao_juruena_moura.pdf). Acesso em: 29 nov. 2018.

NARVAZ, Martha Giudice; KOLLER, Sílvia Helena. Metodologias feministas e estudos de gênero: Articulando pesquisa clínica e política. **Psicologia em Estudo**, Maringá, v. 11, n. 3, p. 647-654,

set.-dez. 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/pe/v11n3/v11n3a20.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2018.

NOVAES, Elizabete David; MURARI, Ana Paula. Uma Reflexão Teórico-Sociológica acerca da inserção da Mulher na Criminalidade. **Revista Sociologia Jurídica**, n. 10, jan.-jun. 2010. Disponível em: <https://sociologiajuridica.net/uma-reflexao-teorico-sociologica-acerca-da-insercao-da-mulher-na-criminalidade/>. Acesso em: 20 nov. 2018.

ORGANIZAÇÃO das Nações Unidas. **'Guerra às drogas'**: Novas soluções anunciam fim da repressão ao consumo no Ocidente, destaca ONU. 05 nov. 2015. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/guerra-as-drogas-novas-solucoes-anunciam-fim-da-repressao-ao-consumo-no-ocidente-destaca-onu/>. Acesso em: 24 nov. 2018.

ORGANIZAÇÃO das Nações Unidas. **29 milhões de adultos dependem de drogas, aponta relatório do UNODC**. 24 jun. 2016. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/29-milhoes-de-adultos-dependem-de-drogas-aponta-relatorio-do-unodc/>. Acesso em: 24 nov. 2018.

PIMENTEL, Elaine. Amor bandido: as teias afetivas que envolvem a mulher no tráfico de drogas. In: Congresso Português de Sociologia. 2008. In: CONGRESSO PORTUGUÊS DE SOCIOLOGIA, *Mundos Sociais: Saberes e Práticas*, 6., 2008, Lisboa. **Anais [...]**. Lisboa: Faculdade de Ciências Sociais e Humanas, 2008. p. 01-14. Disponível em: <http://historico.aps.pt/vicongresso/pdfs/708.pdf>. Acesso em: 24 nov. 2018.

PIMENTEL, Elaine. O lado oculto das prisões femininas: representações dos sentimentos em torno do crime e da pena. **Revista Latitude**, Maceió, v. 7, n. 2, p. 51-68. 2013. Disponível em: <http://www.seer.ufal.br/index.php/latitude/article/view/1288/pdf>. Acesso em: 01 dez. 2018.

RAMOS, Luciana de Souza. **Por amor ou pela dor?** Um olhar feminista sobre o encarceramento de mulheres por tráfico de drogas. 2012. 126p. Dissertação (Mestrado em Direito, Estado e Constituição) – Universidade de Brasília, Brasília, 2012. Disponível em: [http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13758/1/2012\\_LucianadeSouzaRamos.pdf](http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13758/1/2012_LucianadeSouzaRamos.pdf). Acesso em: 01 dez. 2018.

ROSALGAR. In: Dicionário infopédia da língua portuguesa. Porto: Porto Editora, 2003-2018. Disponível em: <https://www.infopedia.pt/dicionarios/lingua-portuguesa/rosalgar>. Acesso em: 28 nov. 2018

SCOTT, Joan Wallach. Gênero: uma categoria útil de análise histórica. **Educação e Realidade**, Porto Alegre, v. 20, n. 2, p. 71-99, jul.-dez. 1995. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/educacaoerealidade/article/view/71721/40667>. Acesso em: 18 nov. 2018.

UNITED Nations Office on Drugs and Crime. **Relatório Mundial sobre Drogas de 2018: crise de opioides, abuso de medicamentos sob prescrição; cocaína e ópio atingem níveis recordes**. 2018. Disponível em: <http://www.unodc.org/lpobrazil/pt/frontpage/2018/06/relatorio-mundial-drogas-2018.html>. Acesso em: 25 nov. 2018.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La mujer y el poder punitivo. In: CAMACHO, Rosalia; FACIO, Alda (org.). **Sobre patriarcas, jerarcas, patrones y otros varones: Una crítica gênero sensitiva al derecho**. 1. ed. San José, CR: Ilanud. Proyecto Mujer y Justicia Penal, 1993. p. 89-99. Disponível em: <http://fundacionjyg.org/wp-content/uploads/2018/08/Sobre-patriarcas-jerarcas-patrones-y-otros-varones.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2018.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro: teoria geral do direito penal**. v.1. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2003.

## Efeitos da homologação - Questão de Ordem na Petição 7074

### *Effects of approval - question of order in petition 7074*

Vera Fischer Macarthy<sup>1</sup>

#### Resumo

O presente artigo visa discutir, sob a ótica da Questão de Ordem na Petição 7074 do Distrito Federal (PET 7074 QO/DF), os limites da atuação do magistrado e a atuação do Supremo Tribunal Federal (STF) no que tange a homologação dos acordos de colaboração premiada. Para tanto, buscou-se examinar as bases epistemológicas, usando a perspectiva metodológica sistêmico-construtivista e fenomenológica a fim de observar a efetividade da lei nº. 12.850/13, fomentando a comunicação inter- intra-sistêmica viabilizando uma explicação reflexiva da aplicação dos acordos de colaboração premiada e seus aspectos questionados devido ao emprego junto a Operação Lava Jato, justificando assim a importância do tema.

#### Considerações iniciais

A sociedade contemporânea é regida e modificada pelo processo da globalização e dos reflexos contínuos desta. Diante deste fenômeno, enfrenta um processo de expansão do direito penal, por meio do qual não logra êxito na empreitada contra a criminalidade organizada, a qual requer apropriada compreensão e caracterização do referido mecanismo visando o controle das atividades delitivas (BITENCOURT, 2014; CALLEGARI, 2011).

<sup>1</sup> Estudante de Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP); estagiária concursada no Tribunal Regional Federal (TRF), no gabinete do desembargador federal Fernando Quadros; membro do grupo de pesquisa Direito fundamental à segurança e direito de liberdade: a complexa harmonia em matéria penal, com a coordenação do professor Dr. André Machado Maya.

Insta salientar que ao utilizar-se da tutela penal o Estado punitivo, por meio da Lei das Organizações Criminosas, lei nº. 12.850/2013, disciplinou um novo conceito de organização criminosa, diferenciando-o da lei anterior e divergindo do conceito trazido pela Convenção de Palermo. Na esteira deste entendimento, tem sido reconhecida uma nova perspectiva probatória, semelhante à colaboração processual originária nos Estados Unidos e prevista nos artigos 4º a 7º da referida lei nº. 12.850/2013 (RIPOLLÉS, 2007; PACHECO, 2011; CALLEGARI, 2014).

Todavia, a pretensão do mecanismo de colaboração, a qual consiste em um acordo no qual há admissão de culpa e auxílio da autoridade policial para a obtenção de provas contra os demais autores da organização criminosa, resulta em questionamentos no que tange ao papel exercido pelo Supremo Tribunal Federal (STF) nos acordos de colaboração premiada (PEREIRA, 2016).

Partindo-se desta premissa, a PET 7074, a qual encontra-se inserida na conjuntura da Operação Lava-Jato, discutiu os limites da atuação do magistrado na homologação dos acordos de colaboração premiada, com base em posicionamentos anteriores em casos análogos (PEREIRA, 2016; CALLEGARI, 2019).

### **Acordo de delação premiada e a Petição 7074**

Em agosto de 2013 foi publicada a lei nº. 12.850, trazendo uma definição tipificada de organização criminosa, além de uma regulamentação dos mecanismos processuais na tentativa de combater a criminalidade organizada, ganhando destaque junto a Operação Lava-Jato (CALLEGARI, 2008; PEREIRA, 2016).

Consoante se verifica da simples leitura do dispositivo legal supracitado, o tema da colaboração é introduzido no artigo 4º da referida lei, abordando a premiação legal e/ou contrapartida não especificando os meios para a obtenção da colaboração, cabendo, assim, a regulamentação dessa ao juiz ou representante do Ministério Público (BRASIL, 2013).

Em consonância com essa interpretação, o acordo de colaboração premiada prevê a verificação da regularidade, legalidade e voluntariedade do acordo de colaboração por parte do relator, sendo definida como decisão inicial de homologação pelo ministro Edson Fachin (CALLEGARI, 2019).

Outrossim, cumprida a fase de homologação, o colaborador será ouvido pelo Estado-Acusador a fim de atribuir eficácia ao negócio jurídico firmado, sendo sentenciado (absolvido ou condenado). Observa-se que passará pela apreciação do Colegiado, fase esta denominada como decisão colegiada de mérito pelo Ministro Edson Fachin (CALLEGARI, 2019; PEREIRA, 2016).

Nesta esteira, enquanto a decisão colegiada de mérito não for estabelecida o acordo possui validade, devendo as partes cumprir nesse interregno o que foi acordado. Acerca dos efeitos da homologação levantados na PET 7074, para fins de conferir segurança jurídica, as decisões devem ser realizadas monocraticamente, vinculando o Plenário para a sentença. Contudo, há resistências no tocante à tese de obrigação do Plenário a aceitar as decisões do Ministro Relator (CALLEGARI, 2019).

Todavia, no caso em exame, há uma corrente contrária à vinculação do Tribunal à fase homologatória, estando esta alicerçada na lei nº. 12.850/2013, uma vez que em seu artigo 4º, §11 constaria previsão de apreciação do acordo homologado (BRASIL, 2013).

Outro ponto que merece destaque consiste na dúvida sobre os requisitos analisados para a homologação de um acordo, os quais estariam presentes no art. 4º, §7º da lei nº. 12.850/2013, tratando da regularidade, legalidade e voluntariedade do acordo de colaboração de forma muito ampla (CALLEGARI, 2019).

### **Considerações finais**

Ex positis, a Questão de Ordem trazida pelo ministro Edson Fachin na PET 7074 QO/DF possuía dois pontos principais a serem debatidos, sendo estes o papel do Relator na homologação dos acordos de colaboração premiada e a competência do Tribunal Pleno na etapa da sentença.

Desta feita, a maioria dos votos defendeu a segunda fase em Plenário, pois estaria a decisão, em uma primeira análise, precária, não tendo legitimidade para ponderar o mérito dos termos do acordo.

Todavia, a pretensão deduzida na PET 7074 não sanou dúvidas diretamente ligadas à Questão de Ordem, restando apreciado que o Ministro Relator, na fase homologatória, deve, monocraticamente, analisar os requisitos de regularidade, legalidade e voluntariedade. Decisão esta que não oferece segurança jurídica.

## Referências

BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. **Comentários à lei de organização criminosa**: Lei 12.850/2013. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Decreto-Lei nº. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. In: VADE MECUM. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Lei nº. 12.850, de 02 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 05 ago. 2013. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm). Acesso em: 25 abr. 2019.

CALLEGARI, André Luís; ANDRADE, Roberta Lofrano. Sociedade do risco e direito penal. In: CALLEGARI, André Luís (org.). **Direito penal e globalização**: sociedade do risco, imigração irregular e justiça restaurativa. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

CALLEGARI, André Luís; MELIÁ, Manuel Cancio; BARBOSA, Paula Andrea Ramírez. **Crime Organizado**: Tipicidade – Política Criminal – Investigação e Processo: Brasil, Espanha e Colômbia. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. **Lavagem de dinheiro**. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

CALLEGARI, André Luís; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. Crime Organizado: conceito e possibilidade de tipificação diante do contexto de expansão do direito penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 17, n. 79, 2009.

CALLEGARI, André Luís; LINHARES, Raul Marques. **Colaboração Premiada**: Lições práticas e teóricas de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

CORNELLI, Roberto. **Miedo, criminalidad y orden**. Tradução Flavia Valgiusti, Joaquín Octavio Marcet e Carla Amans. Montevideú: Editorial B de F, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: RT, 2002.

GARCÍA, José Ángel Brandariz. **Política criminal de la exclusión**: el sistema penal en tiempo de declive del estado social y de crisis del estado-nación. Granada: Comares, 2007.

JAKOBS, Günter. **Sobre la normatización de la dogmática jurídico-penal**. Tradução Manuel Cancio Meliá e Bernardo Fijó Sánchez. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2004.

JAKOBS, Günter; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo**. Tradução André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo Noções Críticas**. Organização e tradução André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MAGLIE, Cristina de. Gli infiltrate nelle organizzazioni criminali: due ipotesi di impunità. **Revista Italiana di Diritto e procedura penale**, Milano, n. 36, p. 1.049-1.072, 1993.

MELIÁ, Manuel Cancio. **Estudios de derecho penal**. Peru: Grández Gráficos, 2010.

PACHECO, Rafael. **Crime Organizado - Medidas de controle e infiltração policial**. Curitiba: Editora Juruá, 2011.

PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação Premiada: Legitimidade e Procedimento**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2016.

RIPOLLÉS, José Luis Díez. **La política criminal en la encrucijada**. Buenos Aires: B de F, 2007. v. 3.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Organização e tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SANCTIS, Fausto Martin de. **Crime organizado e lavagem de dinheiro**: destinação de bens apreendidos, delação premiada e responsabilidade social. São Paulo: Saraiva, 2009.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. "Crime Organizado": Uma categoria Frustrada. **Discursos Sediciosos**, Rio de Janeiro, n. 1, 1º sem. 1996

RESUMOS



# A luta internacional contra a corrupção e os reflexos no Brasil

---

Gabriel Maciel  
Matheus Prato da Silva

1. Projeto de pesquisa do Grupo Patologias Corruptivas

2. Estudantes da graduação de bacharelado em Direito, Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP), Porto Alegre, Rio Grande do Sul. E-mails: gfmaciell@gmail.com (**Gabriel Maciel**) e matheuspratodasilva@gmail.com (**Matheus Prato da Silva**).

**Palavras-chave:** Corrupção, Brasil, Medidas Anticorruptivas.

## Introdução

A corrupção sempre fez parte da humanidade, e seria ingênuo acreditar que somente do último século para cá ela se tornou um problema latente. Porém, o que realmente aconteceu do último século até os dias de hoje foi o advento da era da informação, que trouxe maravilhas para a civilização moderna, conectando o mundo inteiro. Todavia, com um mundo conectado, os problemas também são conectados, e logo foi possível a corrupção se alastrar para além das fronteiras. Por isso nasceram esforços internacionais de combate à corrupção, e foi interessante observar o poder popular que a era digital trouxe para as pessoas se posicionarem a favor de uma legislação que combateria tais problemas, pressionando as grandes potências a tomarem medidas. Tal tendência correu o globo, e o Brasil não ficou de fora, criando a Lei Anticorrupção (nº12.846/2013), a fim de dar os primeiros passos na batalha contra esse problema internacional.

O presente artigo busca apresentar um histórico dos esforços internacionais de combate à corrupção, e como o Brasil se posicionou nesse debate, especificamente analisando a criação da nossa legislação anticorrupção.

## Metodologia

O estudo foi feito a partir do fichamento de artigos indicados pelos professores coordenadores do grupo de pesquisa, assim como a discussão de tais com os demais integrantes. O período de análise foi de um semestre.

## Fundamentação teórica ou discussões

A primeira coisa a se ressaltar é que a corrupção é um problema moral. Ainda assim, traz um ótimo exemplo do motivo da criação do direito penal. Historicamente, buscou-se nele um aspecto específico de estabilidade das relações humanas, principalmente com relação a evitar a vingança privada. Mas, além disso, possibilitou um sistema que retire a necessidade de uma capacidade de defesa própria. Os fenômenos de corrupção mais relevantes são internacionais, envolvendo pessoas importantes e de difícil conhecimento, ou seja, o direito penal supre a capacidade de defesa punindo os autores e retomando os valores.

Desde 1999, tanto organizações governamentais como não governamentais têm se dedicado no combate à corrupção. Podemos citar algumas das principais, como as Nações Unidas, a Organização dos Estados Americanos (OEA), a Interpol e a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE).

A internacionalização do combate dá-se por diversas causas. Mas, em especial, porque houve um aumento, tanto de fato quanto de percepção, da prática da corrupção, que vinha sendo observado desde o último quarto do século XIX. Justamente por conta do surgimento da era da informação, o que, no entanto, tornou árduo o controle e o rastreamento da corrupção, houve também o aumento de educação e a geração de riqueza, proporcionando às massas facilidades de conhecer tais problemas e se posicionar.

A classificação de Heidenheimer é útil para entender a dinâmica da percepção pública da corrupção, que diferencia a corrupção em negra, cinza e branca. O critério adotado como escala foi a convergência da opinião das elites da sociedade e da opinião pública nos atos possivelmente corruptos. Quando há concordância das duas partes, diz-se que é uma corrupção negra;

quando somente um dos lados acredita ser corrupção, ela será cinza; e, na hipótese em que os dois lados acreditam que um ato não é moralmente reprovável, a corrupção é considerada branca. O conceito ilustra um dos problemas dos legisladores, ao criar leis compatíveis com o entendimento de seus eleitores, o que consequentemente dificulta a prática dos operadores do direito.

Outro motivo para o esforço internacional é a globalização da economia. Como a corrupção gera distorções de mercado – e hoje o mercado é totalmente conectado –, a distorção em um mercado espalha-se aos outros rapidamente, causando problemas de muita dificuldade de reparação. Ou ainda a crescente conscientização dos Estados de que segurança e estabilidade não dependem apenas de forças armadas e aparatos bélicos, mas também de uma série de fatores econômicos e políticos.

Os principais locais em potencial em que ocorrem casos de corrupção nos dias atuais são nos países considerados emergentes. Nesses mercados emergentes a nocividade da corrupção é redobrada. Em primeiro lugar, ela põe em risco a eficácia e a eficiência das atividades econômicas, dificultando, com isso, a transição para a democracia livre de mercado e, em segundo lugar, e não menos importante, a corrupção distorce a forma pela qual a população encara o funcionamento e a eficiência da economia de mercado.

Pode-se afirmar que os regimes democráticos e economias liberais, a longo prazo, propiciam melhores formas de combate à corrupção do que sistemas em que a participação política e a liberdade são cerceadas.

No entanto, na transição para tal fase, pode ocorrer o que se chama parasitismo econômico: por exemplo, na privatização de setores econômicos, até então monopólios do Estado, são dados privilégios na venda a “amigos” dos políticos responsáveis pela transição. E durante esse período, ou seja, quando há a coexistência de setores de livre fixação de preços e de livre-comércio com o planejamento central, criam-se grandes distorções e ampla margem para prevaricação e abusos.

A primeira legislação anticorrupção mais robusta foi a FCPA (Foreign Corrupt Practices Act). Nela estavam dispostas duas me-

didias principais: a primeira criminaliza determinados pagamentos feitos a autoridades de governos estrangeiros, os suborno; a segunda exige a rigorosa prestação de contas de todas as transações e o estabelecimento de um sistema de controles internos com auditorias periódicas. Todavia, a lei criou exceções para agilizar pagamentos a autoridades de escalão inferior, com o objetivo de garantir a realização de ações governamentais de rotina – se o pagamento for legal, de acordo com as leis e regulamentações escritas no país-sede, ou se o pagamento constituir desembolso de boa-fé (por exemplo, para viagem e acomodações relativas a demonstração de um produto ou à execução contratual).

Os EUA foram os primeiros a adotar tal lei, apesar de relatórios conflitantes sobre perdas e ganhos de fatias de mercado. O que ficou claro foi que a imposição a empresas de adotar medidas de compliance criou um nicho para os países emergentes, que em busca de não cair no ciclo decidem por uma empresa que, pelo menos em tese, não poderá ser corrompida, ganhando assim credibilidade e tranquilidade.

Após a implementação da lei pelos EUA, os norte-americanos pressionaram os demais membros da OCDE para que também implementassem leis de combate à corrupção. Apesar de haver grande oposição, o ponto-chave do sucesso dos EUA nas negociações não foram os argumentos trazidos à mesa nas negociações, mas sim o uso de marketing para o convencimento da opinião pública. Outro ponto crucial para o sucesso dessa estratégia foi a coincidência de inúmeros políticos franceses estarem sendo investigados por corrupção, o que desencadeou um efeito dominó pelo resto da Europa, estendendo-se até a Ásia – tudo isso propiciado, também, pelo apoio da mídia internacional no combate à corrupção.

O Brasil, seguindo as tendências internacionais num esforço anticorrupção, assinou convenções com a ONU, a OEA e a OCDE. A Lei Anticorrupção trouxe novas hipóteses que nem o código penal ou os crimes das leis de licitações previram. O marco inicial dessa luta foi a proibição de subornos em países estrangeiros.

Pesquisadores chamaram tal fenômeno legislativo internacional de expansionismo penal, caracterizado por expandir as

condutas tipificadas a fim de gerir os grandes problemas sociais, decorrentes da complexidade do mundo moderno.

Posteriormente, com o crescimento e a popularização do combate à corrupção no território brasileiro, foi dado um passo em direção a criminalizar as práticas de pessoas jurídicas: diferentemente do que acontece com pessoas físicas, quando adotamos o direito penal, o Brasil adotou o administrativo. Dessa forma, o país evita complicações, devido à dificuldade de adequar o direito penal às pessoas jurídicas – e nessas bases é que surgiu a Lei Anticorrupção. (Vale ressaltar que inclusive abarca organizações temporárias e irregulares.)

Para aumentar a efetividade da lei, a responsabilidade objetiva foi implementada, ou seja, dolo e culpa não são analisados, apenas o nexos causal. Dessa forma, impediu-se que a lei fosse deficitária em seu caráter punitivo. A responsabilidade objetiva da lei tem um âmbito administrativo e civil. No administrativo, a empresa responderá perante a administração pública, e no civil deverá ressarcir as perdas e os danos causados. A lei buscou ser ampla, por isso não restringiu os atos a determinadas pessoas ou funções, somente à participação na empresa.

A única maneira de a lei possibilitar uma escusa é se a empresa fez todo o possível para impedir a prática. Entende-se que as empresas têm o dever de não corromper, e também de impedir a corrupção. E também previu que, em casos de sucessões, fusões, cisões etc., a empresa que sobrevier continuará sendo responsável pelos atos da anterior. Dessa maneira, o direito barrou outra lacuna que poderia ser usada para escapar da sanção, e, ao mesmo tempo, buscou a proporcionalidade, impedindo inseguranças jurídicas, limitando a responsabilização ao patrimônio da empresa corrupta incorporado pela nova empresa.

## Considerações finais

Pode-se observar que nesses quase vinte anos de implementações de medidas anticorruptivas, alguns passos importantes foram dados, mas ainda muito aquém do necessário. Tais medidas têm funcionado principalmente em nações desenvolvidas;

nas subdesenvolvidas, ainda há dificuldades a superar para que, de fato, essas medidas tenham resultados empíricos.

Observou-se ainda que as causas geradoras da corrupção (globalização da economia e era da informação) têm incidido seus efeitos, principalmente em países emergentes, ou seja, que estão no ponto médio entre subdesenvolvidos e desenvolvidos. Isso acontece porque nesses países o capitalismo está em franca expansão, e, sendo assim, são ótimos mercados para que as empresas invistam e tenham lucro, mesmo de maneira ilícita.

O caso norte-americano mostrou que, num primeiro momento, as empresas perdem no volume de vendas, mas a longo prazo têm um crescimento saudável.

O Brasil assinou o tratado lá em 1999, mas só foi implementá-lo faticamente em 2014, com a Lei nº 12.846. Com isso, fica evidenciado que o país ainda está atrasado nesse quesito.

No entanto, percebe-se que as medidas anticorruptivas têm avançado em todo o mundo, mesmo que ainda tenham sido empreendidas de forma tímida. Com a investigação científica é possível constatar que as implementações estão indo na direção correta – ou seja, a princípio, o futuro é promissor em relação ao combate à corrupção.

## Referências

ELLIOT, Kimberly Ann. **A corrupção e a economia global**. Brasília: Editora UNB, 2002.

MALEM SEÑA, Jorge F. **La corrupción: aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos**. Barcelona: Editora Gedisa SA, 2014.

PIMENTEL FILHO, André. **Lei anticorrupção e temas de compliance: comentários aos artigos 1º da lei anticorrupção**. Salvador: Editora Juspodivim, 2017.

# Direito fundamental à segurança e imperativos implícitos de tutela processual penal: possibilidades e limites

Pietro Cardia Lorenzoni<sup>1</sup>

Trata-se de pesquisa sobre a amplitude do direito fundamental à segurança, uma vez que se trata de direito em voga nas diversas discussões jurídicas e que adquire certa frequência nas decisões legislativas e jurisprudenciais na sociedade brasileira contemporânea. Destarte, inicia-se com uma breve análise do papel dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana no Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, os direitos fundamentais são compreendidos como oriundos, na sua maior parte, da positivação dos direitos humanos. Estes são entendidos como direitos universais, já que são direitos que competem a todos os homens; morais, visto que extraem sua validade moral perante cada um dos seus titulares por meio de uma fundamentação racional que é anterior e prescinde à positivação desses direitos; preferenciais, que significa a sua preferência e o direito dos seus titulares a sua positivação preferencial pelo Estado; fundamentais, uma vez que eles tratam de interesses e carências que podem e devem ser protegidos e fomentados pelo direito, e que a necessidade de seu respeito deixe-se fundamentar pelo direito; e abstratos, porque sua limitação e sua restrição por outros direitos são características intrínsecas a eles (ALEXY, 2015, p. 45-49). Os direitos fundamentais são os direitos resultantes da codificação dos direitos humanos por uma constituição, solucionando o problema da institucionalização (ALEXY, 2015, p. 49).

<sup>1</sup> Advogado. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Especialista em Justiça Constitucional pela Universidade de Pisa/Itália (UNIFI). Aluno da especialização em gestão e docência no ensino superior pela Universidade Luterana do Brasil (ULBRA). Mestre em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul (FMP-RS). E-mail: <pclorenzoni@gmail.com>.

Destarte, obtém-se a devida legitimidade das decisões coletivas vinculantes, por meio dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana. Os direitos fundamentais, conforme lição de Ingo Sarlet (2007, p. 70), são concomitantemente pressuposto, garantia e instrumento da própria democracia. Ademais, acrescenta-se a essa noção a proteção e o reconhecimento jurídico da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro.

Entende-se que essa soberania do indivíduo está relacionada com os fundamentos da dignidade dele. Assim, a consagrada ideia da dignidade da pessoa humana parte do pressuposto de que o homem, em virtude tão somente de sua condição humana e independentemente de qualquer outra circunstância, é titular de direitos que devem ser reconhecidos e respeitados por seus semelhantes e pelo Estado, consoante afirmado por Sarlet (2015, p. 47). Nesse sentido, sendo o indivíduo formador do Estado detentor de dignidade, ele não pode ser considerado servo ou instrumento do Estado, mas sim como um fim em si mesmo.

O dever do Estado em tratar os indivíduos como o verdadeiro fim da sociedade é reforçado quando a Constituição pátria estabelece a dignidade da pessoa humana como fundamento do nosso Estado, conforme art. 1º e seus incisos da CF/88. Assim, essa dignidade é precisamente a base e o critério norteador do Estado Democrático de Direito em que nos encontramos. É justamente nesse sentido que assume particular relevância a constatação de que a dignidade da pessoa humana é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais e da comunidade em geral (SARLET, 2015, p. 56).

Depois, investiga-se especificamente o direito fundamental à segurança. Os direitos fundamentais nascem com a Constituição, conforme assinalado por Alexy (2015, p. 49), sendo esta a lei superior de uma sociedade que servirá de fundamentação formal e material para toda a legislação posterior. A lei superior tem por objetivo definir as regras formais do Estado e da estrutura política da sociedade e os direitos e garantias fundamentais dos indivíduos e da sociedade, que serão regras e princípios de harmonização para o convívio social (FELDENS, 2012, p. 37). Os direitos fundamentais terão uma função contramajoritária de pro-

teção do indivíduo contra a atuação estatal e social autoritária, ou seja, os direitos fundamentais serão a garantia, num Estado Democrático, de que as regras da maioria (não importa o quão maioria sejam) não violarão direitos básicos dos cidadãos como vida, propriedade, liberdade, segurança e outros.

Esses direitos, originados pela Constituição, são imediatamente exigíveis tanto de forma positiva como negativa, visto que os deveres do Estado para com os cidadãos não se exaurem em omissões e direitos de defesa, mas também compreendem prestações para que os cidadãos alcancem os direitos previstos na Carta Fundamental e desenvolvam de forma ampla a dignidade da pessoa humana. Logicamente, esses direitos não são absolutos, uma vez que admitem restrições, tendo em vista que o próprio caráter de harmonização social faz com que os diversos direitos fundamentais entrem em choque uns com os outros, razão pela qual eles são passíveis de limitação e restrição (ALEXY, 2017, p. 94), conforme assinalado acima (ALEXY, 2015, p. 49).

Contudo, a relativização de direitos fundamentais possui um limite, qual seja: o núcleo essencial do direito fundamental em questão. O núcleo é a parte elementar do direito fundamental que, se ignorada, acaba com a própria existência do direito (FELDENS, 2012, p. 43).

Sendo assim, o direito à segurança é caracterizado como um direito fundamental. Tal assertiva, pelo menos no ordenamento jurídico brasileiro, é clara em decorrência do *caput* tanto do art. 5º como do art. 6º da Constituição Federal de 1988. Ademais, a partir da compreensão de que os direitos fundamentais são os direitos promulgados pela Constituição que atendam as características de moralidade, fundamentalidade, preferencialidade e abstratividade,<sup>2</sup> como elencado por Alexy, parece plenamente correto tanto de uma perspectiva material como formal a caracterização do direito à segurança como direito fundamental.

Por fim, propõe-se, a partir das normas constitucionais e convencionais, além de julgados das cortes internacionais de di-

<sup>2</sup> Cumpre afirmar que nem todos os direitos fundamentais são direitos humanos, apesar de todo direito humano ser (ou poder ser) direito fundamental. Exemplo disso está no art. 7º da Constituição Federal, que prevê diversos direitos sociais dos trabalhadores como fundamentais que não caracterizam direitos humanos, como o fundo de garantia do tempo de serviço e o décimo terceiro salário.

reitos humanos, a existência de imperativos implícitos de tutela processual penal que exigem deveres de eficiência, eficácia e modernização no processo penal brasileiro limitados pelo respeito à dignidade da pessoa humano. As consequências à compreensão do direito à segurança como fundamental numa dupla atuação, negativa e positiva, geram deveres para o Estado que, apesar de já conhecidos e estudados, possuem discussão incipiente na doutrina pátria. O conteúdo objetivo dos direitos fundamentais, como já afirmado, permite a elaboração de deveres de proteção penal por parte do Estado. Isso consiste na “obrigação de o Estado assegurar a proteção de bens jurídicos por meio de medidas legislativas e operacionais, portanto, exigindo uma ação positiva estatal” (FISCHER; PEREIRA, 2018, p. 34).

Conclui-se que os deveres advindos dos imperativos implícitos de tutela processual penal podem auxiliar na fundamentação de novos mecanismos de persecução penal da criminalidade moderna complexa e organizada. Contudo, o ponto essencial para a adequada compreensão das consequências desse direito é a análise dos limites aos imperativos implícitos de tutela processual penal, devendo ser pautados nos direitos fundamentais de primeira geração e na dignidade da pessoa humana. Para tanto, ainda são necessárias maiores investigações. O método de pesquisa utilizado foi a revisão bibliográfica e jurisprudencial.

## Referências

- ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. 4. ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- \_\_\_\_\_. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2017.
- BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crime organizado e proibição de insuficiência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- BARATTA, Alessandro. **Seguridad**. In: Criminologia y sistema penal (compilación in memoriam). Buenos Aires: Editorial BdeF, 2004. p. 199-220.
- BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. Tradução Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal: a constituição penal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FISCHER, Douglas; PEREIRA, Frederico Valdez. **As obrigações penais positivas: segundo as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

KANT, Immanuel. **Groundwork for the metaphysics of morals**. Tradução Allen W. Wood. New Haven: Yale University Press, 2002.

LEAL, Rogério Gesta. **A responsabilidade penal do patrimônio ilícito como ferramenta de enfrentamento da criminalidade**. Porto Alegre: FMP, 2017a. Disponível em: <<http://www.fmp.edu.br/serviços/285/publicacoes/>>.

\_\_\_\_\_. **Segurança pública e direito penal como ultima ratio na sociedade de riscos**. Porto Alegre: FMP, 2017b.

MAYA, André Machado. O processo penal na sociedade de risco: persecução entre os ideais de liberdade e segurança. **Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição**, Brasília, v. 3, n. 1, p. 97-117, jan./jun. 2017.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

SANDEL, Michael. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. Tradução Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. 10. ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2015.

\_\_\_\_\_. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **La expansión del derecho penal**. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001.

STRECK, Lenio Luiz; MOTTA, Francisco Borges. Para entender o novo código de processo civil: da dignidade da pessoa humana ao devido processo legal. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, ano 14, n. 19, p. 112-128, jul./dez., 2016.

## A palavra da vítima como prova única nos crimes de estupro sem conjunção carnal

Éder Renato Martins Siqueira<sup>1</sup>

### Resumo

Em um sistema jurídico dinâmico, adaptado de sua origem romano-germânica, o Brasil disciplina, em sua Magna Carta, diretrizes às legislações infraconstitucionais, e estabelece, ainda, os direitos humanos indisponíveis. Destarte, todo o direito positivado recebe o filtro constitucional pátrio. Nesse cenário, a multiplicidade de proteção a bens jurídicos desencadeia uma série de efeitos práticos, eis que, por uma questão lógico-procedimental e social, colidem entre si. Nesse aspecto, como substrato de direito e deveres, cuja imposição estatal, em determinados sentidos, motiva punição (nos casos de “dever de não fazer”), especificamente no tocante aos crimes contra a dignidade sexual, é necessário o exame acadêmico-jurídico, em decorrência da complexidade do tema, dos bens jurídicos tutelados e das disposições normativas brasileiras. O presente estudo objetiva uma análise, a partir dos aspectos legais brasileiros, ao crime de estupro, em que o núcleo probatório compõe-se na palavra da vítima.

**Palavras-chaves:** Crime de Estupro. Provas. Palavra da vítima. Materialidade.

### Abstract

In a dynamic legal system, adapted from its Roman-Germanic origin, Brazil, in its Magna Carta, rules, directives to infra-constitutional legislations and also establishes unavailable human rights. Thus, every positive right receives the constitutional filter of the country. In this scenario, the multiplicity of protection of juridical

<sup>1</sup> Mestrando em Direito na FMP. Pós-graduado em Direito Penal e Política Criminal pela UFRGS. Graduado em Direito pela PUCRS. Advogado. E-mail: <[eder@eder.rs](mailto:eder@eder.rs)>.

goods triggers a series of practical effects, since, from a logical procedural and social point of view, they collide with each other. In this regard, as a substrate of rights and duties, whose state imposition, in certain senses, motivates in punishment (in cases of “duty not to do”), specifically in relation to crimes against sexual dignity, due to the complexity of the topic, the legal rights protected and the Brazilian normative dispositions. The present study aims to analyze, from Brazilian legal aspects, the crime of rape, in which the probative nucleus is composed of the victim’s word/statement.

**Keywords:** Rape Crime. Evidences. Victim’s word. Materiality.

## Problema

O crime de estupro por si só é complexo. Isso porque esses crimes sexuais, após vigência da Lei nº 12.015/09, nos moldes dos arts. 217 (Estupro) e 217-A (Estupro de Vulnerável), do Código de Processo Penal Brasileiro, estabelecem a consumação no ato do constrangimento a outrem, mediante violência ou grave ameaça, ao resultado da ação – portanto, o crime consuma-se independentemente da conjunção carnal.

Nestes delitos, a liberdade sexual recebe a proteção estatal, tanto da mulher como do homem, a considerar, inclusive, a tipificação específica do critério biológico, em caso de vulnerabilidade (vítimas menores de 14 anos – art. 271-A, CPP).

Especificamente nos crimes de estupro sem a conjunção carnal, afloram diversos fatores que permeiam a problematização da apuração delitiva e, por conseguinte, impactam na eficácia persecutória e nos fins que o tipo penal se propõe – a destacar o caráter clandestino da ação –, o que dificulta o juízo probatório da prática, figurando tal problema como razão máxima da presente análise.

Nesse sentido, as garantias constitucionais penais levantam-se como ponto crítico nesses crimes, e a materialidade só se mostra inequívoca, ao menos com um lastro mínimo probatório, no curso da instrução processual, por meio de perícias e depoimentos.

Assim, há diferentes entendimentos julgados diversos e respectiva valoração da palavra da vítima como elemento único hábil a estabelecer um critério razoável para condenação do crime de estupro, em casos sem conjunção carnal, mas típicas ao delito.

Portanto, serão abordados neste artigo a possibilidade de consideração da palavra da vítima como prova única em processo penal nesse tipo de crime, e os reflexos e cuidados a serem adotados pelos operadores do direito.

Serão analisadas posições doutrinárias especializadas no tema, que podem estabelecer suporte conceitual suficiente a fim de esclarecer os itens mais relevantes do presente estudo, como a violência sexual e o direito penal, bem com as provas. Isso tudo com análise de posicionamentos dos tribunais brasileiros e as diferentes concepções que variam no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

## Hipóteses

O presente estudo trata dos crimes contra a Dignidade Sexual, em episódios sem conjunção carnal, reflexo disso a dificuldade probatória tanto na materialidade, quanto na autoria.

A inexistência de vestígio probatório material gera um obstáculo que obsta (ou frustra) não só a investigação policial, mas também a ação penal, pois a palavra do ofendido (vítima) versus a palavra do acusado encontra peso, por vezes, idêntico.

O Supremo Tribunal Federal tem compreendido que a condenação baseada somente na palavra da vítima tem valor probatório excepcional, e estabelece, ou vincula ao juízo da causa, outros fatores a serem sopesados, como a inserção social e o convívio familiar, e também eventual motivo da prática criminosa.

No âmbito dos crimes sexuais, a prova assume uma necessidade avaliativa diferente dos demais delitos, exclusivamente pelos aspectos levantados.

Esses crimes, em sua maioria, como referido, não são testemunhados. Praticados, geralmente, em locais desabitados, de acesso precário. Com isso, vige a regra, o efeito-surpresa aparece como fator determinante à sua consumação, e chances de defesa quase nulas.

Por esses motivos, nesses crimes, a palavra da vítima merece maior valoração, em que pesem ausentes provas complementares. Nesses casos, o magistrado poderá condenar o acusado quando reconhecido pela vítima em casos de estupros; caso contrário, os agentes de tais crimes raramente seriam atingidos pela lei penal (MUCCIO, 2011.).

Acerca do reconhecimento, esse é o meio probatório para se proceder com a identificação de alguém ou de um objeto que se relaciona com o fato a ser provado: por exemplo, o reconhecimento do acusado pela parte ofendida e testemunhas, ou o reconhecimento do objeto ou produto do delito (MACHADO, 2012).

Os tribunais brasileiros, seguindo a orientação do Supremo Tribunal Federal, vêm assentando jurisprudência no sentido de condenação com base exclusivamente nas declarações das vítimas, mas estabelecem a necessidade de coerência e harmonia em todas as fases (policial e judiciária).

Há, portanto, uma necessidade de aprofundamento em relação aos diferentes desdobramentos de casos relativamente semelhantes, no tocante à valoração probatória, ainda que indireta.

## Metodologia

### Método de abordagem

O método de abordagem utilizado para a realização do trabalho será o descritivo.

### Método de procedimento

O procedimento dar-se-á a partir de consulta doutrinária e jurisprudencial acerca do tema, e, para isso, valer-se-á de disciplinas-satélites, que o tema reclama, tais como (mas não limitado) a sociologia, psicologia.

### Resultados obtidos

De todo o conteúdo pesquisado e sob a ótica do devido processo penal, cujo objetivo destina-se a tutelar a dignidade sexual, insurgem-nos diversas questões a ser aprofundadas,, qual seja: a maior proximidade verdade. Ao nosso entender isso só

se torna processualmente viável – sob os aspectos das garantias processuais – a partir da análise de todo o contexto familiar e social da vítima e do acusado ou indiciado, devendo, portanto, contar com apoio multidisciplinar para validação das informações coletadas, como peritos e assistentes técnicos.

Tal medida se torna ainda mais palatável à medida que mecanismos de prevenção de falsas denúncias são aplicados, de tal modo que se possa bloquear ou compelir as ações, ou a utilização indevida da Justiça, do acusador que não tenha sofrido tal injusto.

Assim, a palavra da vítima, quando deveria revestir-se de absoluta credibilidade, não mais comporia os campos da dúvida, em processo penal, como prova única. Muito embora – e isso não é pacífico (tanto nas varas de piso como nos tribunais superiores) – haja condenações, tendo como núcleo probatório somente a palavra da vítima, não nos parece tratar de objetividade condenatória; em decorrência disso, carece de um posicionamento terminativo de aspectos caso-a-caso.

Se por um lado somente a palavra da vítima pode fundamentar eventual sentença condenatória, por outro o próprio aplicador estará sujeito a uma abordagem investigativa e psicológica de todo o conteúdo de determinada denúncia. Ou seja, a palavra da vítima também passará pelo crivo da dúvida e, como mencionado pela doutrina especializada, não há imunidade quando tratamos de abuso sexual quando deparamos com os seguintes perfis de vítima, por exemplo: o denunciante falsário que ludibria o aplicador da Lei (nessa lógica haveria condenação injusta); e o tímido, que fica nervoso em audiência e não passa credibilidade em suas alegações (a exposição à impunidade afloraria).

Por isso, entende-se que há uma linha muito tênue entre a condenação injusta e a prestação jurisdicional (persecutória) aos agentes desses crimes, dada a complexidade do tema.

## Referências

- ALBERTON, Mariza Silveira. **Violação da infância:** crimes abomináveis humilham, machucam, torturam e matam! Porto Alegre: AGE, 2005.
- AZAMBUJA, Maria Regina Fay. **Violência sexual intrafamiliar:** é possível proteger a criança? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

AZEVEDO, Maria Amélia Azevedo; GUERRA, Viviane Nogueira de Azevedo. **Crianças vitimizadas: a síndrome do pequeno poder**. 2. ed. São Paulo: Iglu, 2007.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva. Parte geral 1.

CRUZ, Rubia Abs. **A prova material nos crimes sexuais**. 2002. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redede.virtual.bibliotecas:artigo.revista:2004;1000729467>>. Acesso em: 25 set. 2018.

DIAS, Thaisa M.; JOAQUIM, Evandro Dias. O problema da prova nos crimes contra a dignidade sexual. **Revista JurisFIB**, Bauru, v. IV, ano IV, dez. 2013. Disponível em: <<http://www.revistajurisfib.com.br/artigos/1395809029.pdf>>. Acesso em: 23 set. 2018.

ESTEFAM, André. **Crimes sexuais: comentários à lei n. 12.015/2009**. São Paulo: Saraiva, 2010.

GRECO FILHO, Rogério. **Curso de direito penal**. 10. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2013. 3 v, parte especial.

KRUG, E. G. et al. **Relatório mundial sobre violência e saúde**. Genebra: OMS, 2002.

MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de processo penal**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MUCCIO, Hidejalma. **Curso de processo penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Método, 2011

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual: comentários à lei n. 12.015, de 7 de agosto de 2009**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

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

PARODI, Ana Cecília; GAMA, Ricardo Rodrigues. **Lei Maria da Penha: comentários à lei 11.340/2006**. 1. ed. Campinas: Russel Editores, 2009.

SOUZA, William et al. O valor da palavra da vítima nos crimes contra a dignidade sexual. **Jusbrasil**, set. 2017. Disponível em: <<https://willsith1337.jusbrasil.com.br/artigos/501515887/o-valor-da-palavra-da-vitima-nos-crimes-contra-a-dignidade-sexual>>. Acesso em: 25 set. 2018.

