

**ROGÉRIO GESTA LEAL
ANÍZIO PIRES GAVIÃO FILHO**
ORGANIZADORES

COLETÂNEA

**IV SEMINÁRIO NACIONAL
TUTELAS À
EFETIVAÇÃO
DE DIREITOS
INDISPONÍVEIS**

**PORTO ALEGRE
2018**

 **FMP**
Fundação Escola Superior
do Ministério Público



**ROGÉRIO GESTA LEAL
ANÍZIO PIRES GAVIÃO FILHO**
ORGANIZADORES

COLETÂNEA
IV SEMINÁRIO NACIONAL
TUTELAS À
EFETIVAÇÃO
DE DIREITOS
INDISPONÍVEIS

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

PORTO ALEGRE
2018



© FMP 2018

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

S471c Seminário Nacional Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis (4. : 2018 : Porto Alegre, RS)
Coletânea do IV Seminário Nacional Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis [recurso eletrônico] / Rogério Gesta Leal, Anízio Pires Gavião Filho, organizadores. – Dados eletrônicos – Porto Alegre: FMP, 2018.
344 p.

Modo de acesso: <<http://www.fmp.edu.br/publicacoes>>
ISBN 978-85-69568-13-1

1. Direito. 2. Direito Constitucional.
3. Direitos Fundamentais. I. Leal, Rogério Gesta.
II. Gavião Filho, Anízio Pires. III. 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

Insuficiências democráticas de modelos democráticos: avanços e recuos

Nos últimos anos temos visto ocorrer muitas transformações sociais, políticas, institucionais e econômicas altamente complexas e multifacetadas, as quais envolvem, inclusive, mudanças de paradigmas morais e éticos de pessoas físicas e jurídicas, o que tem provocado alterações normativas por parte dos Estados Democráticos de Direito, ora para tentar conter estes processos que nem sempre são benignos (o que se dá em vão), ora para estabelecer responsabilidades pelos danos causados em seus movimentos não lineares.

Estes cenários fazem com que não possamos mais utilizar conceitos e fórmulas acabadas de modelos democráticos antigos – e mesmo modernos – para compreender de maneira adequada e oxigenada as causas e consequências decorrentes daí. Tampouco tem sido fácil estruturar minimamente arquiteturas institucionais que recepcionem e atendam satisfatoriamente as demandas individuais e sociais que exsurgem hodiernamente.

Isto ocorre não só em face daquelas demandas possuírem morfologias mutantes (ambientais, de consumo, de segurança pública – temas explorados pelo Programa de Pós-Graduação da Fundação Escola do Ministério Público – FMP) provocadas pelos riscos e perigos que lhes dão causa, mas também porque elas reclamam respostas criativas e inovadoras em termos de prevenção e atribuição de responsabilidades efetivas.

Tudo isto se agrava na medida em que as experiências sociais no âmbito da representação política pela via tradicional do sufrágio e dos partidos políticos tem se revelado demasiadamente frustrantes em termos de resultados (para dizer o mínimo), oportunizando a ruptura de laços de confiança da Comunidade

em suas instituições públicas e, até mesmo, privadas (porque o mercado igualmente não tem contribuído muito neste sentido).

A corrosão destes processos de deslegitimação progressiva e aguda da Política e do Político tem consequências diretas na gestão dos interesses públicos (governança e governabilidade), pois eles se dão cada vez mais de maneira insulada e sem adequada interlocução inclusiva com aqueles que detêm a verdadeira soberania popular, os cidadãos¹.

Em outras palavras, os instrumentos históricos e importantes da Democracia Liberal (parlamento, voto, eleições, partidos políticos, etc.), com os quais nós fundamos nossa condição de cidadania, não conseguem providenciar em níveis aceitáveis o enfrentamento dos problemas gerados em tempo e espaço contemporâneos cada vez mais ágeis e perversos de relações sociais, marcados por tensões e conflitos os mais diversos (étnicos, religiosos, econômicos, sexuais, multiculturais, questões igualmente versadas pelas linhas de pesquisa do PPGD da FMP).

Por conta desses elementos, todos temos tido várias contribuições da ciência política, da sociologia, da filosofia, das ciências administrativas e das reações do Mercado para repensarmos alternativas aos modelos tradicionais da Democracia Liberal (tanto nos seus aspectos conceituais como operacionais). Todas elas, entretanto, passam pela necessidade de mobilização da Sociedade e seus movimentos espontâneos e organizados, assim como da rearticulação conceitual e funcional das instituições públicas e privadas. Este repensar tem levado alguns estudiosos do tema a sustentar a emergência de modelos pós-democráticos para dar conta de tais desafios, constituindo de maneira mais radical – em suas premissas e conclusões – as próprias noção e funções da Democracia.²

1 Cf. PAYE, Jean-Claude. **El Final de Estado de Derecho**. Hondarribia: Hiru, 2008; WOLFE, Alan. **Los límites de la legitimidad**: Contradicciones políticas del capitalismo contemporáneo. Madrid: Siglo XXI, 2004.

2 Cf. LACLAU, Ernesto; MOUFFE, Chantal. **Hegemony and socialist strategy**: towards a radical democratic politics. London: Verso, 1989; MELUCCI, Alberto. **A invenção do presente**: movimentos sociais nas sociedades complexas. Petrópolis: Vozes, 2001; MOUFFE, Chantal. **O regresso do político**. Lisboa: Gradiva, 1996; MOUFFE, Chantal. **Desconstrucción, pragmatismo y la política de la democracia**. In: MOUFFE, Chantal. (Comp.). **Desconstrucción y pragmatismo**. Buenos Aires: Paidós, 1998; MOUFFE, Chantal. **Democracia, cidadania e a questão do pluralismo**. **Política & So-**

Partindo da premissa de que o debate – nesta linha argumentativa – é importante, desde logo gostaríamos de fazer uma provocação no sentido de brevemente demarcar sobre que democracia liberal e representativa estamos falando estar desgastada. Para tanto, não tendo a intenção de ampliar muito a discussão aqui, temos que basta a referência a alguns autores já clássicos no pensamento político contemporâneo, como Schumpeter e Sartori³.

Schumpeter define a Democracia como o tipo de governo caracterizado pela presença de certa concorrência entre elites pela conquista do voto popular. Sartori, por sua vez, sustenta que a Democracia é um regime político no qual a influência da maioria está baseada e se relaciona diretamente com o poder das minorias, em permanente competição entre si, pela via das eleições. Ou seja, ambos os autores centram seus conceitos de Democracia na ideia da legitimidade da representação política, o que é próprio do liberalismo. Para eles a Democracia se afigura, antes de tudo, como método de escolha dos governantes – enquanto elites políticas que deverão governar a comunidade em nome da maioria dos seus cidadãos.

E este é o problema do conceito liberal de Democracia, fundar-se quase que exclusivamente no sufrágio livre, competitivo e periódico enquanto fórmula mágica de qualificar e garantir o acerto das escolhas públicas da Sociedade em termos de governo. Problema porque o processo eleitoral fora, progressivamente, cooptado/capturado por mediações e interesses mais privados do que públicos, detratores, não raro, das demandas coletivas mais prementes da maior parte da Sociedade, retirando, pois, sua natureza representativa de massa para consolidar-se como método de gestão das demandas de minorias.

cidade, Florianópolis, v. 1, n. 3, p. 11-26, out. 2003; SANTOS, Boaventura de Souza. **Reinventar a democracia**. Lisboa: Gradiva, 1998; SANTOS, Boaventura de Souza. **Democratizar a democracia**: os caminhos da democracia participativa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002; CORTINA, Adela. **Ética aplicada y democracia radical**. Madrid: Tecnos, 2001; CINI, Lorenzo. **Società Civile e Democrazia Radicale**. Firenze: Firenze University Press, 2012.

3 Em especial os textos: SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalismo, Socialismo e Democracia**. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961; SCHUMPETER, Joseph A. **Imperialismo e classes sociais**. Rio de Janeiro: Zahar, 1961; SARTORI, Giovanni. **A teoria da democracia revisitada**: o debate contemporâneo. Rio de Janeiro: Editora Ática, 1994; SARTORI, Giovanni. **A Política**. Brasília: UNB, 1980.

Enfim, esses clássicos do pensamento democrático liberal (e não que eles se resumam a estes autores) operavam com conceitos meramente formais e minimalistas da Democracia. Todavia, se formos nos ater, de um lado, às falibilidades da representação política contemporânea, por se afastar das demandas das maiorias; e por outro, aos desafios e demandas que a Sociedade de Riscos em que vivemos nos apresentam, resta evidente ser insuficiente tal perspectiva. Ademais, temos de ter presente que o grande corolário da definição de Democracia Minimalista liberal sempre foi, e ainda é, a defesa da divisão seletiva de trabalho na política, subentendendo radical compreensão da ação política como atividade exclusivamente pertinente a determinado grupo (de quem vive da política e não para a política), e não como algo próprio da soberania popular⁴. Em outras palavras, na Democracia Minimalista o cidadão tem somente o direito/dever de participar em tempo certo – eleição –, após o que lhe resta é o silêncio e a conformação até o próximo mandato⁵.

Esta perspectiva de profissionalização da política que o modelo de Democracia Liberal instituiu, afastando em muito a participação e deliberação social, tem proporcionado sua manipulação estratégica para fins até ilícitos e usualmente divorciados dos interesses realmente públicos – basta vermos o fenômeno da corrupção endêmica de determinados regimes dito democráticos, como o brasileiro.

O problema é que a dinâmica das relações políticas do cotidiano envolvendo os cidadãos e instituições públicas e privadas, as quais geram demandas urgentes e vitais, estão marcadas por índices de complexidade e sofisticação que reclamam permanentes controles, consultas e filtros de legitimidade às escolhas públicas vinculantes, e não somente em períodos eleitorais estanques.

Autores mais contemporâneos, como David Held⁶, têm defendido que assistimos hoje uma extensão/expansão quantitativa das formas democráticas, em especial no Ocidente; mas, ao mesmo tempo, observamos várias crises do seu funcionamento, pois, de um lado cresce o número de países democráticos no mundo, e de outro se reduz o atendimento de muitas demandas dos cidadãos, principalmente em face dos direitos e garantias fundamentais que foram extremamente alargados, tanto no plano da constitucionalidade como no da infraconstitucionalidade. Ou seja, no momento em que a Democracia parecia haver triunfado enquanto regime de governo associado à participação social, vemos que sua efetiva realização está longe de satisfazer seus cidadãos, o que se apresenta como paradoxal, na medida em que o próprio modelo liberal de sociedade de Mercado e Estado de Direito já faziam esta promessa.

O sociólogo inglês Colin Crouch tem enfrentado estas questões e sustentado que o retorno à *substância* da Democracia é necessário, ou seja, enquanto *welfare state*. Afastando-se de perspectivas realistas e minimalistas, Crouch estabelece vínculos necessários entre Democracia e Capitalismo, pois, para o autor, estes dois fenômenos não podem coexistir separadamente⁷. A Democracia Liberal, na perspectiva de Crouch, não é nada mais nada menos do que adaptação da definição ideal de Democracia em face do modo de vida mutacionalmente constituído pela experiência sempre renovada dos diversos tipos de capitalismo que coexistem entre si (seguramente com atritos inexoráveis).

Para o sociólogo, participação eleitoral mais livre mercado constituem a fórmula antiga das possibilidades da Democracia no Ocidente – embora insuficientes –, até hoje vigente enquan-

4 Como nos diz o professor emérito de ciência política da Universidade de Bologna, Pasquino: "Soltanto i professionisti della politica (solitamente i ceti dirigenti dei partiti politici) avevano il diritto/dovere di essere selezionati come governanti, mirare a incarichi pubblici ed istituzionali a vari livelli, e così via" (PASQUINO, Gianfranco. (a cura di). **Strumenti della democrazia**. Bologna: Il Mulino, 2007, p.18).

5 Postura adotada por Schumpeter (1961), no sentido de que os eleitores deveriam respeitar a divisão do trabalho político entre si e os político que elegem, não devendo retirar facilmente a confiança depositada entre uma eleição e outra.

6 HELD, David. **Models of Democracy**. Cambridge: Polity Press, 1987; HELD, David. **Foundations of Democracy**. Cambridge: Polity Press, 2011; HELD, David. **Global Covenant**. The Social-Democratic alternative to the Washington Consensus. Londres: Polity, 2004. Cf. ARCHIBUGI, Daniele; HELD, David. **Cosmopolitan Democracy: Paths and Agents**. 15 dez. 2011. Disponível em: <http://www.danielearchibugi.org/downloads/papers/Archibugi_and_Held_Paths_and_Ways.pdf>. Acesso em: 10 out. 2017.

7 CROUCH, Colin. **Post-Democracy**. Cambridge: Polity Press, 2009. Temos presente que o primeiro autor a utilizar esta expressão na perspectiva filosófica e política foi Rancière (RANCIÈRE, Jacques. **Il disaccordo**: politica e filosofia. Roma: Meltemi, 2007), mas vamos focar no debate que faz Crouch.

to diretriz geral de organização seletiva do espaço público. No entanto, será que esta matriz democrática pode subsistir indene a críticas de insuficiências no campo da legitimidade e eficiência social do que seja substantivo para lhe caracterizar? É óbvio que não! Para Crouch, e compartilmos com ele tal posição, exige-se da Democracia garantias formais e materiais de equânime distribuição social da riqueza produzida pelo capitalismo e níveis de iguais oportunidades políticas para todos os cidadãos⁸.

Tal equação é muito difícil, sabemos, por mais que o autor inglês enalteça – também com argumentos não satisfativos – que a fase histórica mais próxima daquela ideia tenha sido os compromissos fordistas-keynesianos conquistados entre capital e trabalho em determinado período histórico na América do Norte⁹. As forças sociais e institucionais envolvidas naquele pacto de convivência civilizada entre capital e trabalho não conseguiram resistir as dissidências culturais forjadas na acumulação e concentração de renda fomentadas pelas transformações do capitalismo, que inclusive desprende-se do trabalho como fator de produção da riqueza.

De qualquer sorte, partimos da premissa teórica de que não é possível termos um conceito de Democracia que não passa por sua dimensão ideal e também normativa. Em outras palavras, cada definição de Democracia traz consigo específica visão de mundo enquanto forma de vida. E este é o caso das definições minimalistas e restritivas de Democracia Liberal recém vistas. Entretanto, também é verdade que este minimalismo conceitual tem alimentado o funcionamento de instituições políticas no Ocidente há muito tempo, dando vezo inclusive a problemas imensos de corrupção do sistema eleitoral e representativo de muitos parlamentos e governos – realidade que conhecemos bem.

8 Idem, p.52.

9 Há que reconhecemos, como diz Offe (OFFE, Claus. **Lo Stato nel capitalismo maturo**. Milano: Etas Kompass, 1977, p. 45), que as promessas de equilíbrio entre capital e trabalho forjadas pelo fordismo keynesiano criou a crença efêmera de que “*il capitalismo è parso essere compatibile con la democrazia, la classe operaia con il capitale. Ed infatti è stata una fase di intensa crescita economica accompagnata dall’acquisizione di diritti sociali e da un generalizzato benessere sociale*”. Cf. OFFE, Claus. A economia política do mercado de trabalho. In: _____. **Capitalismo desorganizado**. Transformações contemporâneas do trabalho e da política. São Paulo: Brasiliense, 1989. p. 19-69 .

Isto tudo tem gerado a violação dos princípios ideais sobre os quais restaram fundados os elementos nucleares da própria Democracia Liberal, pois agora os interesses de minorias poderosas têm protagonismos decisionistas mais eficazes do que maiorias representadas formalmente no espaço público, fazendo que com o sistema político, forjado para todos, perca gradativamente seus fins matriciais¹⁰.

A conclusão de Crouch está correta no sentido de que o poder das elites econômico-financeiras tem sido capaz de distorcer e corromper os fins últimos da Democracia Liberal e qualquer outra que pensarmos, colocando-nos em situação de quebra de expectativas individuais e sociais e rompendo a fúducia na representação política e nas instituições públicas, em algumas vezes. Vivemos, pois, em um processo de corrupção institucional, como quer Petrucciani:

Un processo di corruzione istituzionale si manifesta quando si ha una situazione di deviazione sistematica dei fini per i quali un’istituzione pubblica è concepita e costruita. Diciamo meglio. Se l’interesse, per esempio, che l’istituzione parlamentare deve costituzionalmente servire è quello pubblico, cioè l’interesse generale dei cittadini, allora la sistematica distorsione di quell’interesse a beneficio di interessi privati può essere definita come un processo di corruzione istituzionale, cioè un processo di corruzione dell’istituzione parlamentare stessa.¹¹

Agora, é também preciso nos darmos conta, partindo do reconhecimento da complexidade das relações na atual Sociedade de Riscos em que vivemos, que não podemos reduzir nossa compreensão sobre a Democracia. Existe outra história e outra realidade que, paradoxalmente, somente nos últimos anos tem tido acolhimento acadêmico e político mais significativo, marcada que está por certo tipo de contra-poder informal e difuso presente nas manifestações de setores organizados e es-

10 Ver o já clássico texto de ARDIGÒ, Achille. **Crisi di governabilità e mondi vitali**. Bologna: Cappelli, 1980.

11 PETRUCCIANI, Stefano. **Democrazia**. Torino: Einaudi, 2014, p. 49. Cf. GALLI, Carlo. **Il disagio della democrazia**. Torino: Einaudi, 2011.

pontâneos da Sociedade Civil¹², assim como na imprensa crítica e denunciativa dos problemas de governo e gestão pública que afligem milhões de pessoas todos dias.

A emergência deste tipo de contra-história da Democracia pode efetivamente fornecer contrabalanços políticos aos processos degenerativos da ordem social pós-democrática, todos centrados naquelas inéditas expressões da Comunidade e de sua participação política com altos níveis de emancipação e crítica, a ponto de caracterizar esgarçamentos profundos na configuração do espaço público, agora constituído nuclearmente pelo Estado, Governo, Mercado e Sociedade. Aqui, a Democracia Radical é sinônimo de Participação Política radicalmente de todos¹³.

Estes temas, *lato e estrito senso*, constituem marca distintiva das pesquisas que docentes e discentes do Mestrado em Direito da FMP têm apresentado no início de sua jornada, contando com a participação significativa dos parceiros institucionais que já se consolidam em contribuições como estas evidenciadas pelo e-book que vem a lume.

Uma boa leitura a todos.

Prof. Dr. Anizio Pires Gavião
Coordenador do PPGD

Prof. Titular Dr. Rogerio Gesta Leal
Coordenador Adjunto do PPGD

12 Em termos históricos ver os textos de: BROUË, Pierre. **A primavera dos povos começa em Praga**. São Paulo: Kairós, 1979; HOBSBAWM, Eric. **A era dos extremos: o breve século XX – 1914-1991**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

13 Cf. MOUFFE, Chantal. **The Democratic Paradox**. Londres: Verso, 2000; MOUFFE, Chantal. **Dimensions of Radical Democracy: Pluralism, Citizenship, Community**. Londres: Verso, 1992.

Sumário

PARA ENTENDER O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL Lenio Luiz Streck Francisco José Borges Motta	17
A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR THE DISREGARD OF THE LEGAL ENTITY IN THE CONSUMER LAW José Tadeu Neves Xavier	41
O ACESSO À INFORMAÇÃO NO PROCESSO PENAL ENQUANTO CONDIÇÃO DE POSSIBILIDADE DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E DO AMPLO DIREITO DE DEFESA: A SUTIL DISTINÇÃO ENTRE PROVAS DOCUMENTADAS E PROVAS DOCUMENTADAS ANALISADAS Rogério Gesta Leal	59
DISCUSSÃO SOBRE O CONCEITO DE SERVIÇO PÚBLICO: O QUE A HISTÓRIA ENSINA Maren Guimarães Taborda	85
HERMENÊUTICA ANALÓGICA E EFETIVIDADE DOS DIREITOS HUMANOS: UM HORIZONTE EMANCIPADOR Raquel Fabiana Lopes Sparemberger Ivone M. Lixa	101
AS RAÍZES DA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER E O SEU CONTEXTO ATUAL Eduardo Ritt Eveline Bernardy	117
TEORIA POPULACIONAL MALTHUSIANA DE FRONTE AOS DIREITOS NATURAIS E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA Érica Veiga Alves Ismael Silveira de Avila	131

ESTADO, PODER E VIOLÊNCIA NO CONTEXTO DO ARTIGO 303, § 2º, DO CÓDIGO BRASILEIRO DE AERONÁUTICA Catharine Black Lipp João	143
A APLICAÇÃO EXTRATERRITORIAL DA LEGISLAÇÃO ANTICORRUPÇÃO NO BRASIL, ESTADOS UNIDOS E REINO UNIDO Caroline Fockink Ritt Chaiene Meira de Oliveira	157
A LAVAGEM DE DINHEIRO NO SISTEMA FINANCEIRO BRASILEIRO E O PAPEL DO CONSELHO DE CONTROLE DE ATIVIDADES FINANCEIRAS (COAF) PARA SUA REPREENSÃO Alexandre Prevedello Pedro Guilherme Ramos Guarnieri	169
A OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA E O EXERCÍCIO DA MEDICINA: UMA CRÍTICA À DECISÃO PROFERIDA PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO HABEAS CORPUS Nº 268.459/SP Matheus Gonçalves dos Santos Trindade Karina Mombelli Sant'Anna	183
SOCIEDADE DE RISCOS: DA NECESSIDADE DE REFORMULAÇÃO DO SISTEMA POLICIAL BRASILEIRO PARA ENFRENTAR OS DESAFIOS DA CRIMINALIDADE Ademir Henz	197
GARANTISMO JURÍDICO E DIREITOS FUNDAMENTAIS: UMA ANÁLISE À LUZ DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO Thales Borges Delapieve	213
NECESSIDADE (OU NÃO) DO REGISTRO DO CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA PARA FINS DE ADJUDICAÇÃO Érica Veiga Alves Jorge Renato dos Reis	227

A NATUREZA JURÍDICA, ALGUMAS (DES) SEMELHANÇAS COM OUTROS INSTITUTOS E AS IMPLICAÇÕES REGISTRAS DECORRENTES DA NORMATIZAÇÃO DO DIREITO DE LAJE Catharine Black Lipp João	241
SEGURANÇA JURÍDICA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL Alexandre Prevedello Pedro Guilherme Ramos Guarnieri	257
OS EMPREGADOS HIPERSUFICIENTES À LUZ DA LEI Nº 13.467/2017: DA CONSTITUCIONALIDADE DA ALTERAÇÃO LEGISLATIVA Suiara Haase Pacheco	273
A VIOLÊNCIA DE GÊNERO E A PROTEÇÃO LEGAL DAS MULHERES: O PASSADO NO PRESENTE Paula Ferla Lopes	287
MEIO AMBIENTE COMO DIREITO FUNDAMENTAL Gisele Santos Cabral	301
DIREITO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR E JURISDIÇÃO: A (NÃO) NECESSIDADE DE APLICAÇÃO DOS TERMOS DA LEI Nº 8.429/92 AO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR Vinícius Filipin	313
A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A ABERTURA MATERIAL DO SEU CATÁLOGO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS Thales Borges Delapieve	329

PARA ENTENDER O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Lenio Luiz Streck¹
Francisco José Borges Motta²

-
- ¹ Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Pós-doutor pela Universidade de Lisboa. Professor titular do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Professor permanente da UNESA-RJ, de ROMA-TRE (Scuola Dottorale Tulio Scarelli), da Universidad Javeriana-CO e da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Membro catedrático da Academia Brasileira de Direito Constitucional - ABDConst. Coordenador do DASEIN - Núcleo de Estudos Hermenêuticos. Ex-Procurador de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Advogado. E-mail: lenio@unisinis.br
 - ² Mestre e Doutor em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Visiting Scholar junto à Columbia Law School (jan./maio, 2013). É Promotor de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e Professor da Fundação Escola Superior do Ministério Público (Graduação e Mestrado). E-mail: bmotta@mprs.mp.br

Resumo

O presente texto visa esclarecer e entender o novo Código de Processo Civil, observando, a partir da dignidade humana, o devido processo legal. Chama-se atenção para o fato de que o novo Código de Processo Civil (Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015) é, sem dúvida, a primeira grande regulamentação brasileira sobre Processo Civil a ser concebida em um período democrático. Como se sabe, as codificações anteriores foram concebidas em períodos de exceção (1939 e 1973). Partindo dessa premissa, foi dado pelo legislador um belo passo rumo à construção de um modelo democrático de processo. Houve, é certo, mais avanços do que retrocessos. Será demonstrada uma ligação profunda entre dignidade humana e processo democrático. Conforme estabelece a Constituição do Brasil, em seu artigo 5º, LIV, ninguém será privado de sua liberdade ou bens sem o devido processo legal. Como se sabe, a locução *devido processo legal* corresponde à tradução para o português da expressão inglesa *due process of Law* - este é o primeiro passo para que nos aproximemos, no contexto do presente trabalho, do tema devido processo legal.

Palavras-chave: Novo Código de Processo Civil. Dignidade da pessoa humana. Devido processo legal. Decisão jurídica democrática.

Abstract

This paper aims at clarifying and understanding the new Code of Civil Procedure, through human dignity and due process of law. We draw special attention to the fact that the new Code of Civil Procedure (Law No. 13105 of 03/16/2015) is undoubtedly the first major Brazilian regulation on civil procedure to be conceived in a democratic context. As it is well known, the previous Codes were designed during periods of exception (1939 and 1973). From this premise, this was a considerable step by the legislature towards building a democratic procedural model. There were, it is clear, more advances than setbacks. The article will demonstrate there to be a deep connection between human dignity and the democratic process as established by the Constitution of Brazil, in its article 5, LIV, that states no one shall be deprived of their liberty or property without due process - as is known, the phrase "devido processo legal", used in the original, corresponds to the translation into Portuguese of the English expression *due process of Law* - this is the first step for us to approach in this work the subject of due process.

Keywords: New Code of Civil Procedure. Dignity of human person. Due process of Law. Democratic legal decision.

1 Considerações iniciais

Temos chamado a atenção para o fato de que o novo Código de Processo Civil (Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015) é a primeira grande regulamentação brasileira sobre Processo Civil a ser aprovada em período democrático³. Como sabemos, os códigos anteriores foram forjados em períodos de exceção (1939 e 1973). Um belo passo rumo à construção de um *modelo democrático de processo* foi, sem dúvidas, dado pelo legislador. Houve, é certo, mais avanços do que retrocessos.

Boa parte desses *méritos*, pensamos, decorrem da circunstância de a doutrina ter sido ouvida na elaboração do novo código. Sob certo aspecto, e, ao menos, durante alguns dos debates que antecederam a finalização da lei, a *doutrina voltou a doutrinar*. Percebe-se que, a rigor, grande parte das *inovações* trazidas pela lei nada mais são do que interpretações ajustadas à Constituição de institutos e cláusulas já existentes. Quer dizer, o dever de fundamentação *completa e estruturada* disciplinado no artigo 489 do Código de Processo Civil – CPC (BRASIL, 2015), por exemplo, nada mais é do que uma *explicitação de sentido* das normativas já presentes nos artigos 5º, LV (direito ao contraditório) e 93, IX (dever de fundamentação das decisões judiciais) da Constituição do Brasil. Diga-se o mesmo da incorporação do direito ao contraditório em sua dimensão material (garantia de influência e vedação à surpresa) ao longo do Código (por todos, confirmam-se os arts. 9º e 10º do CPC/2015). Ora, autores de diferentes *cepas*, como Ovídio Baptista da Silva e Dierle Nunes (para citar apenas estes), já defendiam bem antes, cada um com suas premissas, interpretações, de certo modo, semelhantes. Bem assim, nossos próprios trabalhos já vinham apontando, há algum tempo, para a necessidade de observância dos padrões de *coerência e integridade* na produção jurisdicional do Direi-

to,⁴ finalmente encampadas na redação final do artigo 926 do CPC/2015.

Quer dizer: talvez a grande *inovação* do novo Código não esteja *neste ou naquele artigo ou capítulo*, mas sim na disposição de se ouvir a doutrina e, sobretudo, *de levar a sério* (em vários aspectos importantes) aquilo que a Constituição já determinava. É, a propósito disso, *simbólico* que, já no artigo 1º do CPC/2015, o legislador tenha incorporado o regime de *força normativa* da Constituição⁵. Esta *abertura* é indicativa de uma *guinada* dos estudos de processo civil em direção não apenas ao direito constitucional, mas a campos antes reservados apenas à teoria do direito. E isso é necessário, do contrário, não se compreendem questões centrais para a produção democrática do Direito como o papel da *coerência* ou a força da *integridade*; o papel dos *precedentes* e da *jurisprudência* em um país de matriz *legicêntrica* (artigo 5º, II, da CF); a necessidade de se harmonizarem *direitos fundamentais* que, em um primeiro olhar, conflitam entre si; a diferença entre *texto* e *norma*, que está na matriz da interpretação construtiva que pauta a jurisdição constitucional, e assim por diante.

É em meio a este contexto que resolvemos voltar nossa atenção para duas cláusulas constitucionais *estruturantes* da interpretação do novo Código: a *dignidade da pessoa humana* e o *devido processo legal*. Não se compreende a dimensão e as implicações do que exige a nova ordem processual sem que estas sejam levadas em consideração. E nada disso é possível sem que sejam percorridas questões de ética, de moralidade e de filosofia política, como ver-se-á.

4 Um dos autores deste texto contribuiu não apenas em sede doutrinária, mas também na própria inclusão dos padrões de *coerência e integridade* no atual artigo 926 do CPC/2015, por meio de sugestão de emenda à redação inicial do dispositivo no Anteprojeto (STRECK, 2013). Outrossim, ainda em 2012, um dos presente autores registrou textualmente a observação, em crítica ao Anteprojeto inicial, de que não haveria *qualquer ganho democrático em se estabilizar jurisprudência que não contasse com coerência e integridade* (MOTTA, 2012, p. 207).

5 Um dispositivo como o artigo 1º do CPC/2015 tem menos força normativa do que simbólica. É claro que não adiantaria o legislador dizer o contrário ou silenciar, o Código seguiria sendo *interpretado conforme as normas fundamentais da Constituição da República Federativa do Brasil*, sob pena de invalidade. Mas a disposição de se abrir esse novo capítulo da história da legislação processual a partir desse registro é louvável e serve, quando menos, de *alerta* aos seus aplicadores. Trata-se de uma advertência de que *não se deve interpretar o novo com os olhos do velho*.

3 Cf. STRECK; MOTTA, 2016.

2 Da dignidade humana à decisão jurídica democrática

Por um lado, o artigo 8º do CPC/2015 faz referência à “promoção” da dignidade da pessoa humana; por outro, o artigo 926 do CPC/2015 demanda dos “tribunais” que não apenas uniformizem a sua jurisprudência, mas também que a mantenham “estável, íntegra e coerente”. O que há de comum entre estes dispositivos?

O caso é que textos normativos como estes não devem ser interpretados mediante apenas o recurso aos conceitos léxicos de dignidade, estabilidade, integridade e coerência, senão com base em temas mais abrangentes, que dizem respeito à preservação da igualdade e da legitimidade de exercício do poder de coerção do Estado⁶. Um autor cujas ideias são particularmente iluminadoras para a composição do argumento é o norte-americano Ronald Dworkin, mentor da concepção (de algum modo, tangida pelo novo Código) de *Law as integrity*. Antes, porém, é necessário recorrer à filosofia de Kant.

Se, por um lado, a noção de valor intrínseco da vida humana tem raízes no pensamento clássico e no ideário cristão⁷, por outro, é com Kant que o processo de racionalização e secularização do conceito de dignidade da pessoa humana se completa. Sua concepção de dignidade parte da autonomia ética do ser humano, considerando essa (a autonomia) como fundamento da dignidade do homem, além de sustentando que o ser humano (o indivíduo) não pode ser tratado, nem por ele próprio, como objeto (SARLET, 2006, p. 213). Na sua conhecida formulação,

⁶ Cf. MOTTA; RAMIRES, 2016.

⁷ É o que observa Sarlet (2006, p. 212), muito embora com a ressalva de que não seria correto reivindicar para a religião cristã a exclusividade e/ou originalidade quanto à elaboração de uma concepção de dignidade da pessoa. Lembra o autor gaúcho que na China, por volta do século IV a.c., o confucionista Meng Zi já afirmava que cada homem nasce com uma dignidade que lhe é própria, atribuída por Deus e indisponível para o ser humano e governantes. Além disso, uma noção preliminar de dignidade da pessoa já se encontrava subjacente a uma série de autores da Antiguidade, inclusive para além das fronteiras do mundo clássico greco-romano e cristão ocidental.

o homem – e, de uma maneira geral, todo o ser racional – existe como fim em si mesmo, e não apenas como meio para o uso arbitrário dessa ou daquela vontade. Em todas as suas ações, pelo contrário, tanto nas direcionadas a ele mesmo como nas que o são a outros seres racionais, deve ser ele sempre considerado simultaneamente como fim. (SARLET, 2006, p. 213).

Além disso, “os seres racionais denominam-se pessoas, porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmos, ou seja, como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, portanto, nessa medida, limita todo o arbítrio (e é um objeto de respeito)” (SARLET, 2006, p. 213). Disto deriva a ideia de *dignidade* associada à *pessoa humana*, já que “no reino dos fins, tudo tem um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade” (KANT, 2005, p. 58-65)⁸.

É justamente no pensamento de Kant que a doutrina jurídica mais expressiva ainda, hoje, identifica as bases de uma fundamentação da dignidade da pessoa humana, e não foi diferente para a interpretação de Ronald Dworkin. Na sua leitura, como veremos a seguir, o aspecto central do argumento kantiano consiste em considerar que o respeito pela nossa própria humanidade significa respeito pela humanidade *enquanto tal*, ou seja, se você trata os outros como simples *meios* (instrumentos), cujas vidas não têm importância intrínseca, você está, na verdade, desprezando a sua própria vida (DWORKIN, 2006, p. 16-17).

Explicando melhor, Dworkin estabelece como centro de sua teoria moral uma leitura particular do *princípio da humanidade* kantiano. Para o autor, a dignidade humana tem uma *dupla dimensão* que pode ser traduzida em dois princípios básicos: o princípio do *valor intrínseco da vida humana* e o princípio da *res-*

⁸ É bem verdade que a obra de Kant comporta, na leitura de Vicente Barretto, sete conceitos de dignidade humana: “ser racional, *homo noumenon*, personalidade, fim em si mesmo, moralidade, autonomia e liberdade. Estes conceitos sucedem-se e complementam-se o que irá permitir a conceituação final de dignidade humana” (BARRETTO, 2013, p. 70-71).

ponsabilidade pela vida humana. Outra maneira de enunciá-los seria o princípio do *respeito próprio* (*principle of self-respect*) e o princípio da *autenticidade* (*principle of authenticity*)⁹.

De acordo com o primeiro, toda a vida humana tem um tipo de valor objetivo. Dworkin supõe que as pessoas, em geral, concordam com a afirmação de que suas próprias vidas tenham valor objetivo, e que não há nenhuma boa razão para que a vida de alguém seja considerada mais ou menos importante do que a de qualquer outra. Nesta vereda, haveria uma falha grave, uma falta de *dignidade pessoal* daquele que deixa de dar o devido valor à vida – seja a sua própria, seja a alheia. A importância objetiva não pode pertencer a uma vida humana sem que também pertença a todas às outras, de modo que é impossível separar o respeito próprio do respeito pela importância da vida dos demais (DWORKIN, 2006, p. 9-17).

De acordo com o segundo princípio, o da responsabilidade pessoal, cada um tem uma responsabilidade especial por buscar o sucesso de sua própria vida, uma responsabilidade que inclui a tomada de uma decisão sobre *que tipo* de vida poderia ser considerado um sucesso. O indivíduo não deve aceitar, portanto, que qualquer outro lhe imponha esses valores pessoais; ainda que ele aceite seguir alguma tradição ou código moral, isso deve ser o resultado de seu próprio julgamento. Não se pode alienar esse tipo de decisão, nem se deve aceitar o direito de um terceiro impô-la coercitivamente. Assim, não se concede ao Estado, ou a qualquer outro grupo, a autoridade para exigir-nos adesão a um esquema particular de valores, ou para impôr-nos escolhas particulares, como nossa profissão ou nosso

cônjuge; isso implicaria *subordinação*, a qual é condenada pelo princípio em questão (DWORKIN, 2006, p. 9-18).

No entanto, atenção! Isto não significa, para Dworkin, que o Estado não possa nos impor obrigações. Pode e deve. Inclusive, obrigações de conteúdo moral. Para entendermos este ponto, devemos ter presente a diferença traçada por Dworkin (2006, p. 20-21) entre *ética* e *moralidade*. Enquanto nossas *convicções éticas* definem o que deve contar como uma vida boa *para nós mesmos*, nossos *princípios morais* definem nossas obrigações *para com os demais*. O princípio da responsabilidade pessoal *permite* que o Estado nos force a viver de acordo com decisões coletivas baseadas em princípios morais, mas *proíbe* que o Estado nos dite convicções éticas.

Essas considerações vêm ao caso, aqui, à medida que Dworkin (1996) sugere que a sua concepção de dignidade humana, desdobrada nos princípios acima expostos, dá consequência a dois princípios estruturantes da democracia constitucional: a *igual consideração* (*equal concern*) e o *autogoverno* (*self-government*).

De acordo com o *princípio da igual consideração*, o qual é um desdobramento do primeiro princípio da dignidade humana (o do *valor intrínseco*), uma comunidade política deve demonstrar igual consideração pelas vidas de todos que estão sob a sua esfera de ação. Com relação ao *princípio do autogoverno*, este trata-se de uma decorrência do *segundo princípio* (o da responsabilidade pessoal): os arranjos políticos, para serem dotados de legitimidade, devem respeitar a responsabilidade pessoal e inalienável dos indivíduos de identificarem valor em suas próprias vidas (DWORKIN, 2006, p. 144-145).

Dito isso, vejamos como os princípios basilares de *igual consideração* e de *autogoverno* repercutem sobre os *processos* de formação de decisões públicas vinculantes. Dworkin defende o argumento de que as pessoas não têm o direito moral de exercer coerção sobre os demais, mesmo quando alegam agir no melhor interesse destas. Uma imposição deste tipo (heterônoma) seria ofensiva à dignidade humana. Portanto, em um ambiente democrático, as obrigações impostas pelo poder pú-

⁹ É certamente controversa a opção de Dworkin de valer-se do conceito de *dignidade humana* para enunciar os tais princípios éticos. De acordo com Waldron (2012, p. 22-3), não ficam claras, em momento algum, as vantagens de acrescentar-se a *etiqueta* da *dignidade humana* a esses princípios. Waldron chega a comparar Dworkin ao personagem Humpty Dumpty, de Lewis Carroll, sugerindo, portanto, que a utilização da expressão *dignidade humana* foi feita, na espécie, de forma arbitrária ou, ao menos, não devidamente justificada. Isso não invalida, de toda forma, o *conteúdo* das proposições, que, de fato, refletiriam valores bastante enraizados na teoria política ocidental. Vale dizer que Waldron, por sua vez, concebe a dignidade como um *status*, comparável ao *status* da *nobreza*; porém, uma nobreza com a qual contam todas as pessoas humanas, sem discriminação. A dignidade seria, para o autor, a *nobreza* para o *homem comum*.

blico devem ser estabelecidas pelo próprio povo, ou seja, no exercício de seu *autogoverno*. Este é o motivo pelo qual é necessário garantir *participação* no processo de tomada de decisões vinculativas. Entenda-se bem: democracia implica *autogoverno*. Assim, apesar de a nossa dignidade ficar comprometida quando nos submetemos à autoridade de outros sem termos participado de suas decisões, não há dano à nossa dignidade quando, por outro lado, nós participamos *como parceiros iguais* (daí a necessidade de *igual consideração e respeito*) na construção destas mesmas decisões¹⁰.

Perceba-se que dos princípios éticos da dignidade (*autenticidade* e *valor objetivo*) fluem dois princípios políticos fundamentais (*autogoverno* e *igual consideração*). A partir destes, concebem-se as *condições de legitimidade* de um processo democrático¹¹.

Nesta altura do raciocínio, posicionadas deste modo estas premissas, cabe-nos guardar a seguinte lição: o respeito à dignidade da pessoa humana – na interpretação dworkiniana, a qual consideramos correta e adequada, do pensamento de Kant – passa, necessariamente, pelo desenvolvimento de um

10 Dworkin (1996, p. 24) elabora esta formulação por intermédio das cognominadas *condições democráticas* (condições de *participação moral*). O autor norte-americano entende que uma comunidade política não pode fazer de um indivíduo um membro moral dela própria se não der a ele *participação* em qualquer decisão coletiva, *interesse* nessa decisão e *independência* em relação a essa mesma decisão. A *participação* significa a oportunidade de poder modificar, de algum modo (sufrágio universal, representação etc.), as decisões coletivas. O *interesse* traduz-se na necessidade de que o processo coletivo expresse *reciprocidade* entre os participantes morais: um participante não pode ser considerado um membro da comunidade a menos que seja tratado pelos outros como tal, ou seja, a menos que as consequências de qualquer decisão coletiva para sua vida sejam consideradas tão importantes quanto as consequências dessa mesma decisão para a vida de todos os demais. Repare-se que, desse modo, uma sociedade que desprezasse os interesses da minoria em detrimento daqueles da maioria seria não apenas *injusta*, mas também *ilegítima*. Por fim, a *independência moral* representa a exigência de que se mantenha, a despeito da aceitação da coerção coletiva, uma esfera privada de decisões que não se pode alienar.

11 Lembremos que Dworkin (1996) descreve o raciocínio moral (e o raciocínio jurídico tem, na sua concepção, a mesma estrutura) como um processo de “ascensão justificadora”, por meio da qual os juízos morais exprimidos pelas pessoas são colocados à prova por meio da reconstituição de suas ligações com princípios, concepções ou ideais mais abrangentes. Conforme o raciocínio moral torna-se mais amplo, desenvolve-se uma “teoria” – e é neste sentido que Dworkin emprega a expressão “teoria moral”, sendo condição de legitimidade do raciocínio jurídico a possibilidade de sua recondução, em um nível mais abstrato, aos abrangentes princípios da dignidade.

processo jurisdicional democrático¹². Em palavras mais simples: processo democrático e dignidade humana estão inextricavelmente imbricados.

É este o *mote* para introduzirmos uma discussão sobre outro elemento nuclear dos estudos de direito processual: a cláusula do *devido processo*.

3 O que é o devido processo legal?

Há uma ligação profunda entre dignidade humana e processo democrático, como já visto anteriormente. Este é o primeiro passo para que nos aproximemos, no contexto do presente trabalho, do tema *devido processo legal*.

Com efeito, a Constituição do Brasil estabelece, em seu artigo 5º, LIV, que *ninguém será privado de sua liberdade ou bens sem o devido processo legal*. Como se sabe, a locução *devido processo legal* corresponde à tradução para o português da expressão inglesa *due process of Law* – sendo útil a lembrança, porém, de que a palavra *Law* não diz apenas respeito à *lei* em sentido estrito (produto do processo legislativo), mas ao próprio *Direito*. Esta cláusula – cujas origens remontam, quando menos, à outorga da Magna Carta inglesa – está textualmente incorporada ao direito constitucional dos Estados Unidos da América, como se lê nas Emendas V¹³ e XIV¹⁴ à Constituição da-

12 É certo que Dworkin (1996) tinha em consideração, na sua formulação original, o processo político, e não propriamente o jurisdicional, entretanto, é possível traduzir suas *condições* para o âmbito da jurisdição. Não somente porque a decisão jurídica tem uma dimensão política (tenhamos presente que Dworkin concebe o Direito como uma subdivisão da moralidade política), mas também porque as condições processuais são, na verdade, condições *democráticas* e, neste sentido, condições de legitimidade de qualquer decisão oficial. Estas são, com efeito, desdobramentos dos princípios da dignidade.

13 Amendment V (1791): “No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, **nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law**; nor shall private property be taken for public use, without just compensation.” (grifo nosso).

14 Amendment XIV (1868): “Section 1. All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State where in they reside. No

quele país, o que significou, como se verá, um grande avanço na dogmática processual¹⁵.

Tenha-se presente que, de início, a cláusula americana do *due process* implicava apenas a observância de certas formalidades processuais, como publicidade, defesa adequada, etc. Entretanto, a partir da segunda metade do século XIX, mudanças na estrutura socioeconômica dos Estados Unidos propiciaram modificações na interpretação judicial desta garantia (LIMA, 1999, p. 72). O principal marco deste câmbio interpretativo é, certamente, o processo envolvendo *Dred Scott v. Sandford* (1857), no qual a Suprema Corte julgou inconstitucional o *Missouri Compromise Act*, de 1820. Na ocasião, o Tribunal decidiu que pessoas de descendência africana que eram ou escravos, ou descendentes de escravos, não poderiam ser considerados cidadãos em qualquer dos Estados da União, nem teriam qualquer direito que os brancos estivessem obrigados a respeitar (“no rights which the white man was bound to respect”). Este caso é sempre lembrado porque, nele, deu-se à cláusula do *due process* o significado de um *direito substantivo*, ao reconhecer que a proibição da escravidão nos territórios federais (instituída pelo *Missouri Compromise Act*) violava os direitos dos senhores de escravos sem o devido processo legal¹⁶.

A partir do momento em que, a par de caracterizar uma garantia processual, o *due process* passa a ser concebido como uma garantia de ordem *material*, passa-se a lidar com a noção de que a sua instituição implica uma limitação ao exercício dos poderes do Estado. O Judiciário não pode julgar alguém sem que a este sejam garantidos voz e meios para se defender; o Legislativo e o Executivo não podem adotar medidas que venham

a ferir o núcleo de direitos fundamentais do cidadão – em um primeiro momento, circunscritos a direitos individuais contra a ingerência do Estado¹⁷.

Entenda-se que, no contexto do direito constitucional norte-americano, estruturou-se, a partir desta compreensão, uma demarcação entre as chamadas *dimensões* do direito ao devido processo legal. Por um lado, há uma expressão *procedimental* da garantia; por outro, uma *material*, ou *substantiva*. Fixemos, por ora, nesta primeira *dimensão* (formal).

Nery Jr. (1995, p. 36), citando a lição de Nowak-Rotunda-Young, aponta que no direito processual americano a cláusula do *procedural due process* significa basicamente o dever de propiciar-se ao litigante: a) a comunicação adequada sobre a recomendação ou base da ação governamental; b) um juiz imparcial; c) a oportunidade de deduzir defesa oral perante o juiz; d) a oportunidade de apresentar provas ao juiz; e) a chance de reperguntar às testemunhas e de contrariar provas que forem utilizadas contra o litigante; f) o direito de ter um defensor no processo perante o juiz ou tribunal; e g) uma decisão fundamentada, com base no que consta dos autos. Este é, certamente, o sentido mais comum da expressão *devido processo*: o de uma garantia procedimental, mediante a qual se exige um certo caminho, uma série de formalidades, um *process* para que se prive o indivíduo de algum direito fundamental.

Já no arranjo do constitucionalismo brasileiro, tanto em âmbito doutrinário quanto jurisprudencial, ainda que com ênfases e enfoques distintos, o devido processo legal (para alguns, *devido processo constitucional*) tem sido tratado como um *princípio jurídico*¹⁸, por meio do qual se garante que todas as

State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.” (grifo nosso).

15 Cf. NUNES et al., 2011, p. 75.

16 É sabido que, bem antes, *Sir Edward Coke*, já desenvolvera, a seu modo, um sentido *material* à cláusula do devido processo, quando de seu enfrentamento às prerrogativas do Rei no início do século XVII. Na verdade, Coke inaugurou o controle difuso de constitucionalidade sem constituição. O juiz do *Common Pleas* é citado por Marshall no caso *Marbury versus Madison*, que por sua vez é referido por Rui Barbosa em 1890 na exposição de motivo do Decreto 890, o qual instituiu a justiça federal no Brasil. Cf. STRECK, 2013a.

17 Cf. NUNES et al., 2011, p. 75.

18 Não há consenso, na doutrina, com relação ao conceito de princípio. Autores como Marcelo Cattoni Oliveira (2004) e Dierle Nunes (2008), por exemplo, adotam uma concepção mais próxima ao pensamento do filósofo alemão Jürgen Habermas (1997, v.1), para quem princípios funcionam como normas que se aplicam de acordo com um juízo de adequabilidade, a ser discursivamente construído. Para Habermas, princípios têm caráter deontológico, não se confundindo com valores, que se aplicariam conforme a preferência do aplicador. Já processualistas como Didier Jr. e Daniel Mitidiero (2011) trabalham com variantes da teoria dos princípios de Humberto Ávila (2006), segundo quem princípios são normas que *impõem um fim*. Neste sentido, *os princípios instituem o dever de adotar comportamentos necessários à realização de um estado de coisas ou, inversamente, instituem o dever de efetivação de um estado de coisas pela adoção de comportamentos a ele*

decisões sejam formalmente e materialmente de acordo com a Constituição. A ideia nuclear é a de que todo exercício de poder público deve ser formado por um processo que atenda aos direitos fundamentais¹⁹. A dimensão procedimental do *due process* dá ênfase, justamente, a esta necessidade de haver conformidade *formal* do processo com as diretrizes constitucionais²⁰.

Veja-se que a própria Constituição do Brasil aponta o caminho para a concretização do *devido processo* ao prever, expressamente, o seu conteúdo mínimo. É preciso observar o contraditório e a ampla defesa (artigo 5º, LV) e dar tratamento paritário às partes do processo (artigo 5º, I); as provas ilícitas são proibidas (artigo 5º, LVI); o processo há de ser público (artigo 5º, LX); o juiz natural é garantido (artigo 5º, XXXVII e LIII); as decisões não de ser motivadas (artigo 93, IX); o processo deve ter uma duração razoável (artigo 5º, LXXVIII); o acesso à justiça é garantido (artigo 5º, XXXV) e assim por diante²¹. Dito de outro modo: concretizam o *devido processo*, desde uma perspectiva *procedimental*, a observância dos direitos fundamentais processuais instituídos pela própria Constituição.

É importante ter presente, neste passo, que não há uma relação de oposição ou contraposição entre as dimensões formal e material da cláusula do devido processo. Não há como falar de um *devido processo legal procedimental* separadamente do *devido processo legal substancial*²². No sentido de que a interpretação construtiva (Dworkin), substantiva, opera sobre as questões procedimentais, explicitando-as e tornando concretas suas exigências. Percebe-se também que, ainda que a dimensão procedimental do devido processo legal esteja preocupada

essencialmente com a obediência à forma, com o cumprimento de etapas procedimentais, não há como verificar o atendimento destas exigências sem que haja um questionamento a respeito de seu conteúdo, concretamente considerado. Sendo assim, é sempre uma questão de *moralidade substantiva* (no sentido empregado por Dworkin) saber se o cumprimento de determinada formalidade ou etapa procedimental ocorreu, ou não, caso a caso, de modo conforme com o Direito. Posicionada esta premissa, passemos à análise da chamada *substantive due process of Law doctrine*.

No contexto da cadeia de decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos, o argumento inaugurado em *Dred Scott* foi sendo gradativamente reformulado²³, tendo havido uma evolução no sentido de limites substantivos serem estabelecidos aos poderes governamentais (especialmente Legislativos) de ingerência nos direitos individuais dos cidadãos. Interessa notar que se, em um primeiro momento, essa proteção vinha sendo invocada sobretudo para os direitos de propriedade e de liberdade econômica, a partir da década de 30 do século XX, a interpretação judicial da cláusula mudou de foco, passando a abranger outros direitos fundamentais – ainda que não enumerados expressamente na Constituição. Isso é, a legislação que se ocupasse de regular o exercício de um direito fundamental passou a ser objeto de um exame mais aprofundado, com a finalidade de observar se a intervenção pretendida pelo poder público estava ou não devidamente justificada. Tal concepção acabou conferindo à cláusula em análise o caráter de um veículo de afluência e expansão, por intermédio da jurisdição de direitos constitucionais (LIMA, 1999, p. 121-124).

Consagrada ou não, o fato é que certamente é controversa a interpretação da *due process clause* como uma imposição de limites substantivos à ação do Governo. Amar (2012, p. 119), por exemplo, observou que a locução *substantive due process* beira o oxímoro, na medida em que *substância* e *processo* seriam

necessários. Já os autores deste trabalho adotam uma compreensão de princípio como um conceito interpretativo, noção esta derivada, substancialmente, do pensamento de Ronald Dworkin (2011). Para o jusfilósofo norte-americano, o princípio é um argumento, de natureza moral, que opera no discurso jurídico para favorecer o reconhecimento de direitos. É importante ter presente que, para Dworkin, interpretar é uma questão de *valor* e de *responsabilidade* – vetores estes que estruturam não apenas a interpretação jurídica, mas a tarefa interpretativa em geral.

19 Cf. NUNES et al., 2011, p. 75.

20 Especificamente quanto ao processo civil, Nery Jr. (1995, p. 38) assim resume o feixe de garantias que compõem o chamado *procedural due process of law*: “a) igualdade das partes; b) garantia do *jus actionis*; c) respeito ao direito de defesa; d) contraditório”.

21 Cf. DIDIER JR., 2015, p. 66.

22 A partir de premissas diferentes, mas com conclusão semelhante, Cf.: ÁVILA, 2008, n. 163.

23 Veja-se, por exemplo, *Mugler v. Kansas* (1887).

expressões tradicionalmente utilizadas como opostos²⁴. Tribe (2008) também demonstrou algum ceticismo com relação aos fundamentos que guiaram a tal construção tribunalícia, caracterizada por alguns como um *nonsense* linguístico²⁵. Contudo, conforme o próprio autor (2008, p. 111) concede, o fato é que a prática de se tratar a garantia do devido processo como uma fonte central de limites materiais à autoridade governamental tem um longo *pedigree* e – apesar de sua origem reconhecida – não deve ser abandonada tão cedo.

Já no contexto jurídico brasileiro, é curioso notar que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal assimilou a dimensão substantiva do devido processo legal de um modo bastante peculiar, atribuindo-lhe o caráter de fundamento normativo das máximas da *proporcionalidade* e da *razoabilidade*²⁶. Tratam-se, em todo caso, de parâmetros de controle material, para além da fiscalização da adequação de meros procedimentos.

Outro aspecto digno de nota a respeito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é o de que a Corte, em regra,

24 O argumento de Amar, no contexto em que a referida observação aparece, é o de que seria mais natural que os tribunais encontrassem uma tal limitação na chamada *privileges or immunities clause*, alojada na Emenda XIV da Constituição Norte-Americana. É claro que a referência não se aplica a *Dred Scott* – caso resolvido antes da incorporação da referida Emenda XIV, ratificada em 1868. De todo modo, a ideia é a de que a *due process clause* tenha sido, no contexto constitutivo norte-americano, superinterpretada (*overworked*), ao passo que a importância da chamada *privileges or immunities clause* viria sendo subestimada (*overlooked*). Tribe também tem opinião parecida (Cf. TRIBE, 2008, p. 111). Aliás, diga-se de passagem, a Emenda XIV é fruto da chamada *Primeira Reconstrução* norte-americana – expressão esta empregada por Amar (2005, p. 351) para descrever a trilogia de emendas constitucionais que se seguiram à guerra civil norte-americana. A saber, em 1865, a Décima Terceira Emenda deu cabo à escravidão; em 1866, foi proposta a Décima Quarta Emenda (ratificada em 1868), tornando todas as pessoas nascidas nos Estados Unidos cidadãos americanos; em 1869 foi proposta a Décima Quinta Emenda (ratificada em 1870), garantindo aos negros direitos políticos.

25 Tribe (2008, p. 110-11) expõe, sem aderir expressamente, um dos argumentos articulados em favor da legitimidade da *substantive due process doctrine*. Segundo o autor, seria possível dizer que a chave da locução estaria na palavra *Law* (*due process of law*), no sentido de que algumas privações impostas pelo Governo, em que pese possam ter a *forma* de direito, seriam injustas a ponto de não contarem como *verdadeiro Direito* (*real Law*). Ou seja, a expressão *due process of law* inclui não apenas referências processuais (*due process*), mas também o conceito (possivelmente) substantivo *law*.

26 Este não é, certamente, o espaço adequado para colocar em foco o estatuto teórico dos enunciados *proporcionalidade/razoabilidade*. Aliás, uma base minimamente necessária para que se estabeleça uma discussão produtiva passa pelo conceito de *princípio* que se adote – questão que, por sua vez, remete ao próprio conceito de *Direito* (confira-se, a propósito, nota de rodapé sobre o *conceito de princípio*).

considera a violação à cláusula do devido processo legal uma ofensa *meramente reflexa* da normativa constitucional, o que acaba diminuindo a possibilidade de controle de decisões com base neste argumento (BRASIL, 2006). Há, entretanto, hipóteses nas quais o Tribunal tem reconhecido a insubsistência desta tese (de que a ofensa à Constituição, suficiente a ensejar o conhecimento de recurso extraordinário, há de ser direta e frontal) (BRASIL, 2008), justamente com o objetivo de *relegar à inocuidade* princípios básicos de um Estado Democrático de Direito, como, além do devido processo, o da legalidade²⁷.

4 Considerações finais: a dignidade do devido processo ou uma leitura moral do novo código de processo civil

Voltemos, em arremate, a Dworkin. Nosso objetivo foi promover um encontro entre as exigências mais abrangentes dos *princípios da dignidade*, obedecida a formulação do autor norte-americano, com as lições a respeito de um *devido processo* anteriormente apresentadas. Façamos, pois, uma *leitura moral*²⁸ da cláusula do devido processo legal.

Com efeito, a *leitura moral da Constituição* (DWORKIN) recomenda que compreendamos seus dispositivos (em especial os que tratam de direitos individuais e que tenham sido vazados em linguagem abstrata) como *princípios morais*, que se incorporam ao Direito como limites ao poder do Estado. Estes princípios, por sua vez, devem ser interpretados em harmonia com as exigências de legitimação de um governo democrático, a saber, o dever de tratar as pessoas sob seu domínio com igual consideração e respeito e o de preservar a responsabilidade pessoal desses indivíduos por suas próprias vidas. Em um nível ainda mais geral, como vimos, tais demandas (pela imposição de

27 Cf. NUNES et al., 2011, p. 79.

28 Cf. DWORKIN, 1996.

limites ao governo, pela preservação da igualdade, pelo dever de respeito à autonomia dos indivíduos) derivam de dois princípios éticos ainda mais abrangentes, os chamados *princípios da dignidade* (princípios do *valor intrínseco* e da *autenticidade*). Assim, dando à interpretação um *caráter integrado*, deve-se ter presente que a leitura moral da Constituição trata, no limite, da construção de interpretações que, respeitados os limites do texto, melhor preservem as dimensões da dignidade humana – ainda que isso (saber se uma determinada interpretação constitucional honra ou avilta a dignidade humana) seja, também, uma questão interpretativa.

Percebe-se, neste passo, que o enunciado do artigo 5º, LIV, da Constituição do Brasil passa pelos primeiros testes que autorizam a utilização da estratégia dworkiniana, a saber: o constituinte empregou uma linguagem abstrata²⁹ e estabeleceu direitos aos indivíduos. De fato, o texto constitucional não define em detalhes em que consiste o devido processo, limitando-se a proclamá-lo de forma genérica.

É bem verdade que, no caso brasileiro, a Constituição faz referências expressas a algumas garantias processuais (é o caso do contraditório e da ampla defesa, previstos no artigo 5º, LV), mas isso não invalida – e sim complementa – nosso argumento. A Constituição deve ser interpretada como um conjunto coerente, e os dispositivos que tratam das coisas processuais devem sustentar-se reciprocamente (não há *devido processo* sem *contraditório*; não há *devido processo* sem *ampla defesa*; não há *ampla defesa* sem *contraditório* e assim por diante). Não há dúvidas, pois, de que pode-se interpretar a cláusula do devido processo como um *princípio moral abrangente, integrado ao Direito como um limite ao poder do Estado*.

Sustentamos, em síntese, a partir deste quadro referencial, que a cláusula do devido processo enuncia, no âmbito de uma teoria jurídica que guarde premissas dworkinianas, um prin-

cípio moral extremamente robusto e que serve de parâmetro de configuração da jurisdição constitucional. A última, então, deve assegurar a garantia das condições processuais para “o exercício da autonomia pública e da autonomia privada dos coassociados jurídicos, no sentido da interdependência e da equiprimordialidade delas” (OLIVEIRA, 2004, p. 383). Note-se, em conclusivo, que essa tentativa nos aproxima, de algum modo, do pensamento de Oliveira (2004, p. 384), o qual afirma que a jurisdição constitucional deve garantir a participação nos processos jurisdicionais dos possíveis afetados por cada decisão, por meio de uma *interpretação construtiva* que compreenda o próprio processo jurisdicional como garantia das condições para o exercício da autonomia jurídica dos cidadãos. Nesta vereda, a jurisdição constitucional *aplica a si mesma o princípio do devido processo legal*, o qual passa a estruturar o *modelo constitucional do processo*³⁰.

Permitam-nos a insistência neste ponto: as cláusulas constitucionais que tratam do processo jurisdicional devem ser interpretadas de modo a harmonizá-lo com as exigências de uma democracia constitucional. É neste sentido que se diz que o processo jurisdicional alcança a sua legitimidade a *partir da observância dos princípios da dignidade (autenticidade e valor objetivo)* e da concretização dos princípios políticos estruturantes da democracia (*autogoverno e igual consideração e respeito*).

Deste modo, é possível dizer que uma decisão jurídica e democraticamente correta deve ter a sua legitimidade confirmada de dois modos: o primeiro, aquela deve ser produto de um *procedimento* constitucionalmente adequado, por meio da qual se garanta, aos interessados, *participação*; o segundo, a decisão deve estar fundamentada numa interpretação dirigida à *integridade*³¹ do Direito. Ou seja, por um lado, preserva-se o au-

30 Esta conclusão é aprofundada em Motta (2017).

31 Com efeito, a noção dworkiniana de “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. Isto é, a ideia nuclear é a de que todos os direitos que sejam patrocinados pelos princípios que proporcionam a melhor justificativa da prática jurídica como um todo sejam pretensões juridicamente protegidas (DWORKIN, 1986).

29 Abstrata no sentido de que o texto prevê, de forma abrangente, que não se pode privar o cidadão de direitos sem o “devido processo legal”, sem, contudo, defini-lo detalhadamente, explicitando as suas exigências formais ou substantivas. É nesse sentido, aliás, que Dworkin refere-se à linguagem por vezes “abstrata” do texto constitucional – em oposição às suas disposições mais específicas, como aquela na qual se prevê a idade mínima para o exercício da Presidência da República.

to governo (e a autenticidade) assegurando-se a participação do interessado na construção das decisões que lhe vinculam (sendo que esta participação se dá, no âmbito específico do processo jurisdicional, em *contraditório*); por outro, a decisão jurídica final, além de ter de refletir a contribuição do debate processual (compartilhamento decisório), deve guardar coerência com a integridade do Direito, de modo a preservar o *tratamento igualitário* (princípio do *valor objetivo*).

Perceberam onde chegamos? Eis aí uma proposta de interpretação do CPC/2015: há uma imbricação indissolúvel entre os arts. 8º (*promoção da dignidade humana*), 926 (*dever de coerência e integridade*) e o § 1º, IV, do artigo 489 (*dever de consideração*), todos do CPC/2015. É disso que trata (*procedimento e resultados*) um *devido processo*. Não se trata de meras mudanças legislativas, mas de uma *guinada no que se entende por processo jurisdicional democrático*, o qual passa a ser concebido como *corolário da exigência de igualdade de consideração* (decorrência dos princípios do *respeito próprio* e da *igual consideração*) e de *deferência à participação das partes na construção da resposta mais adequada a cada caso* (princípio da *autenticidade* ou, mais especificamente, *autogoverno*).

Registre-se, pois, que, assim como a dignidade é *indivisível* (DWORKIN, 2011), os reflexos processuais desta são incindíveis e reciprocamente constitutivos. Devido processo legal e dignidade da pessoa humana estão entrelaçados. De nada adianta garantir *participação* aos interessados se a decisão final não estiver radicada em uma teoria coerente, em princípio, com a integridade do Direito. De nada, ainda, adianta uma resposta *correta* em seu resultado que tenha sido construída autocraticamente. Conclui-se, então, que o CPC (BRASIL, 2015) tem de ser lido como o corolário dessa imbricação entre o devido processo legal com a principiologia que estabelece o cerne do Constitucionalismo Contemporâneo, já que é na a dignidade da pessoa humana que estão o alfa e o ômega de um Estado Democrático de Direito.

Referências

- AMAR, Akhil Reed. **America's Constitution: a Biography**. New York: Random House Trade Paperbacks, 2005.
- _____. **America's Unwritten Constitution: the Precedents and Principles We Live By**. New York: Basic Books, 2012.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação de princípios jurídicos**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BARRETTO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos Direitos Humanos e outros temas**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 13 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.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 428.991/RS, Relator: Ministro Marco Aurélio. Porto Alegre, 26 ago. 2008.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário AgR 491.923/DF. Relator: Ministro Ricardo Lewnandowski, Brasília, DF, 2006.
- DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 17. ed. v. 1. Salvador: Juspodivm, 2015.
- DWORKIN, Ronald. **Freedom's Law: the moral reading of the American Constitution**. Cambridge: Harvard University Press, 1996.
- _____. **Is Democracy Possible Here? Principles for a new political debate**. Princeton: Princeton University Press, 2006.
- _____. **Justice for Hedgehogs**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.
- _____. **Law's Empire**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1986.

- HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. v. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Teoría de la legislación y derecho como integridad**. Curitiba: Juruá, 2012.
- KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2005.
- LIMA, Maria Rosynete Oliveira Lima. **Devido processo legal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.
- MITIDIERO, Daniel Francisco. **Colaboração no processo civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- MOTTA, Francisco José Borges. **Ronald Dworkin e a Decisão Jurídica**. Salvador: Juspodivm, 2017.
- _____. **Levando o Direito a sério**: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- _____; RAMIRES, Maurício. O novo Código de Processo Civil e a decisão jurídica democrática: como e por que aplicar precedentes com coerência e integridade? In: SALOMÃO, George; STRECK, Lenio; ALVIM, Eduardo (Coord.). **Hermenêutica e jurisprudência no NCPC**. São Paulo: Saraiva, 2016.
- NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- NUNES, Dierle José Coelho et al. **Curso de Direito Processual Civil**: fundamentação e aplicação. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- _____. **Processo jurisdicional democrático**: uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2008.
- OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Devido processo legislativo e controle jurisdicional de constitucionalidade no Brasil. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Coord.). **Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

- _____. Processo e jurisdição constitucional. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Coord.). **Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.
- OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão judicial e conceito de princípio**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2008.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2006.
- STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013a.
- _____. **Novo CPC decreta a morte da lei. Viva o common law!** Portal Consultor Jurídico, 12 set. 2013b. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-set-12/senso-incomum-cpc-decreta-morte-lei-viva-common-law>>. Acesso em: 5 jan. 2015.
- _____. **Por que agora dá para apostar no projeto do novo CPC!** Portal Consultor Jurídico, 21 out. 2013c. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-out-21/lenio-streck-agora-apos-tar-projeto-cpc>>. Acesso em: 5 jan. 2015.
- _____; MOTTA, Francisco José Borges. Coerência, integridade e decisão jurídica democrática no novo Código de Processo Civil. In: SILVA, Cláudio Barros; BRASIL, Luciano de Faria (Org.). **Reflexões sobre o novo Código de Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.
- TRIBE, Laurence. **The Invisible Constitution**. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- WALDRON, Jeremy. **Dignity, Rank, & Rights**. New York City: Oxford University Press, 2012.

A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR THE DISREGARD OF THE LEGAL ENTITY IN THE CONSUMER LAW

José Tadeu Neves Xavier¹

¹ Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Santiago de Compostela (Espanha). Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), professor na Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público – FMP (Graduação e Mestrado em Direito), na Escola da Magistratura do Trabalho do Rio Grande do Sul (FEMARGS), e na Faculdade Meridional - IMED. Advogado da União.

Resumo

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica, prevista de forma genérica no artigo 50 do Código Civil, exige a presença de dois requisitos para a sua aplicação: a prática de abuso da personalidade jurídica e a insolvência da entidade personificada. O Código de Defesa do Consumidor contempla forma diferenciada de aplicação da teoria, dispensando o primeiro requisito e possibilitando a sua realização perante a mera verificação de ausência de condições econômicas para o pagamento dos credores.

Palavras-chave: Desconsideração da personalidade jurídica. Código de Defesa do Consumidor. Abuso da personalidade jurídica. Insolvência patrimonial.

Abstract

The disregard of the legal entity, set forth in Article 50 of the Civil Code requires the presence of two requirements for its application: the practice of abuse of legal entity and the insolvency of the entity personified. The Consumer Protection Code contemplates a different form of application of the disregard theory, dispensing with the first requirement and making it possible to verify the lack of economic conditions for the creditors paying.

Keywords: disregard of the legal entity; Consumer Law; abuse of the legal entity; insolvency.

1 Considerações iniciais

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica tem assumido papel de destaque no enfrentamento dos casos de utilização abusiva da entidade personificada em prejuízo de seus credores. O eixo central da compreensão e aplicação deste instrumento é representado pela cláusula geral consignada no artigo 50 da Codificação Civil, na qual é delineada a sua versão mais abrangente, calcada em dois pilares fundamentais: a verificação da atuação abusiva dos agentes que conduzem a pessoa jurídica (sócios, administradores, controladores) e a insuficiência de patrimônio para o cumprimento dos compromissos econômicos assumidos no mercado².

Entretanto, o viés especial que delinea a Codificação Consumerista oferece configuração diferenciada da *disregard doctrine*, que é compreendida de forma objetiva e específica. Neste contexto, há a aplicação da teoria desvinculada da necessidade de constatação da ocorrência dos requisitos indicados na legislação civil, bastando para tanto somente a verificação da existência de insolvência patrimonial da pessoa jurídica.

Este é, especificamente, o objeto do presente ensaio, o qual foca nos aspectos peculiares que a teoria da desconsideração da personalidade jurídica recebe pela Codificação de Defesa do Consumidor.

² O autor disserta sobre o tema da análise e aplicação da *disregard doctrine* no âmbito do Código Civil em dois ensaios específicos: A teoria da desconsideração da pessoa jurídica no novo Código Civil, Revista de Direito Privado, v. 10, p. 69-85, abr.-jun. 2002, e A processualização da desconsideração da personalidade jurídica, Revista de Processo, v. 254, p. 151-191, abr. 2016.

2 A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA SOCIETÁRIA NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

O Estatuto Consumerista foi o primeiro texto legislativo nacional a trazer previsão expressa sobre a teoria da desconsideração da personalidade jurídica dos entes coletivos, vindo a atender ao anseio de existência de regras jurídicas mais adequadas às relações de consumo, as quais estavam carentes, até então, de normas jurídicas que rompessem com a tradição liberal e individualista que tanto marcou o direito privado tradicional. Entretanto, no âmbito do Direito Consumerista, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica ganhou contornos próprios, aptos a corresponder à forma diferenciada de tutela do consumidor³.

As disposições sobre a possibilidade de aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica dos entes societários nas relações de consumo constam no artigo 28, e em seus parágrafos, nos seguintes termos:

Artigo 28. - O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração. § 1º (vetado); §. 2º - As sociedades integrantes dos grupos societários e as sociedades controladas são subsidiariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste Código; § 3º - As sociedades consorciadas são solidariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste Código; §. 4º - As sociedades coligadas só responderão por culpa; § 5º - Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma for-

³ Nas palavras de Marques: "no CDC, o método é mais uma vez tópico e funcional, bem ao gosto do CDC, no sentido de resolver o problema concreto do conflito de valores entre a manutenção do dogma da separação patrimonial e os interesses da outra parte contratante com a pessoa jurídica insolvente" (2016, p. 1410).

ma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores. (BRASIL, 1990)⁴.

Tal previsão normativa se apresenta como um retoque final dado pelo legislador ao sistema de responsabilidades na relação de consumo⁵, pois aquela está prevista no final do Capítulo que cuida da qualidade dos produtos e serviços e da prevenção e reparação dos danos causados ao consumidor. Neste sentido, Marques (2016, p. 1466) aponta que o reflexo da teoria da desconsideração no esforço de proteção aos interesses do consumidor é facilitar o ressarcimento dos danos causados por fornecedores-pessoas jurídicas no mercado de consumo. Este viés deve estar presente, por meio do intérprete e aplicador, na atividade de subsunção de cada uma das normas e princípios do Direito do Consumidor. Trata-se de regra matriz da interpretação das normas consumeristas.

No entanto, ao analisarmos este dispositivo, constatamos uma inequívoca falta de aprimoramento do legislador, o que não pode ser utilizado como motivo para deixar de dar efetividade à proteção do consumidor, elevada a nível constitucional como direito fundamental⁶. Sendo assim, o tema na seara consumerista deve ser analisado de forma a extrair-se dele o entendimento mais consentâneo com o sentido finalístico da

4 O § 1º, vetado quando da sanção presidencial, contava com a seguinte redação: “a pedido da parte interessada, o juiz determinará que a efetivação da responsabilidade da pessoa jurídica recaia sobre o acionista controlador, o sócio majoritário, os sócios-gerentes, os administradores societários e, no caso de grupo societário, as sociedades que o integrem” (BRASIL, 1990). Alves também afirma a adequação do veto, argumentando que “em boa hora veio o veto, pois o texto continha falhas e omissões: preliminarmente não contemplou a possibilidade do Ministério Público requerer a efetivação da responsabilidade, não da pessoa jurídica, como se disse, mas daqueles que tenham conduzido o ente moral a se desviar de sua finalidade ou abusar do direito que a lei lhe conferiu em detrimento do consumidor; em segundo, não há que se falar em desconsideração quando a lei já prevê o comprometimento dos bens particulares de acionistas controladores, administradores e gerentes e, por último, tratou de envolver as sociedades integrantes de grupos de direito pelos atos praticados por uma das associadas, esquecendo que a *disregard doctrine* não imputa responsabilidade à sociedade, mas aos seus membros” (ALVES, 2000, p. 269).

5 Kriger Filho comenta que “o motivo que levou o legislador, nas relações de consumo, a abrir exceção à regra que distingue o sócio da sociedade, chamando aquele à responsabilidade por atos praticados em nome desta, é o fato de que neste campo ao Estado interessa a efetiva proteção do consumidor, não lhe interessando o idealismo ou simples previsão de responsabilidade” (1995, p. 82-83).

6 A nossa Constituição Federal determina, em seu Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), que “O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor” (BRASIL, 1988).

norma. Não há motivos para críticas destrutivas, as quais só viriam a debilitar a legitimidade do texto consumerista. É preciso que se proporcione uma análise construtiva, buscando luzes que venham a tornar mais nítida a utilidade e a devida aplicação do artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor. Essa é a tarefa da doutrina, a qual fica responsável pela construção e otimização de textos normativos desprovidos de clareza.

3 Casos de desconsideração da personalidade jurídica na norma consumerista

Antes de adentrarmos na análise dos casos de superação da personalidade societária previstos na Lei do Consumidor, é oportuno que se esclareça que em dois momentos o legislador referiu sob a rubrica da desconsideração da personalidade jurídica matérias de responsabilidade subsidiária e solidária, ou seja, nos casos de grupos e consórcio de empresas. O § 2º, do artigo 28, estabelece que as sociedades integrantes de grupos societários e as sociedades controladas são subsidiariamente responsáveis perante crédito do consumidor⁷. Tem-se, portanto, caso de responsabilização legal de terceiro, em caráter subsidiário. E, ainda, no parágrafo seguinte é estabelecida a responsabilidade solidária das sociedades consorciadas. Ora, em tais situações não temos a aplicação da *disregard doctrine*, ou seja, não é necessário que o julgador, no caso concreto, desconsidere a personalidade jurídica da sociedade para fazer atuar a responsabilidade estabelecida na lei.

7 Amaro critica a redação do texto em análise, entendendo que este, ao estabelecer a responsabilidade subsidiária das sociedades integrantes de grupos societários, não fez referência a quem seria o devedor principal. No entanto, o próprio autor já soluciona a questão, ponderando que não são todas as sociedades integrantes do grupo que respondem subsidiariamente, sendo pelo menos uma delas, a que participou efetivamente da relação de consumo, responsabilizada diretamente como devedora principal. Analisando este ponto, o autor explica que “em face do preceito legal, se a pessoa jurídica ‘A’ não tiver condição patrimonial de responder pelas obrigações oriundas das relações em que ocupe a posição de fornecedora, outras sociedades ‘B’ e ‘C’ (integrantes do grupo de sociedades a que a ‘A’ pertence), poderão ser chamadas, subsidiariamente, para responder por tais obrigações” (AMARO, 1993, p. 180).

Devidamente afastadas as hipóteses nas quais não se verifica verdadeira a previsão normativa da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, restam três situações estabelecidas pelo legislador consumerista: (a) quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito⁸, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos e contrato social; (b) nos casos de falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má-administração; e (c) sempre que a personalidade societária for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados ao consumidor.

No primeiro caso temos o condicionante legal que é a lesão dos interesses do consumidor, ou seja, somente será possível o uso da desconsideração caso reste evidenciado que a prática abusiva ou ilícita foi praticada em detrimento do consumidor. O abuso de direito coloca-se como o exercício não regular de um direito reconhecido, autorizando o levantamento do véu societário, pois, nas palavras de Tomazette,

[...] a personalidade jurídica é atribuída visando determinada finalidade social: se qualquer ato é praticado em desacordo com tal finalidade, causando prejuízos a outrem, tal ato é abusivo e, por conseguinte, atentatório ao direito,

8 Na opinião de Kriger Filho “dentre as hipóteses avançadas pelo artigo 28 da Lei de Consumo, a única que tem correspondência aproximada com a teoria da desconsideração é a de abuso de direito, uma vez que, nesse caso, a sanção premial do Estado ao ente assim personificado poderia representar uma ameaça à escala de valores previamente estabelecida pelo ordenamento jurídico. É somente nela que existe vício no exercício de uma faculdade – no caso a de se associar – tendente a praticar atos que não correspondem aos fins teóricos e abstratos visados pela lei ao consagrar a personalidade societária” (KRIGER FILHO, 1995, p. 85). No mesmo sentido manifesta-se Silva: “No caput do art. 28, apenas o caso de abuso de direito pode ser entendido como justificadora da desconsideração. As hipóteses de excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social, falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica, desde que provocados por má administração, não se enquadram como hipóteses de desconsideração, pelo já abordado. A violação dos estatutos ou contrato social é hipótese de teoria da ultra vires. Nos casos de ato ilícito, este deverá ser reparado por quem o criou: diretamente, a sociedade, ou, indiretamente, os diretores, gerentes ou sócios. Falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração, por si só, não configuram casos de desconsideração da personalidade jurídica, devendo ser acompanhados das verdadeiras hipóteses que ocorrem quando o instituto da pessoa jurídica é utilizado para realizar o abuso de direito, defraudar credores, evitar uma obrigação existente, tirar vantagem da lei, atingir ou perpetuar monopólio, proteger a desonestidade ou o crime, quando há confusão entre sócio e sociedade ou sociedades do mesmo grupo, evitando-se sempre a ocorrência de injustiças.” (SILVA, 1999, p. 159).

sendo a desconsideração um meio efetivo de repressão a tais práticas. (TOMAZETTE, 2014, p. 258).

Amaro, ao analisar o dispositivo legal, lembra que somente será afastada a personalidade societária, nesta hipótese, caso esteja presente a incapacidade financeira da pessoa jurídica para ressarcir o dano causado ao consumidor (AMARO, 1993, p. 80), pois o caráter excepcional da efetivação da *disregard doctrine* é, e deve ser, preservado, mesmo frente à capitulação legal de conduta específica autorizada da sua aplicação. Também está autorizada a superação da personalidade jurídica da sociedade fornecedora caso conduta representativa de excesso de poder seja verificada, isto é, se os administradores entidade societária assumirem conduta que vai além dos limites fixados em lei, no contrato social ou no estatuto.

A doutrina, de um modo geral, não demonstra simpatia à dicção legislativa que inclui excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos e contrato social como motivos ensejadores da efetivação da extensão da responsabilidade da pessoa jurídica aos seus membros ou administradores, enxergando aqui a presença de meras condutas justificadoras de responsabilidade pessoal dos autores da prática de tais atos⁹.

Na segunda hipótese, a intenção de causar prejuízo ao consumidor é afastada e o elemento justificador da aplicação da superação da desconsideração jurídica é a verificação de má-administração societária que ocasione desfalque patrimonial da empresa, a qual atinge indiretamente o crédito do consumidor¹⁰. Assim, ocorrendo falência, encerramento¹¹ ou inatividade da

9 Souza, ao deter-se na análise do caput do artigo 28 do CDC, defende que somente a referência ao “abuso de direito” estaria em consonância com a elaboração doutrinária da *disregard doctrine* (SOUZA, 2009, p. 65).

10 A má-administração atinge primeiramente a própria empresa, causando seus efeitos danosos diretamente nesta, e, sendo assim, o consumidor é atingido indiretamente.

11 Amaro desenvolve crítica ao legislador consumerista que estabeleceu a previsão da desconsideração em favor do consumidor apenas na hipótese de encerramento das atividades por má-administração. O autor refere expressamente que “em suma, parece-nos mal posta a hipótese legal, já pela falta de nexos entre a qualidade de sua administração e os eventuais prejuízos do consumidor, já pela falta de isonomia entre o tratamento dado ao consumidor da empresa, encerrada por má-administração, e o conferido ao consumidor que tenha tido a infelicidade de ser cliente de uma empresa bem administrada que encerrou suas atividades. Não é por aí que se deve buscar a

empresa, somente será utilizada a técnica da desconsideração quando a causa dessas puder ser atribuída à má-administração societária¹². Tomazette, ao analisar esta questão, critica a escolha da dicção legislativa, colocando em dúvida a sua aplicabilidade face a dificuldade manifesta de definição do que pode ser considerado como má administração, que na sua visão seria um conceito de caráter abstrato e subjetivo (TOMAZETTE 2014, p. 258)¹³.

A terceira situação autorizadora da efetivação da disregard doctrine no âmbito consumerista será analisada na próxima seção.

proteção do consumidor, que seria talvez melhor servido se o dispositivo não contivesse o adendo em exame” (AMARO, 1993, p. 180).

12 O Tribunal de Alçada de Minas Gerais aplicou a teoria da desconsideração nesta hipótese em acórdão assim ementado: “A responsabilidade Civil do Administrador, para efeitos da desconsideração da personalidade jurídica (artigo 28 da Lei 8078/90), se mantém, mesmo após a cessação de suas funções na sociedade. A administração da empresa é composta de atos contínuos, que se encadeiam e não se podem individualizar em curto lapso de tempo. O fato de o administrador ter se afastado do conselho de administração da sociedade, que se encontra em processo de liquidação extrajudicial, por si só, não significa que o mesmo esta desvinculado das ações que praticou no comando da organização, podendo vir a responder pelas consequências da má administração, se a deficiência de sua conduta restar configurada” (Ap. Civ. nº 186.218-2, da Comarca de Belo Horizonte). Também cabe conferir julgamento do recurso especial nº Recurso especial 737000/MG, relatado pelo Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. pela 3ª Turma do STJ, em 01/09/2011: “Ação de resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel proposta contra a construtora e seus sócios. Desconsideração da personalidade jurídica. Artigo 28, caput e § 5º, do CDC. Prejuízo a consumidores. Inatividade da empresa por má administração. 1. Ação de resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel movida contra a construtora e seus sócios. 2. Reconhecimento pelas instâncias ordinárias de que, em detrimento das consumidoras demandantes, houve inatividade da pessoa jurídica, decorrente da má administração, circunstância apta, de per si, a ensejar a desconsideração, com fundamento no artigo 28, caput, do CDC. 3. No contexto das relações de consumo, em atenção ao artigo 28, § 5º, do CDC, os credores não negociais da pessoa jurídica podem ter acesso ao patrimônio dos sócios, mediante a aplicação da disregard doctrine, bastando a caracterização da dificuldade de reparação dos prejuízos sofridos em face da insolvência da sociedade empresária. 4. Precedente específico desta Corte acerca do tema (REsp. nº 279.273/SP, Rel. Min. Ari Pargendler, Rel. p/ Acórdão Min. NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, DJ de 29.03.2004). 5. Recurso especial conhecido e provido”.

13 Coelho, de outra banda, também coloca-se de forma contrária à previsão normativa em foco, mas sob outro argumento: “aquí, cogita-se de erros do administrador na condução dos negócios sociais. Quando ele desatende às diretrizes fixadas pelas técnicas administrativas, pela chamada ‘ciência’ da administração, deixando de fazer o que elas recomendam ou fazendo o que desaconselham, e disto sobrevêm prejuízos à pessoa jurídica, ele administra ‘mal’; e, se ocorrer a falência da sociedade empresária, a insolvência da associação ou fundação ou mesmo o encerramento ou a inatividade de qualquer uma delas em decorrência da má-administração, então será possível imputar ao administrador a responsabilidade pelos danos sofridos pelos consumidores. Novamente, a existência e autonomia da pessoa jurídica não obstante essa responsabilização, descabendo, por isso, a referência à sua desconsideração” (COELHO, 2016, p. 75).

4 A desconsideração da personalidade jurídica em função do prejuízo

A previsão expressa no § 5º, do artigo 28, do Código Consumerista, inova na própria teoria da desconsideração da personalidade jurídica ao estabelecer que esta deverá ser utilizada sempre que, de alguma forma, o reconhecimento irrestrito da personalidade jurídica da entidade representar obstáculos ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores¹⁴. Aqui, vigora o que ficou conhecido na doutrina como teoria menor da desconsideração. Segundo esta devem ser desprezados questionamentos sobre aspectos subjetivos como má-fé e fraude, bastando para o ressarcimento a insolvência do fornecedor¹⁵.

14 Séllos apresenta a seguinte decisão do 1º TACSP, aplicando o disposto no artigo 28, § 5º do CDC: “A ré, desde 21.8.91 é sucessora da original vendedora, tem mesmo fundo de comércio, mesmo ramo de atividade e mesmo endereço. Responde pelos contratos firmados pela antecessora. O Código de Defesa do Consumidor, diz em seu artigo 6º, VIII (Direitos Básicos), que há a inversão do ônus da prova quando verossímil a sua alegação; comprou, pagou, não recebeu e, a sucessora não quer entregar. É caso para o Ministério Público também para as autoridades Fazendárias. No CDC, há solidariedade de responsabilidade (artigo 18 e 19) e há desconsideração da personalidade jurídica (artigo 28) houve aqui flagrante ato ilícito. Aplica-se, no caso, por inteiro o artigo 28 em seu § 5º., desconsiderando-se a pessoa jurídica quando a sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento dos prejuízos do consumidor” (Ac. unº, AC 557.007-2 – Rel. Juiz Mendes de Freitas, j. 24.3.94, in Defesa do Consumidor – Empresa Sucessora – Responsabilidade Solidária – Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica – Aplicação, RDC, v. 14, p. 117).

15 A aplicação da teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica em matéria consumerista foi contemplada em decisão do STJ proferida em demanda. Por meio desta foi questionada a responsabilidade frente a danos causados em função de uma explosão em um shopping center na cidade de Osasco, fato este que ganhou repercussão nacional. O acórdão recebeu a seguinte ementa: “Responsabilidade civil e Direito do Consumidor – Recurso especial – Shopping Osasco-SP – Explosão – Consumidores – Danos materiais e morais – Ministério Público – Legitimidade ativa – Pessoa jurídica – Desconsideração – Teoria maior e teoria menor – Limite de responsabilização dos sócios – Código de Defesa do Consumidor – Requisitos – Obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores – artigo 28, § 5º. [...] A teoria menor da desconsideração, acolhida em nosso ordenamento jurídico excepcionalmente no direito do consumidor e no direito ambiental, incide com a mera prova de insolvência da pessoa jurídica para o pagamento de suas obrigações, independentemente da existência de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial. Para a teoria menor, o risco empresarial normal às atividades econômicas não pode ser suportado pelo terceiro que contratou com a pessoa jurídica, mas pelos sócios e/ou administradores desta, ainda que estes demonstrem conduta administrativa proba, isto é, mesmo que não exista qualquer prova capaz de identificar conduta culposa ou dolosa por parte dos sócios e/ou administradores da pessoa jurídica. A aplicação da teoria menor da desconsideração às relações de consumo está calcada na exegese autônoma do artigo 5º do artigo 28 do CDC, porquanto a incidência desse dispositivo não se subordina à demonstração dos requisitos previstos no caput do artigo indicado, mas apenas á prova de causar, a mera existência da pessoa jurídica, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores. Recursos especiais não conhecidos” – Resp nº 279.273/SP, 3ª turma, rel. Min. Fátima Andrighi, j. 04.12.2003.

A amplitude estabelecida por este parágrafo, quanto à utilização da teoria da desconsideração, bem como o fato de possuir uma abrangência maior que o próprio caput do artigo, foi alvo de severas críticas entre os doutrinadores brasileiros¹⁶. Alves, nesta linha, sugere que a amplitude da norma e o âmbito de sua incidência devem ser estritamente interpretados, argumentando que “qualquer prejuízo patrimonial sofrido pelo consumidor quando o agente é uma pessoa jurídica não pode levar ao afastamento de sua personalidade” (2000, p. 272) e que

se o que se pretende é um aprimoramento do instituto da pessoa jurídica, não é possível sujeitar os sócios que ingressam na sociedade sob a garantia da limitação de sua responsabilidade e desvinculação de seus patrimônios à simples insatisfação de qualquer credor, ainda que seja um consumidor. (ALVES, 2000, p. 272).

Zaniteli questiona a constitucionalidade do dispositivo em questão em dois aspectos: em um primeiro momento o autor propõe que se examine se a Constituição, ao regular a atividade

Veja-se, ainda, o seguinte precedente do STJ: “Direito do Consumidor e Processual Civil. Recurso Especial. Execução frustrada. Pedido de desconsideração da personalidade jurídica. Indeferimento. Fundamentação apoiada na inexistência dos requisitos previstos no artigo 50 do CC/2002 (teoria menor). Omissão. Ofensa ao artigo 535 do CPC reconhecida. 1. É possível, em linha de princípio, em se tratando de vínculo de índole consumerista, a utilização da chamada Teoria Menor da desconsideração da personalidade jurídica, a qual se contenta com o estado de insolvência do fornecedor, somado à má administração da empresa, ou, ainda, com o fato de a personalidade jurídica representar um ‘obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores’ (artigo 28 e seu § 5º CDC). 2. Omitindo-se o Tribunal a quo quanto à tese de incidência do artigo 28, § 5º, do CDC (teoria menor), acolhe-se a alegação de ofensa ao artigo 535 do CPC. 3. Recurso especial parcialmente conhecido e provido” – REsp. nº 1.11.153, rel. Min. Luís Felipe Salomão, 4ª Turma, j. em 06.12.2012.

16 Kriger Filho, salvo melhor juízo, apresenta a seguinte contradição na análise do dispositivo legal em questão. Inicialmente pondera que “apesar das opiniões contrárias, achamos perfeitamente possível a superação da personalidade societária quando esta constituir-se em óbice par a recomposição do patrimônio do consumidor lesado. E assim pensamos porque, como vimos, interessa ao legislador acima de tudo, a efetiva proteção do consumidor” (1995, p. 83). Mais adiante, ainda, apresenta a seguinte crítica ao parágrafo 5º do artigo 28 do Código do Consumidor: “a previsão da desconsideração da personalidade jurídica no caso em que a sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento dos prejuízos causados ao consumidor encerra, também, uma falha, uma vez que o superamento da personalidade objetiva só e somente buscar no patrimônio dos sócios o montante necessário para fazer frente aos danos provocados. Tal modo de compreender o assunto é completamente errôneo, dado que, com vimos, o objetivo principal da desconsideração é atribuir a outras pessoas, que não aquelas que figuram na relação jurídica, os atos jurídicos – válidos na sua essência – praticados pela sociedade em desacordo com os fins previstos em lei ao lhe outorgar personalidade, sendo que a vinculação patrimonial dos sócios é, em virtude disso, decorrência do superamento e não sua condição” (KRIGER FILHO, 1995, p. 86).

econômica, não teria implicitamente vedado a supressão, pela via legislativa, da limitação de responsabilidade do empresário, o que viria a representar desestímulo à livre iniciativa e ao crescimento econômico; e em um segundo momento, sugere que se questione a violação normativa pelo legislador consumerista do princípio da igualdade, face à disparidade de tratamento aos créditos dos quais são titulares os consumidores e os demais créditos de outros parceiros contratuais, como os trabalhistas e fiscais (ZANITELLI, 2000, p. 201-202).

De nossa parte não vislumbramos nenhuma inconstitucionalidade no texto sob comento, ao contrário, ele expressa os valores elegidos pelo legislador constituinte em duas passagens de suma importância da Carta Constitucional. A proteção ao consumidor é colocada pela Constituição como Direito Fundamental (artigo 5º, XXXII) e também erigida como princípio norteador da Ordem Econômica (artigo 170, V). Não há vício de inconstitucionalidade de norma que excepcione o sistema de limitação de responsabilidade societária, tão largamente difundido e de reconhecível importância no nosso Direito. Para confirmar tal assertiva basta que se recorde que as formas societárias previstas na Codificação Civil não contemplam a limitação de responsabilidade em suas características, embora sem utilização em função de questões de ordem práticas.

Da mesma forma, indicar a inconstitucionalidade do texto normativo consumerista que prevê a aplicação da teoria da desconsideração em favor do consumidor, sob a alegação de violação do princípio da isonomia face aos credores trabalhistas e fiscais, não está em sintonia com a ideia atual de igualdade, que é exatamente o elemento motivador de toda a produção legislativa de cunho social, com é o caso do Código de Defesa do Consumidor.

O Direito do Consumidor ostenta peculiaridades que justificam a existência de regramento não coincidente com aquele destinado ao direito comum. Há um nítido interesse público na matéria consumerista de trocas e prestações de serviços que movimentam o mercado e permitem a circulação das riquezas, com inevitáveis repercussões no âmbito das relações privadas, de forma

a proporcionar a efetiva tutela dos consumidores. A necessidade de consumo, o caráter preponderante de adesão das relações contratuais de massa e a disparidade de forças econômicas em desfavor do consumidor impõem a existência de normas mais rígidas, capazes de amenizar a ausência de equivalência entre os contratantes.

Entendemos que a vida do dispositivo em questão deverá ser estabelecida pelo intérprete, norteado pela técnica hermenêutica tradicional de harmonizar o enunciado do caput do artigo com a previsão presente no § 5º. Sendo assim, a cláusula geral inserta no parágrafo em questão não poderá ser aplicada de forma a tornar inócua a previsão do caput do artigo 28 da Lei Consumerista. No mesmo sentido, não pode ser ignorado o texto do parágrafo, deixando-se de aplicá-lo por apego literal ao mandamento contido no caput. A conciliação necessária e inquestionável deverá passar pela ideia de que o parágrafo proporciona uma abertura do rol de casos autorizadores da aplicação da teoria da desconsideração previstos no caput do artigo sem o prejuízo dos pressupostos teóricos que a doutrina da desconsideração da personalidade dos entes coletivos que o legislador consumerista visou consagrar na criação do artigo 28.

Como afirma Nunes (2013, p. 789), o parágrafo quinto do referido dispositivo normativo deixa patente que as hipóteses elencadas no seu caput são meramente exemplificativas, sendo o seu intuito, acima de tudo, garantir sempre o ressarcimento do consumidor pelos danos provocados pelo fornecedor. Deste modo, a regra consagrada no § 5º, do artigo 28 de Código Consumerista, representa um momento de compartilhamento do Direito do Consumidor com o Direito Negocial que lhe é estranho, de forma que, por meio deste ponto contado, o aplicador do direito poderá utilizar, para justificar a incidência da teoria da desconsideração da personalidade jurídica em uma determinada relação de consumo, algum dos fatos que justifiquem a aplicação desta teoria no macro sistema negocial, como a ocorrência de confusão patrimonial ou subcapitalização¹⁷. Desta forma, o

microsistema do Direito do Consumidor pode ostentar o domínio de realidades jurídicas que lhe são próprias e peculiares, cunhado sob medida para a sua praxis, sem, contudo, deixar de aproveitar a evolução experimentada pelo sistema maior¹⁸.

É oportuna a indagação sobre a melhor interpretação a ser dada à expressão “poderá desconsiderar”, constante do caput do artigo 28 do Código do Consumidor, ou seja, a aplicação da teoria da desconsideração, nos casos previstos por este texto normativo é indicativo de faculdade outorgada ao julgador ou trata-se de norma de incidência obrigatória.

Kruger Filho (1995, p. 83) é enfático ao manifestar-se no sentido de que a expressão em comento não encerra uma simples faculdade outorgada a ser utilizada pelo magistrado, ao seu alvedrio. Entende o autor que o juiz deverá chamar à responsabilidade os sócios que estavam na direção da empresa na

Jasson Ayres Torres). No julgamento do Ag. De Inst.v. nº 595131186, a 7ª Câm. Civ. o TJRS confirmou a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica em favor do consumidor, com fulcro no disposto no § 5º do artigo 28 do CDC, argumentando que “Os novos rumos do Direito, na proteção do consumidor, têm evitado a constrangedora realidade consistente em verdadeiro paradoxo, qual seja o de as empresas soçobramem, enquanto os empresários enriquecem. Por isso, em boa hora, a Lei nº 8078/90, consagrou em seu texto a doutrina de desconsideração da pessoa jurídica, de larga aplicação no direito anglo-saxão sempre que ela serve de escudo protetivo àqueles que ingressam no mercado sem qualquer risco, constituindo empresas sem idoneidade econômica. Isso para não falar nas hipóteses teratológicas, em que a pessoa jurídica acoberta atividades manifestamente ilícitas... com efeito, a agravada descumpriu integralmente o contrato, não contestou a ação de resolução contratual e repetição do pagamento, não indicou bens à penhora, descumpriu acordo celebrado para sustar a execução da sentença e, persistindo em sua atitude olímpica, não veio a Juízo para contraminutar o agravo. Ficou saliente frente às graves assertivas da agravante, referentemente à sua situação econômico-financeira, demonstrando, assim, que, efetivamente, não oferece àqueles que com ela contratam, qualquer garantia pelo descumprimento de suas obrigações” (Rel. Des. Luiz Felipe Azevedo Gomes).

18 Rodrigues e Rodrigues realizaram interessante pesquisa junto ao Tribunal de Justiça de São Paulo, no ano de 2015, constatando que alguns juizes de primeira instância ainda exigem, para fins de desconsideração da personalidade jurídica em relações de consumo, que os requisitos do artigo 50 do Código Civil sejam cumpridos. Porém, esta leitura não tem encontrado respaldo na segunda instância, na qual parte das decisões desfavoráveis à desconsideração da personalidade jurídica é reformada. As autoras informaram ainda que “também foram encontradas decisões de primeira instância desfavoráveis à desconsideração da personalidade jurídica sob o fundamento de que não foram esgotados os meios para satisfação da demanda do consumidor. Entendemos que tal argumento se coaduna com os preceitos do artigo 28 do CDC. De acordo com os resultados da pesquisa realizada, notou-se que, das decisões consideradas, 85% foram favoráveis à desconsideração da personalidade jurídica. Em primeira instância o cenário é diferente, havendo um total de cerca de 50% de decisões favoráveis à desconsideração da personalidade jurídica”, concluindo “este cenário demonstra a ampla aplicabilidade da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito das relações de consumo” (RODRIGUES; RODRIGUES, 2017, p. 35).

17 O TJRS, no julgamento da Ap. Civ. nº 196147912, entendeu por aplicar a teoria da desconsideração da personalidade societária, com base no § 5º do artigo 28 do CDC, considerando a falta de idoneidade financeira da empresa administradora de consórcio (5ª Câm. Civ., Rel. Des. Silvestre

ocasião da ofensa ao consumidor, sob pena de quebra da escala de valores instituída por ordem legal¹⁹.

Comungamos com esta orientação pois é comprometida com os princípios que norteiam a aplicação da legislação consumerista, dita, em seu artigo 1º, como norma de ordem pública e de interesse social. Portanto, verificada uma das hipóteses apropriadas para o uso da teoria da desconsideração, deve esta ser considerada como melhor forma de realização da justiça.

5 Considerações finais

O tratamento diferenciado que o ordenamento jurídico oferece à normatização da teoria da desconsideração no âmbito da esfera consumerista, além de confirmar sua autonomia, reforça a importância que a Codificação Consumerista deposita no princípio da tutela da confiança e da efetiva reparação dos danos sofridos pelos consumidores²⁰. Efetivamente, o consumidor,

19 No mesmo tom, manifesta-se Val: "de fato, tendo em vista que as normas do CDC são de ordem pública e de interesse social, podem e devem ser aplicadas de ofício pelos juizes, independentemente de solicitação das partes envolvidas, ou ainda, de prévia cognição para verificar a sua aplicabilidade. Tratando-se de normas cogentes, os poderes dos juizes são ampliados de vez que estão obrigados a propiciar a efetiva tutela das relações de consumo" (1995, p. 189). Entretanto, na conclusão de seu estudo a autora parece contradizer-se ao referir "mesmo tratando-se de medida excepcional, isto é, uma faculdade do juiz para aquelas hipóteses em que a pessoa jurídica constitua-se em obstáculo para a efetiva reparação de danos, o fato é que esta norma representa, no mínimo, um instrumento inibidor de condutas contrárias à ordem jurídica, um instrumento valioso para tornar eficaz a proteção do consumidor" (VAL, 1995, p. 190). Saad também entende pela obrigatoriedade da desconsideração que "deflui do texto do dispositivo aqui sob análise que o juiz tem a faculdade de desconsiderar a personalidade jurídica de uma sociedade. Temos para nós que essa faculdade converte-se em dever depois de feita a prova do prejuízo do consumidor devido a uma das circunstâncias elencadas nesse mesmo artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor. O silêncio da norma nos permite concluir que semelhante decisão do juiz não depende de requerimento da parte; o procedimento é admitido ex officio" (SAAD, 1999, p. 312)

20 Nesta linha, Marques leciona que "os tribunais estaduais têm usado com razoabilidade e cautela esta norma do CDC, mas retirando dela toda a sua força, frisando que o instituto é de ser utilizado toda vez que os consumidores confiam na aparência, marca ou atuação de um sócio, empresa de grupo, e também em matéria de sucessão de empresas, erros na denominação ou razão social e facilitação do seu processo" (2016, p. 1413-1414). Na mesma linha, ainda, Miragem aponta que "a aplicação do § 5º do artigo 28, como fundamento da desconsideração tem sua aplicação circunscrita às circunstâncias do caso concreto, de acordo com a prudência e cautela do juiz, considerando-se seu caráter subsidiário em relação à responsabilidade da própria pessoa jurídica fornecedora, mas ao mesmo tempo de garantia, de acordo com o princípio da confiança, em vista da necessidade de assegurar o direito do consumidor ao ressarcimento de seus prejuízos" (2014, p. 641).

ao adquirir produtos ou contratar serviços, não possui condições de verificar as condições financeiras da pessoa jurídica com quem está negociando, assumindo a posição equivalente a de um credor involuntário desprovido de qualquer instrumento que lhe permita salvaguardar suas pretensões econômicas frente ao que lhe é infinitamente mais forte e, em grande parte das vezes, invisível quanto à sua estrutura interna.

O consumidor é levado a contratar pela confiança que lhe é criada por sedutoras técnicas de publicidade e pelo impacto proporcionado pela marca utilizada no mercado pelo fornecedor para a divulgação de sua atividade. A realidade do mercado consumerista propicia uma verdadeira blindagem do fornecedor, tornando-o opaco àqueles que depositam nele, ao contratar seus produtos ou serviços, sua confiança.

Referências bibliográficas

- ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. A desconsideração da personalidade jurídica e o Direito do Consumidor: um estudo de direito civil constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo. **Problemas de Direito Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- AMARO, Luciano. Desconsideração da pessoa jurídica no Código de Defesa do Consumidor, **Revista de Direito do Consumidor**, v. 5, p. 168-182, jan.-mar. de 1993.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 13 out. 1988.
- 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. 1990.
- COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial: Direito de Empresa**. v. 2. 20. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- KRIGER FILHO, Domingos Afonso. Aspectos da Desconsideração da Personalidade Societária na Lei do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 13, p. 78-86, jan.-mar. 1995.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais, 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

NUNES, Antônio Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

RODRIGUES, Ana Carolina; RODRIGUES, Yolanda Silvia Sendon. A desconsideração da personalidade jurídica no Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito Público e Economia**, ano 15, n. 57, p. 9-41, jan./mar. 2017.

SAAD, Eduardo Gabriel. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**: Lei 8078/90, de 11.9.90. 4. ed. São Paulo: LTR, 1999.

SILVA, Alexandre Couto. **Aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro**. São Paulo: LTR, 1999.

SOUZA, André Pagani. **Desconsideração da personalidade jurídica**: aspectos processuais. São Paulo: Saraiva, 2009.

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

VAL, Olga Maria do. Responsabilidade Civil – Desconsideração da Personalidade Jurídica – Prestação de Serviços Defeituosa – Fraude à Execução – Art. 28, “Caput” do CDC. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 15, p. 179-190, jul./set. de 1995.

XAVIER, José Tadeu Neves. A teoria da desconsideração da pessoa jurídica no novo Código Civil. **Revista de Direito Privado**, v. 10, p. 69-85, abr./jun. de 2002.

_____. A processualização da desconsideração da personalidade jurídica. **Revista de Processo**, v. 254, p. 151-191, abr. de 2016.

ZANITELLI, Leandro Martins. Abuso da pessoa jurídica e desconsideração. **Revista da Faculdade de Direito Ritter dos Reis**, Porto Alegre, v. III, p. 181, mar.-jul. de 2000.

O ACESSO À INFORMAÇÃO NO PROCESSO PENAL ENQUANTO CONDIÇÃO DE POSSIBILIDADE DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E DO AMPLO DIREITO DE DEFESA: A SUTIL DISTINÇÃO ENTRE PROVAS DOCUMENTADAS E PROVAS DOCUMENTADAS ANALISADAS

Rogério Gesta Leal¹

¹ Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, titular da 4ª Câmara Criminal, que julga crimes praticados por Prefeitos e Vereadores e Crimes contra a Administração Pública. Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) e pela Universidad de Buenos Aires (UBA). Professor Titular da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC) e da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP).

Resumo

Pretendemos, neste artigo, tratar do tema que envolve o acesso à informação no Processo Penal brasileiro em face dos princípios constitucionais e infraconstitucionais garantidos aos litigantes e da nova legislação de acesso à informação geral adotada pelo país, verificando em que medida a doutrina e jurisprudência pátrias tem abordado tais temas. Ao final, pretendemos avaliar a decisão judicial que tratou do tormentoso tema do acesso à informação em procedimentos investigatórios e processos judiciais com segredo de justiça, e a sutil diferenciação entre acesso a provas documentadas e provas documentadas não analisadas pelo Ministério Público.

Palavras-Chaves: Acesso à informação. Devido processo legal. Direito de defesa. Prova documentada.

Abstract

This article intends to approach the issue of access to information in the Brazilian Criminal Procedure in light of the constitutional and infraconstitutional principles guaranteed to the litigants and the new legislation on access to general information adopted by the country, verifying to what extent the doctrine and jurisprudence has approached this issues. In the end, we intend to evaluate a judicial decision that treats the subtle differentiation between access to documented evidence and documented evidence not analyzed by the Public Ministry.

Keywords: Access to information. Due Process Legal. Right of Defense. Documented Proof.

1 Notas introdutórias

Pretendemos, neste artigo, tratar do tema que envolve o acesso à informação no Processo Penal brasileiro em face dos princípios constitucionais e infraconstitucionais garantidos aos litigantes e da nova legislação de acesso à informação geral adotada pelo país, verificando em que medida a doutrina e jurisprudência pátrias tem abordado tais temas.

Ao final, pretendemos avaliar a decisão judicial que tratou do tormentoso tema do acesso à informação em procedimentos investigatórios e processos judiciais com segredo de justiça, e a sutil diferenciação entre acesso a provas documentadas e provas documentadas não analisadas pelo Ministério Público.

2 Marcos normativos do direito fundamental à informação

Em termos de historicidade internacional é importante ter presente que desde o século XX a mutação normativa no Ocidente – notadamente constitucional – se deu com foco no âmbito dos Direitos Fundamentais Individuais e Sociais. Entre estes daremos destaque, aqui, ao Direito à Informação, em especial, no processo penal brasileiro.

Na Declaração Universal dos Direitos Humanos (UNESCO, 1998), pode-se encontrar um dispositivo (artigo 19) que trata do direito ao acesso à informação, o qual garante que toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão; “este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras”².

² Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III), da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948.

Da mesma forma, na Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969 (BRASIL, 1992)³, pode-se encontrar previsão clara no sentido de que toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão, e que tal direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, seja verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha (art.13). Ademais, o exercício deste direito não pode estar sujeito à censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, as quais devem ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para assegurar tão somente o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas e a proteção da segurança nacional, da ordem, saúde ou moral pública.

A Declaração Internacional de Chapultepec⁴, firmada pelo presidente Fernando Henrique Cardoso, em 1996, em conjunto com vários presidentes latino-americanos, estabelece em seus Princípios que:

Não há pessoas nem sociedades livres sem liberdade de expressão e de imprensa. O exercício desta não é uma concessão das autoridades; é um direito inalienável do povo. Toda pessoa tem o direito de buscar e receber informação, expressar opiniões e divulgá-las livremente.

Além disto, refere o documento que “as autoridades devem estar legalmente obrigadas a pôr à disposição dos cidadãos, de forma oportuna e eqüitativa, a informação gerada pelo setor público”.

Assim têm se comportado as Constituições de parte significativa dos países Ocidentais, eis que:

³ Adotada e aberta à assinatura na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em San José de Costa Rica, em 22 de novembro de 1969 – ratificada pelo Brasil em 25 de setembro de 1992.

⁴ O documento foi adotado pela Conferência Hemisférica sobre liberdade de Expressão realizada em Chapultepec, na cidade do México, em 11 de março de 1994. Este não é um documento de governo, como são os acordos internacionais, mas uma carta de princípios assinada por chefes de estado, juristas e entidades ou cidadãos comuns. O compromisso foi assumido pelo Brasil quando o ex-presidente Fernando Henrique Cardoso assinou a declaração em 9 de Agosto de 1996, sendo que o presidente Luis Inácio Lula da Silva deu continuidade ao trabalho renovando o compromisso no dia 03 de maio de 2006.

The right of access to official information is now protected by the constitutions of some 60 countries. At least 46, and arguably 53 of these expressly guarantee a “right” to “information” or “documents,” or else impose an obligation on the government to make information available to the public. The top courts of six of these countries (Argentina, Canada, France, India, Israel and South Korea) have interpreted the constitution to recognize the right implicitly. (CONSTITUTIONAL, 2011)⁵.

Sendo mais específico quanto ao mapeamento da forma com que o Direito à Informação encontra-se disposto na ordem constitucional contemporânea, o documento referido dá conta de que: (a) em 11 países da América há previsão constitucional sobre tal direito, a saber: Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Equador, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru e Venezuela; (b) em outros 17 países há uma clara garantia constitucional deste direito: Albânia, Bulgária, República Checa, Estônia, Finlândia, Grécia, Hungria, Lituânia, Moldovia, Noruega, Polônia, Portugal, Romênia, Sérvia, Slovakia, Slovênia e Suíça; (c) igualmente, na Ásia e no Pacífico pode-se contar com constituições que versam sobre o tema nos seguintes países: Nepal, Nova Zelândia, Paquistão, Nova Guiné, Filipinas e Tailândia; e (d) na África, têm-se os seguintes países comprometidos normativamente com o Direito à Informação: Camarões, República do Congo, Gana, Kênia, Madagascar, Marrocos, Moçambique, Senegal, África do Sul, Tanzânia e Uganda (CONSTITUTIONAL, 2011)⁶.

5 Adverte o documento, todavia, que “Constitutions that guarantee less than general right to government-held information are not included in this count. For instance, we do not include constitutions that guarantee a right only to personal information, or to environmental information, or extend the right only to journalists. Nor do we include in this count constitutions that recognize a “right to freely seek and receive information,” or variations of that phrasing, for instance as part of the right to freedom of expression, unless case-law, actual practice and/or assessments of in-country experts support the conclusion that the right includes a general right to information. We do, however, include in this count a right to government-held information that is limited to information of public interest” (CONSTITUTIONAL, 2011).

6 Alerta o documento, ainda, que “Top courts of at least nine of these countries have ruled that the constitutional right is enforceable in court even without enactment of an implementing law, including Chile, Costa Rica, India, Paraguay, the Philippines, South Africa, South Korea, Uganda and Uruguay” (CONSTITUTIONAL, 2011).

Em algumas constituições de países como Azerbaijão, Macedônia, Rússia e Ucrânia há a explícita garantia do direito de receber informações, mas não especificamente em relação aos órgãos públicos como fornecedores destas, razão pela qual os Tribunais destes países têm progressivamente determinado que tal direito também está relacionado aos poderes estatais, devendo estes providenciar as informações postuladas – guardadas as situações impossíveis normativamente de serem publicizadas, como aquelas que envolvem segurança nacional ou perigo de Estado (tema igualmente polêmico na discussão contemporânea da questão)⁷.

As constituições do Kênia, do Panamá, da Polônia, da Sérvia e da África do Sul, expressamente, estendem o Direito à Informação às empresas e/ou entidades que exercem funções públicas, bem como às autoridades públicas. Garante-se, desse modo, o acesso a qualquer informação produzida ou que esteja na posse de outra pessoa, sendo essa necessária/requerida para o exercício ou proteção de qualquer direito ou liberdade.

De outro lado, desde o caso *Claude Reyes* e outros, contra o Governo Chileno, julgado em 19 de setembro de 2006 pela Corte Interamericana de Direitos Humanos⁸, tem-se uma posição clara no âmbito latino-americano da jurisprudência internacional envolvendo esta matéria, reconhecendo o direito à informação como fundamental, em especial diante do Estado.

Veja-se que a Corte Constitucional Italiana tratou bem de tema correlato a este (o do segredo de Estado), na linha do que vem sendo sustentado até aqui, ao dizer que:

Il principio di segretezza esiste e resiste, rispetto ad altri valori costituzionali alla cui tutela è preposto l’ordinamento giurisdizionale, solo se trova fondamento in altre esigenze anch’esse costituzionali ma di rango superiore. La sua ragion d’essere è dunque nella finalizzazione al supremo interesse della sicurezza dello Stato nella sua personalità Internazionale, nella sua preordinazione alla tutela dell’inte-

7 In <http://www.court.go.kr/home/english/>, acesso em 12/09/2011.

8 http://www.soros.org/initiatives/justice/litigation/chile/d_decision-en_20060919.pdf, acesso em 12/09/2011. Cf. *Open Society Justice Initiative’s Amicus Brief*, in <http://www.soros.org/initiatives/justice/litigation/chile/court-amicus-brief-3282006.pdf>.

resse dello Stato-comunità alla propria integrità territoriale, alla propria indipendenza e, al limite, alla propria sopravvivenza. (CONSTITUZIONALE, 2002)⁹.

E no Brasil, em especial, como está a configuração normativa constitucional e infraconstitucional da matéria sob comento?

A Constituição de 1988, em seu art. 5º, incisos IV, IX e XIV, entre outros, dispôs que: (a) é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato (IV); (b) é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença (IX); (c) é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional (XIV) (BRASIL, 1988).

Já no que tange à Administração Pública, o art. 37, caput, e o art. 93, incisos IX e X, ambos da Carta Política, dispuseram que são públicos os atos e negócios da Administração Pública no país, observadas as situações que envolvem segurança nacional ou congêneres.

Mas em termos operacionais, o que significa a transparência administrativa tão exigida pela Carta Política? Junto à participação nos procedimentos administrativos e à motivação e publicidade dos atos do Estado, essa fornece conhecimento sobre documentos públicos a todos em geral e, principalmente, a quem tem interesse por eles.

Agora, em um ordenamento jurídico como o brasileiro, no qual há a exigência da documentação administrativa dos Poderes instituídos e de seus órgãos funcionais – decorrente dos princípios informativos do art. 37, caput, da Constituição Federal –, o direito de acesso constitui, certamente, um dos parâmetros fundamentais, se não o principal, para colocar à prova a maturidade do sistema como um todo e verificar a possibilidade de afirmar e concretizar esta centralidade que o cidadão possui no âmbito da gestão do interesse público. Sendo assim, “per defi-

⁹ Manganaro e Tassone lembram que “La ‘costituzionalizzazione’ di tale interesse viene quindi individuato dalla Consulta negli artt. 52 e 126 della Carta costituzionale, ove si fa riferimento al concetto di “sicurezza nazionale”. Il concetto di “difesa” trova, invece, specificazione nell’art. 87 (Consiglio Supremo di Difesa) che, posto in connessione con gli artt. 5 e 1 (“che riassume i caratteri essenziali dello Stato stesso nella formula di «repubblica democratica»”), rende possibile attribuire contenuto concreto alla nozione di segreto” (2005, p. 119).

nizone, acesso si contrappone a segretezza. Il binomio implica un rapporto inversamente proporzionale tra i termini: minore è il grado di segretezza, maggiore è la possibilità di accedere ai documenti” (ARENA, 2004)¹⁰.

Como já foi dito, a informação e o acesso a ela hoje se afiguram como condição de possibilidade da Democracia, da Igualdade e da Liberdade, assim como da dignidade da pessoa humana. Vai na mesma direção Graf, ao comentar que

O direito às informações de que o Estado dispõe fundamenta-se no princípio da publicidade dos atos administrativos e na eliminação dos segredos públicos. Neste sentido, o direito à informação constitui um indicador significativo dos avanços em direção a uma democracia participativa: oponível ao Estado, comprova a adoção do princípio da publicidade dos atos administrativos; sob o ponto de vista do cidadão, é instrumento de controle social do poder e pressuposto da participação popular, na medida em que o habilita para interferir efetivamente nas decisões governamentais e, se analisado em conjunto com a liberdade de imprensa e banimento da censura, também funciona como instrumento de controle social do poder. (GRAF, 1998, p. 38).

Devido aos argumentos apresentados é que o Segredo de Estado não tem vez nos regimes democráticos contemporâneos, sendo até possível, em raríssimas e muito bem justificadas situações, aceitar-se a existência da informação e do documento secreto não mais reportado à posição do seu detentor ou produtor, mas à qualidade da informação/documento envolvido e o que protege. Supera-se, desta maneira, o fundamento meramente subjetivo e pessoal do segredo – um documento é segredo porque pertence à Administração Pública, ou porque o Administrador o produziu ou assim o entende – pelo fato dele representar uma concessão objetiva e real (tal documento/informação é segredo em face da qualidade da informação que contém, justificado normativa e racionalmente).

¹⁰ Refere ainda o autor que “l’accesso ai documenti amministrativi, attese le sue rilevanti finalità di pubblico interesse, costituisce principio generale dell’attività amministrativa al fine di favorire la partecipazione e di assicurarne l’imparzialità e la trasparenza” (ARENA, 2004).

Por tais razões o art. 5º, inciso XXXIII, da CF/88, ao disciplinar que todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, dentro do prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressaltou aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

Mas, afinal, quais são as informações cujo sigilo é imprescindível à segurança da Sociedade e do Estado? Quem define, e como definem-se os critérios de eleição desta imprescindibilidade? De que tipo de segurança se fala aqui, em face da Sociedade e do Estado? Estas questões demandam reflexão e respostas preliminares, as quais devem tomar como referência obrigatória, dentre outros, os marcos normativos constitucionais e infraconstitucionais aplicados a cada caso.

Não sustentamos aqui que o Direito à Informação seja absolutamente autônomo em face dos demais direitos albergados pelo ordenamento jurídico brasileiro, mas há que tencionar-se ao menos os argumentos de fundamentação e justificação de suas restrições – este também um Direito Fundamental.¹¹

Como comenta Crisafulli, há pelos menos duas formas de se compreender o Direito à Informação hodiernamente, uma em sentido lato e outra em sentido estrito:

la prima attiene a quel duplice ordine di situazioni soggettive consistenti nella libertà di informare e nella libertà di informarsi; la seconda, invece, è un'espressione che può essere usata per indicare in maniera più specifica quella situazione soggettiva derivante dal diritto all'informazione come libertà di informarsi (ossia di ricevere e ricercare informazioni) [...] (CRISAFULLI, 1962, p. 65).

E é desta segunda que tratamos no presente texto.

Nos Estados Unidos da América, há muito, existe a chamada Teoria do Segredo de Estado, reforçada pela era Bush

11 Digo isto porque temos presente a existência de posições doutrinárias e jurisprudenciais – inclusive internacionais – que sustentam a autonomia deste direito, ex vi “Un secondo e più illuminato orientamento, invece, ha successivamente sostenuto e dimostrato, con estrema convinzione, l'idea di un diritto all'informazione come diritto del tutto autonomo e unitario sotto il profilo della sua configurazione fattuale” (LOIODICE, 2002, p. 39).

filho em face dos atentados de 11 de setembro de 2001, a qual autoriza o governo – por várias medidas legislativas e outras por decisões judiciais – a não precisar informar determinados atos desenvolvidos em nome da Segurança Nacional contra o Terrorismo. Mesmo em tais situações, a opinião pública deste país jamais aceitou de forma incondicionada as consequências geradas por tais permissivos, denunciando abusos e violações de Direitos Fundamentais que ocorreram em decorrência deste contexto¹².

Mas, voltando ao Brasil, o evoluir legislativo desta matéria no plano da infraconstitucionalidade tem sido muito truncado. Todavia, a despeito disto, o Congresso Nacional aprovou a Lei Federal nº 12.527/11, a qual versa exatamente sobre o acesso a informações, previsto no inciso XXXIII, do art. 5º, no inciso II, do § 3º, do art. 37, e no § 2º, do art. 216, da Constituição Federal, alterando outros dispositivos conseqüenciais.

Pela dicção da norma, subordinam-se aos seus termos, dentre outros, os órgãos públicos integrantes da administração direta dos Poderes Executivo, Legislativo, nos quais estão incluídos as Cortes de Contas, do Judiciário e do Ministério Público. O disposto no seu art. 3º, é de relevo, na medida em que positiva de forma explícita o Direito à Informação como Fundamental, estabelece ainda diretrizes pontuais à sua efetivação, a saber: (a) observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção; (b) divulgação de informações de interesse público, independentemente de solicitações; (c) utilização de meios de comunicação viabilizados pela tecnologia da informação; (d) fomento ao desenvolvimento da cultura de transparência na ad-

12 O New York Times, em sua edição de 24/05/2011, publicou matéria intitulada State Secrets Privilege, dizendo que “It has been more than 50 years since the Supreme Court issued a major ruling on the state-secrets privilege, a judicially created doctrine that the government has increasingly used to win dismissals of lawsuits related to national security, shielding its actions from judicial review. In 2007, the Supreme Court *declined* to hear an appeal of a similar rendition and torture ruling by the federal appeals court in Richmond, Va. The leading Supreme Court decision on state secrets is *United States v. Reynolds*, which grew out of the crash in Georgia in 1948 of a B-29 bomber on a secret mission. Nine men died, and the widows of three of them sued the government for negligence. The central document in the case was the *Air Force's* accident report. The government refused to turn it over, saying that disclosure of the report, even to a judge, would endanger national security by revealing military secrets. When the report was ultimately released in 1996, it contained no secrets at all but did show appalling negligence”.

ministração pública; e (e) desenvolvimento do controle social da administração pública¹³.

Aqui precisamos entender que, mesmo que tautológica, a intenção do legislador foi a de não deixar dúvidas sobre o que até agora vimos sustentado neste trabalho. Isto é, pelos termos da ordem constitucional vigente no país, a publicidade e transparência radical dos atos do Estado são imposições de princípio e de regência vinculativa dos agentes públicos, sendo o segredo e sigilo absolutamente exceções e, demandando, deste modo, a justificação pública é inexorável, sob o controle incisivo da Sociedade Civil, tanto que “a negativa de acesso às informações objeto de pedido formulado aos órgãos e entidades referidas no art. 1º, quando não fundamentada, sujeitará o responsável a medidas disciplinares” (BRASIL, 2011)¹⁴.

Deste modo, chegamos a outro avanço singular desta nova matriz normativa – a qual é relacionada diretamente ao escopo central deste trabalho –, o da previsão do seu art. 21, no sentido de que:

Art. 21. Não poderá ser negado acesso à informação necessária à tutela judicial ou administrativa de direitos fundamentais.

Parágrafo único. As informações ou documentos que versem sobre condutas que impliquem violação dos direitos humanos praticada por agentes públicos ou a mando de autoridades públicas não poderão ser objeto de restrição de acesso. (BRASIL, 2011).

Tal previsão reforça a premissa do acesso à informação como garantia de base da cidadania em geral e, em particular,

¹³ Em face disto dispõe a norma, em seu art. 12, que o serviço de busca e fornecimento da informação é gratuito, salvo nas hipóteses de reprodução de documentos pelo órgão ou entidade pública consultada, situação na qual poderá ser cobrado exclusivamente o valor necessário ao ressarcimento do custo dos serviços e dos materiais utilizados (BRASIL, 2011).

¹⁴ O mesmo artigo esclarece quais os direitos envolvem o acesso à informação de que trata a norma. Diz o art. 11, inciso III, que a autoridade que não conceder a informação solicitada deverá, obrigatoriamente, “indicar as razões de fato ou de direito da recusa, total ou parcial, do acesso pretendido” (BRASIL, 2011), sendo que quando não for autorizado o acesso por tratar-se de informação total ou parcialmente sigilosa, o requerente deverá ser informado sobre a possibilidade de recurso, prazos e condições para sua interposição, devendo, ainda, ser-lhe indicada a autoridade competente para sua apreciação. (§4º, do mesmo artigo). Além disto, é direito do requerente obter o inteiro teor de decisão de negativa de acesso, por certidão ou cópia. (art. 14).

dos que respondem a processos judiciais, sendo considerada imprescindível à segurança da sociedade ou do Estado. São, portanto, passíveis de classificação as informações cuja divulgação ou acesso irrestrito possam, dentre outras causas, “comprometer atividades de inteligência, bem como de investigação ou fiscalização em andamento, relacionadas com a prevenção ou repressão de infrações” (BRASIL, 2011). Entretanto, mesmo aqui, veja-se que a restrição ao acesso só poderá se dar observado o interesse público da informação e utilizado o critério menos restritivo possível (art. 24, §5º, da Lei Federal nº 12.527/2011).

Mas como se projetam tais normas no Processo Penal brasileiro? É o que passamos a tratar, para, em seguida, analisar um caso concreto julgado junto à Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

3 Acesso à informação no processo penal enquanto condição de possibilidade do devido processo legal e do amplo direito de defesa

Hodiernamente, o processo Penal Brasileiro tem adotado o critério da publicidade dos atos que o constituem, a despeito de o art. 20, do Código de Processo Penal (CPP) vigente referir que a autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade, quando poderia ter dito, em primeiro lugar, serem públicos os atos de investigação e persecução criminal como regra (BRASIL, 1941)¹⁵. Este comando do CPP é plenamente compatível com a atual Lei de Acesso à Informação já referida, pois, somente quando estivermos diante de sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade – circunstâncias

¹⁵ Ainda, o CPP trata da proteção de informações em seu art. 207, ao versar sobre a proibição de depor das pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão devam guardar segredo, salvo se desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho; e, ainda em seu art. 745, ao impor sigilo ao processo de reabilitação do condenado, visando exatamente a proteção deste (BRASIL, 1941).

as quais, para estarem verificadas, reclamam fundamentação e contextualização especiais, já que violam o princípio da publicidade dos atos estatais – é que poderá haver negativa de acesso a determinadas informações e, mesmo assim, por tempo determinado.

É claro que a Sociedade de Riscos na qual vivemos hoje complexifica as atribuições de sentidos possíveis que podem ser dadas às circunstâncias de **sigilo necessário à elucidação de fatos ou exigido pelo interesse da Sociedade**. Isso se dá porque, como já dissemos em outra oportunidade, o universo de possibilidades da expansão de inéditas tipologias criminais é muito grande e real, desafiando o Estado a cada momento para criar políticas de contenção e responsabilização por tais atos (LEAL, 2017).

Em tais situações é evidente a necessidade de se buscar ferramentas eficientes para o combate de atos e práticas violadoras de direitos e garantias de ordem pública da Sociedade, sob pena das consequências serem muito sérias e incontrolláveis¹⁶. Deve falar-se, ainda, em outra mudança de paradigma tradicional do Direito Penal, que é a de conter normas de prevenção geral positiva, pois, diante de riscos e potenciais danos catastróficos iminentes e sob vários pontos de vista (da vida humana, do meio ambiente, do interesse público, dentre outros), impõe-se a prevenção geral negativa controlada, já que há que se agir preventivamente para evitar a consolidação de prejuízos irrecuperáveis – inclusive em termos de eficiência das investigações policiais e persecução penal¹⁷.

Sob o ponto de vista filosófico vale o alerta de Luhmann (2006), no sentido de que, aceitando aquelas circunstâncias como elementos próprios das sociedades complexas contemporâneas (riscos) que devem ser evitados, tal medida só pode ser tomada como decisão/escolha no presente, isto é, uma decisão deve ser tomada enquanto descrição presente do futuro. Uma vez que são levados em conta os riscos iminentes e reais é

16 Cf. SCHÜNEMANN, 2007; BIDASOLO, 2012.

17 Cf. CHAMORRO; TAIBI, 2003.

possível optar/escolher outras alternativas, para as quais, e em nome das quais, reclamem-se medidas eficientes.

Daqui decorrem algumas inovações do Direito Penal e Processual Penal mais contemporâneos, dentre elas as que dizem respeito à teoria da imputação objetiva: os novos estudos sobre o concurso de agentes, as configurações típicas dos chamados delitos de perigo e cumulativos e as teses sobre os novos bens jurídicos penais difusos e coletivos.

Veja-se que os tipos penais de perigo, as normas penais em branco e a tipicidade aberta – muito próprios deste nosso tempo –, entre outras configurações do Direito Penal sobre os quais falamos, têm um escopo nitidamente preventivo. Estes estão focados na garantia da estabilidade das relações sociais e institucionais, e mesmo do sistema normativo enquanto parâmetro de segurança e confiança, o que sinaliza certo desgaste nas orientações causais e finalistas clássicas do Direito Penal enquanto metodologias de procedimento e de abordagem do fenômeno criminógeno complexo¹⁸. Dias vai nesta direção ao comentar

Que, a partir daqui, tais delitos devam ser construídos como delitos de perigo abstracto, de perigo concreto ou de perigo abstracto-concreto (de «idoneidade» ou de «aptidão»), ou mesmo como delitos de lesão, constitui já somente um problema de relevo subordinado, uma questão dogmática de segunda ordem. Até porque, seja qual for a arquitectura típica que acabe por ser eleita, não existem artifícios dogmáticos capazes de ofuscar a dificuldade real que aqui se perfila; e cuja magnitude em sede de legitimação as condições da vida social presente (e muito mais as da vida futura) tornam instante e inquestionável. A saber, a de que a «distância» entre condutas em si mesmas insignificantes e lesões certas ou prováveis do bem jurídico colectivo todavia por elas (co)determinadas, a «lonjura» entre os autores de tais condutas e o resultado lesivo – não importa se sob a forma de «resultado de lesão» ou de «resultado de perigo» –, são ou podem ser de tal maneira grandes que, com elas, é a própria referência da conduta ao bem jurídico protegido que se torna questionável; e, por via disso, são princí-

18 Cf. PAZ, 1999; SILVA, 2004.

pios democráticos e constitucionais unanimemente aceites como devendo presidir à imputação penal, objectiva e subjectiva, que parecem abeirar o colapso. (DIAS, 2003)¹⁹.

Como aponta com acerto Netto, a normatização da relação de tipicidade hodierna com a inserção do risco proibido como seu aspecto constitutivo conjuntural afigura-se como o resultado da irreversível introdução da realidade na dogmática do Direito Penal²⁰. Ou seja,

para que a norma penal possa incidir na Sociedade como fruto das relações sociais que a constituem e que lhe condicionam, impondo controle ou criando expectativas não frustradas de comportamento, é preciso que o tipo penal esteja adequado aos padrões sociais com os quais pretende convergir. (NETTO, 2006, p. 38)²¹.

A quadra histórica em que nos encontramos reclama, no mínimo, a contextualização de alguns paradigmas da ciência do direito e dos sistemas jurídicos contemporâneos, e isto não somente em face do reconhecimento inexorável da natureza complexa e multifacetada das relações sociais e institucionais existentes – em âmbitos locais, regionais, nacionais e internacionais –, mas, principalmente, porque o tempo de respostas as suas causas e consequências restou potencializado pela emergência do imediato, colocando em xeque programas de enfrentamento estrutural das crises de longo prazo.

19 Lembra ainda o autor que “Essencial me parece neste contexto – e é esta a segunda ideia que me proponho acentuar – não perder nunca de vista que em direito penal colectivo nos deparamos substancialmente (isto é, insisto, segundo o conteúdo material de ilícito em questão) com delitos que possuem uma natureza análoga à da categoria dos delitos de perigo abstracto; delitos nos quais, é bem sabido, a relação entre a acção e o bem jurídico tutelado surgirá as mais das vezes como longínqua, nebulosa e quase sempre particularmente débil” (DIAS, 2003).

20 Dá o exemplo o autor de alguns tipos penais abertos, nos quais a conduta e o resultado não estariam sensorialmente ligados por nexos de causalidade, inserindo-se em tal horizonte os crimes culposos (violação de dever objetivo de cuidado), os crimes omissivos impróprios (valoração do conceito de garante), os crimes definidos por vocábulos não inferidos do universo exclusivamente penal (elementos normativos do tipo). (NETTO, 2006, p. 38).

21 Lembra o autor ainda que na “Sociedade de Riscos o Direito Penal serve como instrumento de promoção da segurança, no sentido de que o cidadão pode acreditar que não será atingido por atos que afrontem seu círculo de organização. Por outro lado, os modelos incriminadores identificam-se com seus autores, espelham vontades, desejos, intolerâncias quanto a determinados comportamentos” (NETTO, 2006, p. 32).

O Direito Penal e Processual Penal deve se preparar mais adequadamente para lidar com estas conjunturas, pois, mesmo fazendo-o, ainda assim valerá a máxima luhmanniana no sentido de poder ser equivocada a premissa de que outra decisão – ou outro direito penal – não desencadearia consequências indesejadas, uma vez que qualquer decisão pode ocasioná-las. Sendo assim, um cálculo de riscos associados à probabilidade de ocorrência daquelas consequências, que faça a repartição de vantagens e desvantagens previsíveis (nunca absolutas), as quais são relacionadas à decisão a ser tomada, é que será a chave para a escolha de qual decisão (e qual o direito penal) pode ser melhor em face de determinadas circunstâncias²².

Todos esses cenários reclamam nossa atenção para a tomada de estratégias democráticas e de direito que possam dar conta dos desafios que se apresentam, principalmente no que tange à instrução da prova em crimes de vulto em termos de realização e consequências. Por tais elementos é que o país instituiu, por exemplo, sigilos em relação à proteção de vítimas e testemunhas. Nos termos da Lei Federal nº 9.807/1999, em especial em seu art. 7º, incisos IV e VIII, a preservação da identidade, imagem, dados pessoais ou do paradeiro de testemunhas protegidas é garantida, quando inseridas em programa de proteção, com o objetivo de assegurar a vida e a integridade física destas.

Do mesmo modo, em investigações de lavagem de dinheiro há regra específica de sigilo (art. 10, inciso V, da Lei 9.613/1998). Esta impede o sujeito obrigado, detentor da informação sobre operação potencialmente suspeita, de revelar a terceiros que registrou informe junto ao Conselho de Controle de Atividades Financeira (COAF) ou ao Banco Central para prevenção da reciclagem de capitais.

22 Cf. LUHMANN, 1992. Veja-se que na Sociedade de Riscos em que vivemos os riscos dizem respeito a danos possíveis, por mais que não concretizados, mas altamente prováveis em face das variáveis e fatores que os constituem – já conhecidos da experiência social acumulada e contemporânea –, razão pela qual fomentam tomada de decisões, a partir das quais se pode ou não evitar os riscos/danos identificados. Assim, muito do que ocorrerá no futuro depende de decisões que temos de tomar hoje, e tais decisões podem, por sua vez, causar danos e outros riscos também. Entretanto, estes são inexoráveis em uma sociedade complexa como a nossa.

Na Lei do Crime Organizado no Brasil (Lei Federal nº 12.850/2013), temos a previsão, no seu artigo 23, que o sigilo da investigação poderá ser decretado pela autoridade judicial competente, para garantia da celeridade e da eficácia das diligências investigatórias, assegurando-se ao defensor, no interesse do representado, amplo acesso aos elementos de prova que digam respeito ao exercício do direito de defesa, devidamente precedido de autorização judicial, ressalvados os referentes às diligências em andamento.

Aqui coloca-se importante indagação: como equalizar, na Sociedade de Riscos e em ambientes de criminalidade organizada e sofisticada, os Direitos Fundamentais Individuais (constitucionais e infraconstitucionais) dos investigados pela prática de crimes, dentre eles o da privacidade e intimidade, o qual implica reserva de dados pessoais, e o Direito Fundamental Social da Segurança Pública e da responsabilidade penal, notadamente em face da perspectiva de eficiência dos atos policiais e judiciais investigatórios?

A resposta a esta indagação não é simples, mas parte dela se dá na premissa constitucional e infraconstitucional anteriormente referida de que a regra é a publicidade e o acesso irrestrito à informação para todos, o que se justifica ainda mais para aqueles que estão sendo investigados/processados pela prática de crimes. E isto é assim também por decorrência da imposição, no ponto, dos princípios informativos de todo e qualquer processo do Estado contra qualquer um do povo, a saber: o devido processo legal, a legítima e ampla defesa e o contraditório²³.

Por outro lado, não custa lembrar, o inquérito policial, por exemplo, não possui contraditório na dogmática jurídica do Processo Penal brasileiro, mas as medidas invasivas deferidas judicialmente devem submeter-se a esse princípio, pois sua subtração acarreta nulidade. O próprio Supremo Tribunal Federal

²³ Nos termos do art. 5º, incisos: LIV – “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”; LV – “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (BRASIL, 1988).

(STF) já chamou a atenção para o fato de que não é possível falar-se em contraditório absoluto quando se trata de medidas invasivas e redutoras da privacidade, pois ao investigado não é dado conhecer previamente – sequer de forma concomitante – os fundamentos da medida que lhe restringe a privacidade.

Intimar o investigado da decisão de quebra de sigilo telefônico tornaria inócua a decisão. Contudo, isso não significa a ineficácia do princípio do contraditório. Com efeito, cessada a medida, e reunidas as provas colhidas por esse meio, o investigado deve ter acesso ao que foi produzido, nos termos da Súmula Vinculante nº 14. Os fundamentos da decisão que deferiu a escuta telefônica, além das decisões posteriores que mantiveram o monitoramento devem estar acessíveis à parte investigada no momento de análise da denúncia e não podem ser subtraídas da Corte, que se vê tolhida na sua função de apreciar a existência de justa causa da ação penal. Trata-se de um contraditório diferido, que permite ao cidadão exercer um controle sobre as invasões de privacidade operadas pelo Estado. (BRASIL, 2012).²⁴

Sob ponto de vista mais pragmático, as disposições da Súmula Vinculante nº 14, do STF, determinou que é direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.

Por outro lado, já teve oportunidade também de referir que, enquanto não instaurado formalmente o inquérito propriamente dito acerca dos fatos declarados no regime de sigilo da lei das organizações criminosas, o acordo de colaboração e os correspondentes depoimentos estão sujeitos a estrito resguardo. Instaurado o inquérito, o acesso aos autos será restrito ao juiz, ao Ministério Público e ao Delegado de Polícia, como forma de garantir o êxito das investigações. No entanto, assegura-se ao defensor, no interesse do representado, amplo acesso aos elementos de prova que digam respeito ao exercício do direito de defesa, devidamente precedido de autorização judicial, res-

²⁴ Autos do Inquérito nº 2266, da Relatoria do Ministro Gilmar Mendes, no Tribunal Pleno do STF, julgamento em 25/05/2011, DJe de 13/03/2012.

salvados os referentes às diligências em andamento (art. 7º, § 2º)²⁵.

Pois bem, o tema que gostaríamos agora de problematizar é o que diz respeito à dinâmica do mundo da vida e dos autos processuais envolvendo caso concreto (habeas corpus) no qual a defesa solicitou acesso as provas já documentadas nos autos de procedimento investigatório criminal, julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, por sua Quarta Câmara Criminal. Por meio deste feito surgiu exatamente a discussão sobre a possibilidade de acesso pela defesa a provas já documentadas e a provas já documentadas e não analisadas pelo Ministério Público. Vejamos o caso.

4 A sutil distinção entre provas documentadas e provas documentadas analisadas no âmbito das investigações sigilosas e seu acesso à defesa

O caso de que estamos falando trata de habeas corpus, com pedido liminar, impetrado em favor de paciente, o qual objetivava acesso integral pela defesa constituída aos elementos de prova documentados em procedimento investigatório criminal e no processo judicial conseqüente, sustentando o impetrante, em síntese, que o paciente estava sofrendo constrangimento ilegal, porque negado o acesso pelo Promotor de Justiça, à defesa, aos autos de investigação²⁶.

O argumento do Ministério Público, quando da negativa parcial de acesso aos autos, é de que isto ocorreu tão

somente em relação às diligências não ultimadas do feito, ante o risco de comprometimento e eficácia da investigação criminal, e que os demais documentos foram disponibilizados à defesa. Nas palavras do Ministério Público:

[...] a investigação em epígrafe encontra-se na fase de coleta de provas, com a solicitação de informações a órgãos públicos e análise do vasto material angariado mediante a quebra dos sigilos bancário, fiscal e telefônico deferida de todos os investigados, além daquele obtido através do cumprimento dos mandados de busca e apreensão, material este que se encontra sob exame do Núcleo de Inteligência do Ministério Público, cujo resultado está-se aguardando. Portanto, as diligências atuais não foram ultimadas e, mais do que isso, poderão conter informações que, conhecidas isolada ou conjuntamente com as demais, constituirão o fio condutor de novas diligências investigativas, o que, se publicadas neste momento, poderão embarçar ou impedir a investigação. (BRASIL, 2017).²⁷

O problema aqui é que o paciente não estava postulando o acesso às provas referentes às *diligências não ultimadas*, envolvendo inclusive as complexas medidas cautelares deferidas – quebra dos sigilos bancário, fiscal e telefônico, cumprimento de mandados de busca e apreensão –, mas tão somente daquelas provas já documentadas/coletadas no processo, independentemente de estarem pendentes de análise pelo órgão acusador. Eis o nó górdio!

Efetivamente não pode, em face de todos os elementos acima referidos, ficar qualquer cidadão (e paciente) à mercê de variáveis incontrolláveis que não são de sua responsabilidade para poder exercer seu direito de defesa. Vale a pena lembrar aqui as palavras do Ministro Cezar Peluso:

Há, é verdade, diligências que devem ser sigilosas, sob o risco do comprometimento do seu bom sucesso. Mas, se o sigilo é aí necessário à apuração e à atividade instrutória, a formalização documental de seu resultado já não pode ser subtraída ao indiciado nem ao defensor, porque, é ób-

25 Reclamação nº 22009, em Agravo Regimental, Relator Ministro Teori Zavascki, Segunda Turma, julgamento em 16.2.2016, DJe de 12.5.2016. Dizia ainda o Relator que “Assegurado, como assegura, o acesso do investigado aos elementos de prova carreados na fase de inquérito, o regime de sigilo consagrado na Lei 12.850/2013, guarda perfeita compatibilidade com a Súmula Vinculante 14”.

26 Habeas Corpus nº 70072723620, Processo Eletrônico, relatoria do Des. Aristides Pedrosa de Albuquerque Neto, julgado pela Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul na sessão do dia 16/03/2017.

27 Fls.28, dos autos do Habeas Corpus nº 70072723620.

vio, cessou a causa mesma do sigilo. [...] Os atos de instrução, enquanto documentação dos elementos retóricos colhidos na investigação, esses devem estar acessíveis ao indiciado e ao defensor, à luz da Constituição da República, que garante à classe dos acusados, na qual não deixam de situar-se o indiciado e o investigado mesmo, o direito de defesa. O sigilo aqui, atingindo a defesa, frustra-lhe, por conseguinte, o exercício. [...] 5. Por outro lado, o instrumento disponível para assegurar a intimidade dos investigados [...] não figura título jurídico para limitar a defesa nem a publicidade, enquanto direitos do acusado. E invocar a intimidade dos demais acusados, para impedir o acesso aos autos, importa restrição ao direito de cada um dos envolvidos, pela razão manifesta de que os impede a todos de conhecer o que, documentalmente, lhes seja contrário. Por isso, a autoridade que investiga deve, mediante expedientes adequados, aparelhar-se para permitir que a defesa de cada paciente tenha acesso, pelo menos, ao que diga respeito ao seu constituinte. (BRASIL, 2006).

Sobre a citada Súmula Vinculante nº 14, do STF, tem-se reiteradamente asseverado também que o direito ao acesso amplo, descrito pelo verbete mencionado, engloba a possibilidade de obtenção de cópias, por quaisquer meios, de todos os elementos de prova já documentados, inclusive mídias que contenham gravação de depoimentos em formato audiovisual. “A simples autorização de ter vista dos autos, nas dependências do Parquet, e transcrever trechos dos depoimentos de interesse da defesa, não atende ao enunciado da Súmula Vinculante 14” (BRASIL, 2016b).

Se o Ministério Público necessita de tempo diferido para analisar as provas documentadas em procedimento investigatório e/ou judicial, isto em nada pode obstaculizar o exercício constitucional de defesa dos investigados, a não ser que o primeiro demonstre, à toda evidência, que as provas documentadas não analisadas tenham nexos causal insofismável na cadeia formativa de outros elementos probatórios não documentados, e inexorável pontencialidade danosa na constituição destes. Neste caso em que as provas documentadas representem riscos supervenientes da contaminação da prova não documentada, aí

sim, com prudência e ponderação, poderá o Judiciário avaliar sobre a negativa do acesso ou o acesso parcial.

Por tais razões, e, ainda, para os efeitos de garantir a paridade de armas na relação processual, a decisão da Corte foi no sentido de conceder a ordem para determinar acesso ao impetrante a todos os subsídios probatórios documentados nos autos, independentemente da análise a ser procedida pelo Ministério Público.

Referências bibliográficas

- ARENA, Gregório. **II Segreto Administrativo**. Padova: CEDAM, 2004.
- BIDASOLO, Mirentxu Corcoy. Expansión del Derecho penal y garantías constitucionales. **Revista de Derechos Fundamentales**, n. 8, Universidad Viña del Mar, 2012.
- BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 13 out. 1941.
- BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969.
- BRASIL. Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998. Dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 4 mar. 1998.
- BRASIL. Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999. Estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, institui o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas e dispõe sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à inves-

tigação policial e ao processo criminal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 14 jul. 1999.

BRASIL. Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei no 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei no 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei no 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 18 nov. 2011.

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, 5 ago. 2013.

BRASIL. Inquérito nº 2266, da Relatoria do Ministro Gilmar Mendes, no Tribunal Pleno do STF, 25 de maio de 2011, DJe de 13/03/2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 22.009, em Agravo Regimental. Relator: Ministro Teori Zavascki, Segunda Turma, julgamento em 16.2.2016, DJe de 12.5.2016a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 23.101. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. 22 nov. 2016, DJe de 6.12.2016b.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas-corpus nº 70072723620, da 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 16 de março de 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas-corpus nº 88.190, Relator Ministro Cezar Peluso, Segunda Turma, julgamento em 29.8.2006, DJ de 6.10.2006. **Diário Oficial**, Brasília, DF, 09 nov. 1992.

CHAMORRO, Sebastián Cabezas; TAIBI, Pietro Sferrazza. **Derecho Penal de Riesgos**: Mantención de principios del derecho penal clásico o liberal vs. solución de conflictos de las modernas sociedades. 1993. Disponível em: <<http://www.geocities.ws/cin-deunsch/doc/public/Casfe01.pdf>>. Acesso em: 26 abr. 2014.

CONSTITUTIONAL Protections of the Right to Information. Portal Right 2 Info, 2011. Disponível em: <<https://www.right2info.org/constitutional-protections>>. Acesso em: 12 set. 2011.

COSTITUZIONALE, Corte. Sentença nº19/28, junho de 2002, n. 295. **Gazzetta Ufficiale**, Parte I, 1ª Serie Speciale, n. 26, 3 lug. 2002.

CRISAFULLI, Vezio. Problematica della libertà d'informazione. **Rivista Il Politico**, Milano, n. 8, 1962.

DIAS, Jorge de Figueiredo. O papel do Direito Penal na proteção das gerações futuras. **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, n. LXXV, 2003. Disponível em: <<http://www.defensesociale.org/02/9.pdf>>. Acesso em: 28 jun. 2016.

GRAF, Ana Cláudia Bento. O direito à informação ambiental. In: FREITAS, Vladimir Passos de (Coord.). **Direito Ambiental em Evolução**. Curitiba: Juruá, 1998.

<[HTTP://RIGHT2INFO.ORG/CONSTITUTIONAL-PROTECTIONS-OF-THE-RIGHT-TO](http://RIGHT2INFO.ORG/CONSTITUTIONAL-PROTECTIONS-OF-THE-RIGHT-TO)>. Acesso em: 12 set. 2011.

<[HTTP://WWW.CCOURT.GO.KR/HOME/ENGLISH/](http://WWW.CCOURT.GO.KR/HOME/ENGLISH/)>. Acesso em: 12 set. 2011.

<[HTTP://WWW.SOROS.ORG/INITIATIVES/JUSTICE/LITIGATION/CHILE/D_DECISION-EN_20060919.PDF](http://WWW.SOROS.ORG/INITIATIVES/JUSTICE/LITIGATION/CHILE/D_DECISION-EN_20060919.PDF)>. Acesso em: 12 set. 2011.

LEAL, Rogério Gesta. **Responsabilidade Penal do Patrimônio Ilícito como ferramenta de enfrentamento da criminalidade**. Porto Alegre: FMP, 2017.

LOIODICE, Carlo. **Contributo allo studio sulla libertà d'informazione**. Napoli: Giuffrè, 2002.

LUHMANN, Niklas. **Observaciones de la Modernidad**: racionalidad y contingencia en la Sociedad Moderna. Mexico: Paidós, 1992.

_____. **Sociología del Riesgo**. México: Universidade Iberoamericana, 2006.

MANGANARO, Francesco; TASSONE, Antonio Romano (a cura di). **I nuovi diritti di cittadinanza**. Torino: Giappichelli, 2005.

NETTO, Alamiro Velludo Salvador. **Tipicidade Penal e Sociedade de Risco**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

OPEN SOCIETY JUSTICE INITIATIVE'S AMICUS BRIEF, in <http://www.soros.org/initiatives/justice/litigation/chile/court-amicus-brief-3282006.pdf>.

PAZ, Maria Isabel Sánchez García de. **El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal**. Valladolid: Universidad de Valladolid, 1999.

SCHÜNEMANN, Bernd. **El derecho penal es la última ratio para la protección de bienes jurídicos: sobre los límites inviolables del derecho penal en un Estado Liberal de Derecho**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.

SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. **Leis penais em branco e o Direito Penal do Risco: aspectos críticos e fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

UNESCO. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Brasília, DF, 1998.

DISCUSSÃO SOBRE O CONCEITO DE SERVIÇO PÚBLICO: O QUE A HISTÓRIA ENSINA

Maren Guimarães Taborda¹

¹ Mestre e Doutora em Direito Público pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Especialista em Gestão Tributária pela Universidad Castilla La Mancha (UCLM). Professora Titular de graduação e mestrado na Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Tutelas à efetivação dos direitos indisponíveis, Linha *Tutelas à efetivação de Direitos Transindividuais*. [Orcid.org/0000-0002-2947-7983](https://orcid.org/0000-0002-2947-7983). E-mail: tabordamaren@yahoo.com.br Este estudo é resultado parcial da pesquisa: *Transparência, direito fundamental de acesso e participação na gestão da coisa pública*.

1 Introdução

A noção de serviço público surgiu na França, no âmbito da Jurisdição Administrativa, como um critério caracterizador da função administrativa que diz respeito aos fins e não aos meios desta. Quando a Administração Pública gere serviços públicos, segundo a noção apresentada, ela está sempre submetida a um regime de Direito Público, ou de Direito Administrativo, independentemente do fato de a gestão do serviço ser da Administração Pública ou de pessoas privadas. Sendo da ordem de fins, a noção de serviço público é concebida como “uma atividade qualificada de serviço público e destinada a melhorar um serviço de interesse geral” (CHAPUS, 1968, p. 3); ao contrário, ainda segundo Chapus, sendo da ordem dos meios, a noção de prerrogativa pública “se relaciona aos procedimentos pelos quais a administração cumpre suas missões” (1968, p. 3).

‘Serviço público’ emergiu como uma noção técnica, na modernidade, porque só então consolidou-se a distinção ‘público-privado’, sua condição essencial. É evidente, entretanto, que, em qualquer fase do Estado, há tarefas públicas de caráter administrativo que lhe incumbe desempenhar, basta pensar na quantidade de ‘serviços públicos’ organizados em Roma desde os tempos mais remotos (COUTO E SILVA, 1997, p. 9).

Posta a questão nestes termos, o direito administrativo justifica-se em função dos fins perseguidos pelo Estado, e a noção de serviço público torna-se a noção fundamental do direito público, já que é processo administrativo todo processo que se relaciona com o funcionamento de um serviço público. Sendo assim, o regime especial da Administração se explica, em cada um de seus elementos, pela ideia de finalidade do serviço público. A responsabilidade pelo funcionamento dos serviços públicos está submetida a um regime exorbitante; os contratos celebrados pela Administração são administrativos quando o objeto é a realização de um serviço público; os agentes têm status de funcionários públicos quando participam de forma permanente de um serviço público; e, finalmente, os bens estão submetidos

a um regime jurídico especial em razão de sua afetação a um serviço público.

Feitas tais considerações, este estudo, feito sob a perspectiva histórica, procura inventariar, em linhas gerais, as condições de possibilidade do conceito de serviço público (1), a forma como houve a emergência na jurisprudência e no direito positivo francês tal noção, e por quais razões o Estado acabou assumindo os serviços que, anteriormente, eram prestados por particulares (2), e, finalmente, o problema técnico que envolve o uso da noção de ‘interesse público’, e, sinteticamente, o que é serviço público na dicção da Constituição Brasileira (3).

2 Da utilitas publica medieval à ideia de interesse geral

No período medieval europeu, a dispersão dos atributos reais era muito imperiosa para permitir a elaboração de um verdadeiro *ius publicum* separado do *ius privatum*. Aliás, a própria transformação do vocábulo *officium* – dever, obrigação moral, o que se deve fazer por obrigação, execução de uma tarefa, tarefa a executar – em *servitium* – encargos de um serviço – operou-se por meio de um contrato vassálico, no qual um homem (o vassalo) se punha sob a proteção de outro (o suserano), passando a ser “seu homem” e a lhe dever obrigações de caráter militar e econômico, mediante a entrega de uma porção de terra (*dominium*). O suserano devia ao vassalo ajuda econômica, judiciária e política e os servos deviam ao senhor uma série de corveias. O último podia arrebatá-las as terras cedidas mediante compensação, em um sistema social e político no qual não se distinguia claramente o interesse geral dos interesses privados (JOURDAN, 1988, p. 95; BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO,, 1986, p. 490-492;1021-1035).

A noção romana de *utilitas publica* estava presente no Baixo Império com o significado de interesse geral do Estado (provisão de tropas, fixação das obrigações das cúrias em maté-

ria fiscal), nos regimes de Teodósio e Diocleciano, ou associada ao interesse comum e coletivo, com Justiniano, sob a influência das ideias cristãs. Entretanto, aquela chegou à Idade Média como bem comum ou proveito – *utilitas* – comum (noção civil e temporal dos soberanos carolíngios e merovíngios). A partir da filosofia tomista essa noção de bem comum tornou-se laica e, então, surgiu o conceito de interesse geral, o qual é a base do conceito de serviço público (JOURDAN, 1988, p. 98; CHEVRIER, 1952, p. 5; 74).

No Estado Absolutista, com a revogação da concepção dominial do poder (o senhorio estava fundado no *imperium* e no *dominium* – chefia do senhor sobre a vida e os bens dos súditos) é que consagrou-se o conceito de serviço público, articulado a um novo conceito – o de soberania – e condicionado ao aparecimento de novas distinções, qual seja, a de ‘governo-administração’ e ‘governo-poder judiciário’. O direito público (o que ficava reservado ao rei e seus ministros) foi assimilado à soberania; com Jean Domat surge a ideia de que a polícia, noção que designava a ordem material e moral da sociedade (ordem pública) está subordinada ao governo, e que o governo tem por objeto a prestação de serviços públicos (JOURDAN, 1988, p. 101). Esta distinção entre ‘privado’ e ‘público’ manifesta-se claramente na teoria do domínio público: os bens que servem ao uso de todos estão submetidos a um regime jurídico exorbitante do direito comum, e seu critério essencial passa a ser, assim, a afetação ao uso público, constituindo-se o domínio público em bens que, por sua natureza, estão fora do comércio e são improdutivos.

Por certo, o conceito de serviço público não existia no Antigo Regime – o serviço não se concebia por sua relação com os particulares e os usuários, mas por sua relação com o rei. O rei, no preâmbulo de suas ordenanças, declarava ter em vista o bem comum – que nada mais era do que seu dever de cristão – e não o reconhecimento de direitos subjetivos dos indivíduos. No entanto, isso não quer dizer que não estavam presentes os traços principais que a teoria jurídica do Estado liberal moderno iria apontar como caracterizadores do serviço público. Assim,

por exemplo, na Provença, tais princípios se verificavam no estabelecimento de um serviço que devia suprir uma carência da iniciativa privada, na definição de seu regime jurídico e no seu modo de gestão. Neste sentido, Rivero assegura que do caos da feudalidade emergiu, “progressivamente, a partir do séc. XVI, uma organização coerente, centralizada, hierarquizada, que é obra da Monarquia e que, sobretudo no séc. XVIII tende a concentrar em si o que serão as do regime do ano VII” (1981, p. 27).

O Estado liberal construído nas ruínas do Antigo Regime e sob uma rígida separação orgânica entre aparelho do Estado e sociedade civil viu nascer uma burocracia que executa o interesse geral. A ideologia do interesse geral, intimamente ligada à ideologia do serviço público, legitimou o surgimento dessa burocracia como nível social específico, sendo destacada da sociedade civil e funcionando como uma espécie de intermediária entre essa e o Estado. No período de formação do direito administrativo francês, foi elaborada a teoria geral do serviço público, na qual os conceitos de interesse público, utilidade pública e interesse geral reencontraram-se, de modo que se opôs interesse público, domínio da Administração, e interesse privado àquele da Justiça, estimando-se que, na sociedade civil, somente o poder público pode proceder ao seu reconhecimento e à sua constatação (JOURDAN, 1988, p. 408).

3 A emergência do conceito de serviço público na doutrina e no direito positivo francês

Até 1872, o Conselho de Estado francês fundamentava sua competência na ideia de ‘estado devedor’, em uma interpretação muito larga dos textos revolucionários que proibiam toda e qualquer intromissão do poder judicial na atividade do Executivo, subtraindo à competência judicial todos os litígios nos quais a Administração estivesse interessada. O resultado é que, a partir da ideia de exercício de um ‘poder público’, justificou-se um

regime especial pela intervenção de uma vontade superior (RIVERO, 1981, p. 189; CORAIL, 1954, p. 3). Por meio das decisões de Blanco (1873), Terrier (1903) e Thérond (1910), a expressão 'serviço público' foi consagrada para afirmar a competência de o juiz administrativo estabelecer as regras da responsabilidade pública, dando origem a uma verdadeira 'escola' que considera ser o conjunto do direito administrativo construído a partir dessa noção (BRAIBANT et al., 2001, pp.1-7; 72-75; 26-129; MORAND-DEVILLER, 1991, p. 378; CORAIL, 1954, p. 5-12). A partir daí, abandonou-se definitivamente o critério do 'estado devedor', ainda que se mantivesse, como nota distintiva do direito administrativo, a conhecida regra *la compétence suit le fond* (regra de fundo de direito comum, competência da Justiça Comum; regra de direito especial – direito administrativo –, competência da Justiça Administrativa).

Rivero (1981, p. 189) assevera que, de fato, a grande contribuição do arrêt Blanco foi o abandono definitivo do critério tirado do Estado devedor, para afirmar-se cada vez mais nitidamente a ideia da estreita ligação entre a competência administrativa e a aplicação das regras derogatórias de direito comum. De qualquer modo, a noção de serviço público é tida pelos autores franceses como a mais importante tentativa de síntese do direito público que apareceu na França e, segundo Duguit (1928, p. 61), é a noção que se acha logicamente posta na base do regime administrativo, já que o Estado não é só um poder de comando, mas uma cooperação de serviços públicos. Este é o próprio fundamento do direito público, indispensável à concretização e ao desenvolvimento da interdependência social. Entretanto, Hauriou (2002, p. 13-15) concebeu serviço público como mecanismo organizativo e institucional de autolimitação de poder e afirmou serem duas as noções fundamentais do direito administrativo – poder público e serviço público. Claramente, o autor prefere a primeira, já que afirma que o elemento essencial do regime administrativo é o 'poder administrativo', o qual se contrapõe aos direitos dos particulares – poderes privados. Em meados do século XX, Jèze viu na noção de serviço público "a pedra angular do direito administrativo", sustentando serem

as velhas teorias de soberania e poder público nada mais do que "manifestações de misticismo" e demonstrando a ligação estreita entre aquela noção e o regime especial da Administração (CORAIL, 1954, p. 7; 10-11; 12-14; MORAND-DEVILLER, 1991, p. 378). Em síntese, tal construção pode ser assim resumida: existe serviço público quando um empreendimento funciona sob a autoridade da Administração, utiliza procedimentos de poder público e responde a uma necessidade de interesse geral, isto é, há serviço público quando este é prestado por pessoa pública, sob regime de direito público, ou seja, atividade desenvolvida segundo os princípios da continuidade, regularidade e igualdade dos usuários perante o serviço, visando satisfazer o interesse público.

Todavia, a Administração Pública não é a única que presta (executa) o serviço público, já que os particulares também o fazem. O contrato de concessão de obra pública, por exemplo, foi o grande expediente utilizado pelos poderes públicos do século XIX para a construção de ferrovias e implantação de redes de distribuição de água e energia (COUTO E SILVA, 1997, p. 18). Contudo, a partir da Primeira Guerra Mundial, devido à instabilidade econômica e monetária que a ela se seguiu, os concessionários se viram impossibilitados, muitas vezes, de continuar a prestar os serviços aos quais se tinham obrigado, demandando do Estado intervenções e auxílios para que não paralisassem serviços essenciais à população. Essas intervenções e auxílios vinham ao encontro de uma nova concepção de Estado, qual seja, a do Estado intervencionista no campo econômico e social, o chamado Welfare State, Estado Previdência ou Estado de Bem-Estar Social, exigindo, assim, um poder público mais ágil, que foi "procurar nos repertórios do direito privado modelos e instituições que o permitissem atuar com a eficiência e rapidez que então se reclamava" (COUTO E SILVA, 1997, p. 20).

Fleiner (1993, p. 99-106) denominou de "fuga para o direito privado" o fenômeno da assunção, pelo Estado, de serviços que antes eram concedidos aos particulares, porque este constituiu, para tanto, pessoas jurídicas de direito privado, empregando a técnica da descentralização. No plano teórico, este fenômeno

teve o efeito de pôr em xeque a teoria do serviço público, uma vez que os serviços passaram a ser prestados também por entidades que se submetiam ao regime do direito privado e não ao do direito público. Essa fuga para o direito privado representou, do mesmo modo, um alargamento do espaço público, uma “publicização do privado, tendo em vista, também, que muitos dos serviços prestados pelo Estado, sob nova roupagem, possuíam natureza industrial e comercial” (COUTO E SILVA, 1997, p. 21).

A partir disso, juristas franceses passaram a sustentar que a fórmula clássica contém uma omissão considerável, já que ela não explica toda uma categoria de serviços públicos que não se submetem ao regime especial, como os serviços públicos concedidos, e também retira do âmbito administrativo as atividades privadas prestadas pelo Estado – os serviços não públicos. Em última instância, a intervenção do Estado em diversos domínios, principalmente o econômico, pôs em causa a teoria do serviço público como única noção explicativa do regime jurídico administrativo, posto que surgiram serviços privados que exercem funções públicas – teoria dos serviços industriais e comerciais – ou porque a evolução econômica e social fez surgirem organismos que dificilmente integrariam-se à Administração, como é o caso das empresas concessionárias de serviço público (CORAIL, 1954, p. 9; RIVERO, 1981, p. 39).

No entanto, isto não invalida a importância do uso dessa noção para explicar a ordenação da função administrativa na intervenção do Estado no domínio econômico, pois acabam por designar-se ‘prestadores de serviços públicos’ os organismos que têm por finalidade prover satisfação das diversas necessidades da coletividade, ainda que esta tarefa possa ser igualmente confiada a organismos privados investidos de uma missão de serviço público. Com a crítica no sentido de que a gestão dos serviços públicos nem sempre utiliza processos de direito administrativo, as normas de direito administrativo caracterizam-se por conferirem à Administração prerrogativas sem equivalentes nas relações privadas – derrogações para mais ou para menos. Sendo assim, extensivamente, serviço público foi entendido como toda atividade que uma coletividade pública decide as-

sumir porque lhe parece que a realização de uma atividade é necessária ao interesse público ou geral (RIVERO, 1981, p. 200; CHAPUS, 1968, p. 239).

4 Interesse público e as necessidades de interesse geral: o problema do conceito de interesse público

Como reconhecer que uma determinada atividade está qualificada e destinada a realizar o interesse público se esta noção não pode ser definida *a priori* e abstratamente? (CHAPUS, 1968, p. 245). A dificuldade reside no fato de ser esta uma noção mutável e não definível, já que os interesses ditos públicos podem ser recortados, de maneira total ou parcial, com os interesses individuais e, igualmente, em oposição a estes (MAURER, 1994 p. 13). Não há, na verdade, relação de contradição entre os interesses privados e os públicos, e sim, como afirma Ávila (1998, p. 167), uma “conexão estrutural” entre eles, pois o ordenamento jurídico, justamente, regula uma relação de tensão entre o interesse público e o particular (ÁVILA, 1998, p. 173).

Dado que existem ao menos duas acepções distintas para a expressão ‘interesse público’ – uma, *política*, na qual o interesse público não se distingue, por essência, do interesse de pessoas ou grupos, sendo uma espécie de árbitro entre diferentes interesses particulares e variando conforme a época ou o país e, outra, *jurídica*, na qual o interesse público pressupõe a determinação das autoridades que terão competência para serem árbitros entre os interesses particulares – é normalmente o legislador (constitucional e ordinário) quem define, com precisão, a maior parte dos elementos que compõe o interesse público, as regras jurídicas segundo as quais estes fins serão perseguidos, bem como as autoridades competentes para intervir e os meios que estas poderão usar. São fundamentalmente as normas constitucionais que dizem quais interesses devem ser perseguidos (VEDEL, 1958, p. 174; MAURER, 1994, p. 13-14; ÁVILA, 1994, p.

177). Nessas condições, nos Estados constitucionais, a Administração não possui competência para definir por si mesma os fins dos interesses públicos, nem para criar novos, embora possua um poder de apreciação bastante amplo quando o legislador acaba por definir muito genericamente o que seja o interesse público a perseguir (VEDEL, 1958, p. 173-175). Em outros termos, em muitos casos, é o juiz ou o administrador quem decide, dependendo de uma apreciação discricionária, o que é o interesse público ou geral – resultando, assim, na caracterização do serviço público (REGOURD, 1988, p. 20).

O interesse público, então, determina os fins e os fundamentos legítimos da atuação estatal, relacionando-se com diferentes normas, assumindo muitos conteúdos, sendo concretizado por meio de diversos procedimentos e constituindo-se por meio de um permanente processo de compreensão do Estado em uma dada comunidade. A noção de interesse público possui uma “indeterminabilidade empírica” a ponto de não poder sequer ser separadamente descrito do interesse privado na “análise da atividade estatal e seus fins” (ÁVILA, 1998, p. 167). Por estas razões, o interesse público só pode ser descrito com referência a situações concretas, além de não poder ser o fundamento da atuação da Administração.

Igualmente, a definição do que sejam ‘as necessidades de interesse geral’ é bastante difícil, já que a necessidade, além de também ser um conceito jurídico indeterminado, vem sempre presidida por uma situação de fato – situação de perigo ou de potencial ameaça para um fim reconhecido como essencial pelo grupo social e um componente jurídico –, valores, fins e objetivos que devem ser realizados ou protegidos pelos poderes públicos (GARCIA, 1996, p. 165-167). Já que não existe um único fim considerado essencial pelo grupo social e sendo os interesses gerais indefinidos e indefiníveis objetivamente, em um sistema democrático, a definição de seu conceito e a específica determinação de seu conteúdo correspondem aos órgãos representativos do grupo social que têm competência para expressá-los. É ao legislador, então, que cabe expressar a con-

cepção que, em cada momento, prevalece do interesse geral, isto é, ele se define por meio dos órgãos de direção política.

Há, evidentemente, objetivos mínimos comumente aceitos pelo grupo social, os quais são necessários para sua sobrevivência enquanto tal, independentemente do grupo político que tenha o poder em um momento determinado. Estes são fins primários, como manutenção de um mínimo de paz social – a ordem pública – e atividades sem as quais o Estado desapareceria, como os serviços essenciais para a comunidade, isto é, aqueles que estão dispostos em função de certos direitos ou bens constitucionalmente protegidos. Por isso, nem mesmo os conceitos de serviço essencial e serviço público coincidem, vez que certas atividades podem ser geridas por particulares e ser essenciais no sentido de satisfazer direitos e interesses essenciais, como, por exemplo, aquelas que garantem a liberdade de movimento das pessoas no território de um Estado ou mesmo a distribuição de mercadorias necessárias à vida comunitária ordenada e organizada (bens de primeira necessidade) ou, ainda, a das indústrias de armamentos ou estratégicas que são essenciais para a defesa nacional (MODERNE, 2001, pp. 14-15).²

Considerando ser o direito administrativo brasileiro largamente tributário à tradição francesa, a Constituição da República (BRASIL, 1988) acabou por consolidar uma determinada concepção de serviço público, afirmando que este é a atividade assumida por uma coletividade pública com o propósito de dar satisfação a uma necessidade de interesse geral, sendo necessária a participação de uma pessoa pública.

Com efeito, na Constituição do Brasil subjaz o entendimento de que serviço público é toda atividade que a coletividade assume porque a realização da mesma é necessária ao interesse público ou geral. Assim, a prestação de um serviço público “está voltada à satisfação de necessidades, o que envolve a utilização de bens e serviços, recursos escassos” (GRAU, 2001, p. 250).

² No Brasil, é a lei de greve (Lei nº 7783/89) que estabelece o que é serviço ou atividade essencial (art. 10), bem como, no artigo 11 e § único, que os serviços essenciais são aqueles “indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade”. Por “necessidades inadiáveis” se entendem “aquelas que, não atendidas, coloquem em perigo iminente a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população” (BRASIL, 1989).

Tradicionalmente, os serviços públicos submetem-se a um regime jurídico próprio, isto é, um conjunto de normas que impõe deveres e atribuem direitos tanto aos concessionários e permissionários quanto aos usuários. Por esse motivo a doutrina fala em princípios informativos dos serviços públicos, tais como generalidade, continuidade, eficiência, segurança, cortesia e modicidade, todos reconduzíveis à expressão constitucional e infraconstitucional 'serviço adequado' (MOREIRA NETO, 2001, p. 417; GROTTI, 2002, p. 48).

O que caracteriza, portanto, uma atividade como serviço público é a vinculação com o interesse social, isto é, a sua indispensabilidade à realização e ao desenvolvimento da interdependência social. Com efeito, Cirne Lima e Moreira Neto afirmam ser serviço público "todo serviço existencial, relativamente à sociedade, ou pelo menos, assim havido num momento dado, que, por isso mesmo, tem de ser prestado aos componentes daquela, direta ou indiretamente, pelo Estado ou outra pessoa administrativa", ou ainda, atividades pelas quais o Estado, por si ou por delegados, promove ou assegura a satisfação de interesses públicos, assim considerados por lei (CIRNE LIMA, 1954, p. 82; MOREIRA NETO, 2000, p. 126). O relevante em tais construções é o fato de que, mesmo que a atividade de interesse social seja prestada por particulares, esta não deixa de ser uma "finalidade" do Estado brasileiro. Assim, a finalidade da ordem econômica estruturada na Constituição é "a preservação dos vínculos sociais e a promoção da coesão social pelo Estado" e ele cabe "a responsabilidade pela provisão, à sociedade, como serviço público, de todas as parcelas da atividade econômica em sentido amplo que sejam tidas como indispensáveis à realização e ao desenvolvimento da coesão e da interdependência social" (GRAU, 2001, p. 391).

5 Considerações finais

Na época medieval, havendo se desvanecido a distinção público/privado, não existia o conceito de serviço público, que só seria consagrado na era absolutista, em razão da articulação do conceito de poder e soberania e de novas distinções como a de 'governo-administração' e 'governo-poder judiciário'. Sendo assim, foi a jurisprudência do Conselho de Estado Francês e a doutrina da época liberal que afirmou que a competência segue o fundo e esboçou a noção de gestão privada dos serviços públicos. Quanto ao contencioso da responsabilidade, o arrêt Blanco consolidou a ideia de que o poder público está submetido a regras especiais e depende da competência administrativa, o que a jurisprudência posterior confirmou em parte. Após 1920, foi reconhecida a existência de serviços públicos industriais e comerciais subtraídos aos princípios do arrêt Blanco. Com a noção de 'serviço público', a jurisprudência encontrou novo fundamento para a competência administrativa, pois, segundo o seu entendimento, serviço público é a atividade assumida por uma coletividade pública com o propósito de dar satisfação a uma necessidade de interesse geral, havendo a necessidade de participação de uma pessoa pública. A doutrina acabou por fixar tais noções e considerá-las as pedras angulares de todo o sistema de direito público. De fato, a noção de 'serviço público' contém um elemento orgânico (pessoa pública), um formal (atividade prestada sob um regime de direito público) e outro material (destina-se a perseguir um interesse público).

Na Constituição atual do Brasil, está disposto que a atividade econômica em sentido amplo contém duas espécies: as atividades econômicas em sentido estrito e os serviços públicos. Estes, podem ser de caráter privativo ou não privativo. No primeiro, a prestação é privativa do Estado, mesmo que prestada por particular por meio de concessão ou permissão. No segundo, quando forem prestados serviços pelo Estado estes assumem o caráter de serviço público e, quando forem prestados pelo setor privado serão considerados atividade econômica em sentido estrito. Seja adotando a tese do serviço público em

sentido amplo, seja em sentido restrito, no direito brasileiro este é caracterizado como atividade definida pela Constituição como indispensável, em determinado momento histórico, à realização e ao desenvolvimento da coesão e da interdependência social, ou seja, definida como serviço essencial à convivência humana.

Referências bibliográficas

ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o “Princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 24, 1998.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicolas; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Brasília: UnB, 1986.

BRAIBANT, Guy et al. **Les Grands Arrêts de la jurisprudence administrative**. 13. ed. Paris: Dalloz, 2001.

CHAPUS, René. Le Service Public et La Puissance Publique. **Revue du droit public et de la science politique en France et a L'Étranger**, Paris, Tomo LXXXIV, n. 2, 1968.

CHEVRIER, G. Remarque sur l'introduction et les vicissitudes de la distinction du 'jus privatum' et du 'jus publicum' dans l'oeuvre des anciens juristes français. **Archives de philosophie du droit**. Paris: Sirey, 1952.

Princípios de Direito Administrativo Brasileiro. 3. ed. Porto Alegre: Livraria Sulinas, 1954.

CORAIL, Jean-Louis. **La Crise de la Notion Juridique de Service Public en Droit Administratif Français**. Paris: Librairie Générale du Droit et de Jurisprudence, 1954.

COUTO E SILVA, Almiro do. Os indivíduos e o Estado na realização das tarefas públicas. **R. Dir. Adm.**, Rio de Janeiro, n. 209, p. 43-70, jul./set. 1997. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/47041/46025>>. Acesso em: 03 mai. 2018.

DUGUIT, Léon. **Traité de Droit Constitutionnel**. Tomo 2, 3. ed. Paris: E. de Boccard, 1928. Disponível em: <www.gallica.bnf.fr>. Acesso em: 03 mai. 2018.

FLEINER, Fritz. **Instituciones de Derecho Administrativo**. 8. ed. Barcelona: Editorial Labor, 1933.

GARCIA, Vicente Alvarez. **El Concepto de Necesidad en Derecho Publico**. Madrid: Editorial Civitas, 1996.

GRAU, Eros Roberto. Constituição e Serviço público. In: _____; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). **Direito constitucional: Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros, 2001.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Teoria dos Serviços Públicos e sua Transformação. In: SUNFELD, Carlos Ari (Org.). **Direito Administrativo Econômico**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

HAURIOU, Maurice. **Précis de Droit Administratif et de Droit Public**. 12. ed. Paris: Dalloz, 2002.

JOURDAN, Philippe. La Formation du Concept de Service Public. **Revue de Droit Public et de la Science Politique en France et a L'Étranger**, Tome CIII. Paris: Librairie Générale du Droit et de Jurisprudence, 1988.

MAURER, Harmut. **Droit Administratif Allemand**. Paris: Librairie Générale du Droit et de Jurisprudence, 1994.

MODERNE, Franck. Les Transcriptions Doctrinales de L'Idée de Service Public. In: MODERNE, Franck; MARCOU Gérard (Ed.). **L'Idée de Service Public dans le droit des États de L' Union Européene**. Paris: L'Hartmattan, 2001

MORAND-DEVILLER, Jacqueline. **Cours de Droit Administratif**. Paris: Montechrestien, 1991.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

REGOURD, Serge. Le service public et la doctrine: pour un plaidoyer dans le procès en cours. **Revue de Droit Public et de la**

Science Politique en France et a L'Étranger, Paris, Librairie Générale du Droit et de Jurisprudence, 1988.

RIVERO Jean. **Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 1981.

VEDEL, Georges. **Droit Administratif**. Tomo I. Paris: Presse Universitaire de France, 1958.

HERMENÊUTICA ANALÓGICA E EFETIVIDADE DOS DIREITOS HUMANOS: UM HORIZONTE EMANCIPADOR

Raquel Fabiana Lopes Sparemberger¹
Ivone M. Lixa²

- ¹ Pós-doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Doutora e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Graduada em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (Unijuí). Professora-adjunta da Universidade Federal do Rio Grande (FURG), professora do Programa de Mestrado em Direito da FURG. Professora da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP-RS). Professora visitante na Universidade Regional de Blumenau (FURB). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Teoria Geral do Direito, Direito Constitucional, Direito Ambiental e Direitos Humanos, América Latina e questões decoloniais. Professora pesquisadora do CNPq e da Fapergs. Responsável pelo grupo de estudos da FURG sobre o Direito Constitucional e Violência e pelo grupo Direito, Decolonialidade e estudos subalternos da FMP.
- ² Pós-doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC, 2014). Doutora em Direito Público pela Universidad Pablo de Olavide e Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC, 2008). Mestre em Filosofia do Direito pela UFSC (2000). Graduada em Direito pela Fundação Universidade Regional de Blumenau (FURB, 1998), Pós-Graduação em Direito Civil pela FURB (1998). Graduada em Ciências Geográficas pela Universidade de São Paulo (USP, 1980) e em Geografia pela USP (1980). Atualmente é professora visitante da Universidad de San Luís de Potosí (San Luís de Potosí – México – Maestria em Derechos Humanos), professora da Escola Superior da Magistratura de Santa Catarina (ESMESC), professora contratada do Centro Universitário Católico de Santa Catarina (Graduação e Pós-Graduação em Direito) e professora titular das disciplinas de Hermenêutica Jurídica e História das Instituições Jurídicas da Universidade Regional de Blumenau no curso de Direito. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Teoria Crítica do Direito, atuando, principalmente, nos seguintes temas: Sistemas Contemporâneos de Justiça, Pluralismo Jurídico, Hermenêutica Jurídica, Teoria Jurídica Crítica Latino-Americana, Direitos Humanos e Ciências Criminais. Pesquisadora e extensionista da FURB com projetos na área de Políticas Públicas e Cidadania, Novos Direitos, Hermenêutica Jurídica e Pluralismo Jurídico.

1 Considerações iniciais

O conceito atual dos direitos humanos perpassou inúmeras dificuldades e transformações ao longo da história da humanidade. Fato é, entretanto, que não se pode negar a influência e manutenção deste termo por parte da globalização, a qual passou a determinar, de certa maneira, os rumos pelos quais o universalismo tem impresso e propagado a ideia de unidade conceitual e definição congelada dos direitos vinculados à uma vida digna do indivíduo. Trata-se da tensão entre relativismo e universalismo, assim, propõe-se um despertar a partir desta tensão, a fim de emancipar, por meio da hermenêutica analógica, a atuação do humano para com o meio, o próximo e o futuro.

Em suma, deve-se tentar compreender os direitos humanos desde uma conduta de insubordinação intelectual e racional à realidade social, com vistas a um futuro mais generoso e humanizador, problematizando, ainda, a habitualidade e focando em duas questões centrais: desde quando compreendemos o humano, seus direitos e possibilidades emancipadoras? e quais os pressupostos das verdades postas?

2 Hermenêutica analógica e direitos humanos

No campo hermenêutico, o compreender é resultado de condições definidas por um horizonte; um âmbito de visão estabelecido por um agir histórico e questionador a partir da finitude do presente.

Sob tal perspectiva, o presente é um universo de questionamentos e superação de limites, sendo a compreensão não um fenômeno que existe por si só e independente da historicidade, uma vez que seu pressuposto é a interpelação daquele que está situado. A atitude hermenêutica é, portanto, uma tomada de consciência que pressupõe questionamentos. É algo

mais do que a mera reprodução de conceitos ou concepções alheias, é compreender o presente a partir das condições de sua superação.

Compreender direitos humanos desde uma atitude de insubordinação intelectual e racional à realidade social implica rompimento com o habitual, com vistas a um futuro mais generoso e humanizador e às respostas às questões centrais: desde quando compreendemos o humano, seus direitos e possibilidades emancipadoras?; e quais os pressupostos das verdades postas? As respostas dependem da delimitação do horizonte hermenêutico e do campo de visão, desde os quais construímos um universo de significações e valorações.

Horizonte hermenêutico é a delimitação de um campo intelectual segundo o qual o mundo que nos cerca ganha sentido e nos permite compreendê-lo. Segundo Frutos e Rubio (2013),

De este modo, es posible que entendamos las cosas, pero también que haya cosas que no tengan un sentido claro. Por ello, sólocuando ha comenzado a “ver” y “entender” ha podido tropezar con algo que no se ve bien, entonces es cuando puede surgir la necesidad de cuestionar el modo de verlas. El sentido “de” las cosas, puede aparecer como *desfundamentado*, “sin sentido”, un sentido que clama por *alumbrar un nuevo sentido para aquello que tratamos*. (RUBIO, 2014, p. 58).

Assim, reposicionar uma atitude crítica é um ato de superação; superação de uma perspectiva formal e universalista de Direitos Humanos a qual, no entender de Rubio (2014), implica reconhecer a necessidade de recuperação do político e do impuro³. Desde aí:

1. Assumir um pensamento complexo, relacional e interdisciplinar;

³ A expressão “impuro” (o plural, o relacionável, o narrável) é utilizada por Flores (2009, p. 89) como contraposição, partindo de uma perspectiva crítica e complexa dos Direitos Humanos, às teorias instrumentais do Direito que buscam “purificar” seus fundamentos e metodologias analíticas. Desde sua concepção, o conhecimento impuro exige reconhecer os vínculos existentes entre os fenômenos que compõem o objeto de nossa investigação. Reclama, assim, tomar consciência da essencial pluralidade de todo objeto de conhecimento ou, em outras palavras, de sua disposição para reconhecer e integrar as diferenças. O impuro nos induz, então, a reconhecer os conteúdos e as diferenças que fazem de um determinado objeto a meta de nosso infinito afã por conhecer.

2. Adotar uma racionalidade e ética de vida e sobre o vivo (entendida como ética reprodutiva e de resistência que seja sensível ao sofrimento humano e à convivência ambiental);
3. Utilizar o paradigma pluralista de direito;
4. Incorporar a pluriuniversalidade e a interculturalidade do mundo aos estudos jurídicos. (RUBIO, 2014, p. 24).

Trata-se de um desafio aos que acostumaram-se a considerar direitos humanos sob uma perspectiva procedimental formal a partir da dimensão estritamente jurídica e interna do Direito, que fica circunscrita na esfera do (in)decidível e expressa como “espécie” específica de Direitos Fundamentais⁴. Para autores como Rubio, Flores e Martínez, entre outros, direitos humanos devem ser compreendidos para além da dimensão jurídica, como processos de luta articulados a partir das resistências e reivindicações produzidas pelas contradições e assimetrias sociais, políticas e econômicas que articulam as permanentes e perversas relações de poder.

Enestos procesos se gestan reivindicaciones de autonomía, de autoestima y de reconocimiento como sujetos con capacidad para contribuir a la construcción y reapropiación de realidades y posibilidades. En definitiva, se lucha por unos derechos, por derechos humanos. (RUBIO, 2007, p. 28).

Sob tal perspectiva, a institucionalização dos direitos humanos deve ser compreendida como transferência de poder cuja fonte são as lutas sociais visibilizadas nos movimentos sociais – em não raras vezes anuladas pela lógica de poder, como é o que, atualmente, se assiste, em particular no Brasil, com o fenômeno crescente da judicialização da política – diluindo (desmanchando no ar, para usar a tradicional metáfora marxista) as formas de resistência às perversidades do poder econômico e/ou político.

⁴ Ferrajoli considera direitos humanos inseridos na dimensão jurídica e política como direitos fundamentais, os quais circunscrevem-se na esfera do indecidível, sancionados por constituições que operam como fontes de validade e legitimidade. O autor define direitos humanos como categoria de direitos fundamentais e primários (ou substanciais) concedidos a todos os seres humanos (direito à vida, à integridade, à liberdade pessoal, etc.) e que pertencem a todas as pessoas independente de sua cidadania. São, portanto, situados no âmbito interno e normativo do Direito (2001, p. 22).

Para o referido autor, qualquer resistência ao excesso de poder é uma fonte de criação de direitos que deve culminar em sua institucionalização, sendo seu grau de reconhecimento aceito não apenas pelos tribunais de justiça, mas pela totalidade dos cidadãos (RUBIO, 2007). Os sujeitos, em sua condição existencial, projetam-se em processos produtivos e instituições, criando mediações para viverem e conviverem. As instituições, entretanto, ao absolutizar as lógicas e características originárias, tornam-se estranhas e distantes. Entende Rubio (2007, p. 30) que os direitos humanos servem de instrumentos relacionais com os quais interpelam-se as condições de existência humana.

Desde a perspectiva relacional, os direitos humanos assumem uma dimensão emancipadora e humanizadora da vida, do direito e da política, servindo como limites e reações legítimas aos excessos de poder manifestados nas ordens jurídica e política. A superação de uma fundamentação menos dogmática de direitos humanos é ir para além do pensamento único, o qual, na versão pós-moderna, assume-se relativista. Os direitos humanos apropriam-se, assim, de um sentido para além do significado único do justo legal e formal. O sentido de “direito” invoca uma racionalidade analógica que supera tanto o relativismo quanto o univocismo, redefinindo as práticas e concepções hermenêuticas tradicionais que mais serviram – e em muitos casos ainda servem – de discursos legitimadores de manutenção de uma ordem jurídica excludente e antidemocrática.

Assim, a hermenêutica é definida como um saber específico acerca da compreensão do sentido, compreendendo, de tal modo, o termo historicamente carregado de imprecisões. Na tradição clássica, o grande esforço teórico, em sua origem, foi o de delimitar regras para eliminar as arbitrariedades e os subjetivismos interpretativos e, com tais preocupações, definiram-se as concepções univocistas, paradigmas dominantes entre os séculos 17 e 19. Já no século 20, ampliou-se o campo metodológico, a partir da reorientação de seu objeto, assumiu-se a hermenêutica como filosofia universal da interpretação, sendo considerada a interpretação a característica essencial da presença humana

no mundo; um avanço que acabou por definir o panorama do pensamento hermenêutico contemporâneo.

Composto por inúmeras correntes teóricas e discursos de sustentação, tais como o estruturalismo, a crítica à ideologia, a desconstrução, os pós-modernismos, etc., a hermenêutica contemporânea acabou por servir e alimentar o triunfo da incerteza e dos relativismos. Conduzida ao campo da filosofia e dominada pelo debate da crise epistemológica na tradição eurocêntrica – genericamente rotulada como pós-modernidade – a hermenêutica tem se caracterizado pelo predomínio das concepções equivocistas, marcadas pela perda total de sentido e fragmentação da realidade, a exemplo da desconstrução de Rorty, do pensamento de Vattimo, ou até mesmo do conceito de pós-modernidade de Lyotard, fragilizando a epistemologia da verdade e a própria ética do bem. A perda de sentido e referência é produto da contraposição ao excessivo univocismo, o qual dominou a preocupação hermenêutica construída a partir do paradigma cientificista moderno que pretendeu reduzir a realidade à experimentação técnico-científica.

Tanto a redução da realidade ao eterno relativo, que condena o humano à impossibilidade do bem e do previsível, quanto a incessante busca pela verdade única e universal dada pelo experimental tecnicista podem ser consideradas extremos hermenêuticos que têm servido como mola propulsora ao que se pode definir como pêndulo hermenêutico⁵. Tal qual um pêndulo, há a oscilação entre dois polos cuja velocidade e distância entre os extremos diminuem pouco a pouco. Estes mantêm-se sempre antagônicos, por menor que seja a distância, até que chegue o pêndulo ao centro e pare. A hermenêutica foi levada ao extremo univocista e seu contrário: o relativismo equivocista. Evidentemente dois dogmas que se excluem e são reducionistas (DORANTES, 2005, p. 31).

Segundo Puente, “a Hermenêutica univocista sustenta a concepção reducionista de que somente há uma interpreta-

ção válida e todas as demais em sua totalidade são incorretas” (2005, p. 46-47). Trata-se de uma construção que recebeu distintas matrizes vinculadas ao cientificismo e que encontrou seu apogeu no positivismo do século 19 e maior elaboração no positivismo lógico do século 20, conforme o qual um enunciado era interpretado de maneira válida de acordo com o adequado procedimento lógico analítico de verificação, independentemente da realidade, uma vez que a comprovação conceitual é tautológica.

Ainda, lembra Puente (2005), assim como afirmavam os escolásticos que “a universalidade constrói falsidades e a particularidade edifica a verdade”, é necessário ter cuidado com juízos extremos, uma vez que é mais fácil haver equívoco no universal do que no particular. Isto é, afirmar que apenas é corretamente interpretado o que é empiricamente verificável é uma afirmação em si própria insustentável, posto que a mente que enuncia o princípio é finita e, assim, o enunciado é absolutamente inverificável. Ou seja, o univocismo se autorrefuta.

Em outro extremo, com matriz romântica, a hermenêutica aposta no subjetivismo, uma vez que o próprio romantismo é inseparável do idealismo. Por mais que seus expoentes tenham tentado superar o subjetivismo, tal como o próprio Scheleiermacher, o pensamento hermenêutico romântico foi impregnado pelo sentimento: o texto e seu contexto, o autor e sua cultura. De alguma maneira buscou-se mergulhar no mundo cultural tanto do autor quanto do leitor, como uma fusão de subjetividades que parecia conduzir à máxima objetividade, mas que acabou por culminar em um subjetivismo mais bem elaborado. Sobre isso, afirma Puente que

[...] romantismo e positivismo são contemporâneos, aparecem nas primeiras décadas do século XX. O romantismo surge como reação contra o racionalismo-empirista da Ilustração. O positivismo é uma reação contra o romantismo, sua desconfiança da razão e sua espécie de irracionalismo. Outra vez observamos que os extremos se tocam, pois se a hermenêutica positivista – que na realidade não é hermenêutica – pretende a máxima objetividade, a hermenêutica romântica pretende atingir esta máxima objetividade atra-

⁵ A expressão pêndulo hermenêutico é utilizada por Dorantes (2005) para designar as oscilações entre os extremos – do univocismo ao equivocismo – que têm conduzido as teorias hermenêuticas modernas.

vés da máxima subjetividade, com sua exaltação ao eu, ao sujeito e às faculdades mais subjetivas – as sentimentais – do homem [...].

A hermenêutica positivista é univocista, a interpretação é apenas uma e deve ser aceita por todos. É o cientifismo [...]. (PUENTE, 2005, p. 45, tradução livre).

A pretensão univocista da hermenêutica carrega impossibilidades e limitações significativas, tais como a redução da realidade existencial a um único e universal sentido humano, cultural e histórico e a desconsideração da finitude do compreender humano que impossibilita a apropriação da verdade e a redução interpretativa que trai a própria hermenêutica, dentre outras.

A realidade, campo de conhecimento e ação humana, é complexa e, dentro de certos limites, mutante. Caso fosse imutável e de absoluta simplicidade seria de se admitir o univocismo e não haveria que se falar em expressões ambíguas. Ainda, a complexidade e a mutabilidade do real, além da limitação do conhecimento humano, impõem um esforço permanente em torno de referenciais para valoração do real. Desde a perspectiva da ciência, portanto, não é possível sustentar uma única atitude científica aceitável e um conhecimento verdadeiro e certo, concepções e fundamentos dogmáticos típicos da ciência clássica. Ao contrário, em razão das limitações humanas, há que se incluir na busca da verdade a probabilidade e a possibilidade e não somente as certezas. O saber humano é impulsionado por questões acerca da essência e existência dos seres e, acumulando indicações parciais, integra penosamente conhecimentos válidos que ampliam, de maneira indefinida, o dinamismo do espírito sobre a realidade.

Em direção oposta, o relativismo equivocista toma como parâmetro o romantismo que, em síntese, privilegia a subjetividade absoluta própria do idealismo filosófico de sua matriz do início do século 19. O romantismo representou, em sua origem, uma reação às ciências naturais e formais que impregnaram o positivismo filosófico dominante. O relativismo romântico, atualmente transvestido de pós-modernismo, é essencialmente equivocista, defendendo a diferença e a diversidade interpreta-

tiva. Impregna-se – não pela via da razão, mas pelo sentimento – pela concepção de que texto e contexto, de alguma maneira, são compreensíveis quando se faz uma imersão no mundo cultural do autor que se vincula ao intérprete desde a subjetividade (PUENTE, 2005, p. 48).

O intérprete tem a tarefa de encontrar-se com o horizonte compreensivo do autor, o que acaba por tornar-se também um reducionismo que pressupõe a tradição cultural, particularizada como limite da racionalidade e da compreensão. O relativismo, elaborado ao longo da filosofia romântica, que tem em Scheleiermacher uma síntese da hermenêutica, encontrará em Nietzsche a extrema manifestação quando este profere a famosa frase: “não há fatos, somente interpretações”; legado nihilista presente nas concepções pós-modernas, como, particularmente, em Vattimo, herdeiro contemporâneo maior de Gadamer.

O relativismo equivocista é limitado na medida em que permite uma subjetividade sem margem de limites, impede a visão global e totalizante da realidade e alimenta uma metafísica frágil destituída de valores e referências, acabando por perder-se na discussão nihilista e legitimando qualquer compreensão e interpretação, o que fragiliza e também fragmenta a realidade.

A hermenêutica analógica, no entender de pensadores latino-americanos críticos como Rangel, é uma metodologia e lógica jurídica que supera a tradição ilustrada sem cair na cilada pós-moderna. É analógica porque centra a interpretação ou compreensão do significado mais além do sentido único e do infinito relativismo e permite reconhecer a complexidade e a riqueza do fenômeno jurídico perdido pela racionalidade jurídica moderna.

Assevera Rangel que

Y eso precisamente sucedió con el concepto del derecho en la modernidad, pudiese reservó para la normatividad impuesta por el Estado. Por eso el derecho moderno se entiende desde una concepción unívoca de la juridicidad y no acepta teóricamente la posibilidad del pluralismo jurídico; a éste sólo puede aceptarse en una racionalidad analógica, que no es una racionalidad formal sino que parte de la realidad. Por

otro lado, la equívocidad de la pos modernidad es producto del relativismo de esta última, que rompe con una idea de la juridicidad que puede ser una y varía. (RANGEL, 2004, p. 61).

Nesse sentido, considerando o mundo da vida como complexidade, diversidade e pluralismo, há que se apropriar de um método compreensivo que dê conta dessa realidade. Ao abandonar a hermenêutica desde uma lógica tradicional – seja o univocismo positivista ou o relativismo pós-moderno –, admite-se o justo desde a ética do reconhecimento de seres humanos reais que vivem e sobrevivem em relações assimétricas concretas. Neste sentido, repensar e recompreender direitos humanos torna-se uma atitude de relação com e a partir do próximo enquanto vítima concreta que clama, não pela mera lei, mas pela justiça, como valor maior da condição e possibilidade humanizadora e libertadora.

3 Considerações finais

Partindo de uma perspectiva crítica, sabe-se que apenas será possível emancipação humana caso haja definitivo rompimento com o idealismo instrumental mecanicista que tem servido para fundamentar a lógica tecnicista moderna, retomando a marcha da história a partir dos vitimizados que protagonizam lutas pela garantia e efetivação de Direitos Humanos. Em tempos de globalização neoliberal, o reconhecimento da complexidade e da pluralidade conceitual e operacional dos Direitos Humanos trata de superar a lógica universalista e simplificadora da vida humana. Sem dúvida, a projeção de um futuro mais generoso implica ultrapassar os reducionismos da modernidade.

A definição de um horizonte hermenêutico para além da negação das corporalidades e do subjetivismo solipsista conduz o Direito para um terreno mais fértil: a capacidade dos seres humanos de colocarem-se em relação com/desde o Outro. Com as organizações populares aprende-se que direito é algo análogo a distintos e múltiplos significados que se entrelaçam e se complementam. É exatamente esta rica relação analógica que pode ser apropriada intelectualmente para que o fenômeno e objeto

jurídico possa ser compreendido em toda a sua integralidade. A analogia é simultaneamente método, modo de pensamento e forma de racionalidade que permite o acesso à unidade compreensiva. Trata-se de uma lógica relacional e ordenadora que estrutura compreensivamente a realidade por semelhanças e diferenças, como permanente diálogo que vai além do univocismo e da absolutização jurídica.

Referências

- BARROS FILHO, Mario Thadeu Leme de. Um novo caminho para o direito internacional – o papel da sociedade civil internacional na construção da concepção intercultural dos direitos humanos. In: PIOVESAN, Flavia; IKAWA, Daniela (Coord.). **Direitos humanos: fundamentos, proteção e implementação**. v. 2. Curitiba: Juruá, 2007. p. 111-140.
- BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- CORRÊA, Darcisio. **A construção da cidadania**. Ijuí: Unijuí, 2002.
- CORRÊA, Marcos José Gomes. Direitos humanos: concepção e fundamento. In: PIOVESAN, Flavia; IKAWA, Daniela (Coord.). **Direitos humanos: fundamentos, proteção e implementação**. v. 2. Curitiba: Juruá, 2007. p. 23-30.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. Direitos constitucionais dos quilombos. **Gazeta Mercantil**: Questões Fundiárias, São Paulo, caderno A, p. 10, 23 mar. 2009.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos humanos e cidadania**. Coleção Polêmica. São Paulo: Moderna, 1998.
- DORANTES, Guillermo González. Hacia una interpretación analógico-icónica del hombre. México D.F., 2005. SIN 0188-896X. (Coleção: Analogia Filosófica, nº 16).

DORNELLES, João Ricardo W. O que são Direitos humanos. 1. ed. São Paulo: Brasiliense, 1989. (Coleção Primeiros Passos, 229).

FALK, Richard. **Globalização predatória: uma crítica**. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2001.

FLORES, Joaquín Herrera. A (re)invenção dos Direitos humanos. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

_____. Direitos humanos, interculturalidade e racionalidade de resistência. Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos, Florianópolis, v. 23, n. 44, p. 9-30, jan. 2002. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15330/13921>>. Acesso em: 7 dez. 2015.

FRUTOS, Juan Antonio Senent de; RUBIO, David Sánchez. **Teoría Crítica del Derecho: nuevos horizontes**. San Luis Potosí: UASLP, 2013.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Petrópolis: Vozes, 1999.

GERVÁS, Jesús Maria Aparício. **Educación Intercultural en el Aula de Ciencias Sociales**. Madrid: Edle, 2002.

GHAI, Yash. Globalização, multiculturalismo e Direito. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 557-614.

GREGORI, José. Os cinqüenta anos da declaração universal dos direitos humanos. In: KONRAD-ADENAUER STIFTUNG. **Cinqüenta anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos**. São Paulo: Fundação Konrad-Adenauer Stiftung, 1998. p. 23-28.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**. Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 4. ed. São Paulo: Revistas e dos Tribunais, 2010a.

_____. O sistema europeu de proteção dos Direitos humanos. **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais**, Curitiba, v. 1, n. 13, p. 32-58, 2010b.

MONTIEL, Edgar. A nova ordem simbólica: a diversidade cultural na era da globalização. In: SIDEKUM, Antônio (Org.). **Alteridade e multiculturalismo**. Ijuí: Unijuí, 2003. p. 15-56.

MUZIO, Gabriela. A globalização como estágio de perfeição do programa moderno: uma estratégia possível para sobreviver à ocorrência do processo. In: GIDDENS, Anthony. **Modernidade e identidade**. Rio de Janeiro: Zahar, 2002.

PIOVESAN, Flávia. Globalização econômica, integração regional e direitos humanos. In: _____. (Coord.). **Direitos humanos, globalização econômica e integração regional: desafios do direito constitucional internacional**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

_____. **Direitos humanos e o Direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Direitos humanos e justiça internacional**. São Paulo: Saraiva, 2006.

PUENTE, Mauricio Hardie Beucho. **Derechos humanos, iuspositivismo y iusnaturalismo**. México: Facultad de Filosofía y Letras de la Unam, 2005.

RANGEL, Jesús Antonio de La Torre. **Hermenêutica Analógica, Derecho y Derechos Humanos**. Aguascalientes: UAA, 2004.

REQUEJO, Ferran. Multiculturalidad y Derechos Humanos. 2006. Disponível em: <<http://mugakmed.efaber.net:3000/noticias/noticia/81117>>. Acesso em: 25 set. 2009.

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

_____. **Repensar Derechos Humanos: de la Anestesia a la Sinesesia**. Sevilla: Editorial Mad, 2007.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A gramática do tempo: para uma nova cultura política**. São Paulo: Cortez, 2006.

_____. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, Coimbra, n. 48, jun. 1997.

SANTOS, Edmilson. **Quilombos**: memórias e resistência. 2010. Disponível em: <<http://www.palmares.gov.br/>>. Acesso em: 24 out. 2009.

SOUZA, Rafael Bellan Rodrigues de. Gramsci e a comunicação: a mídia como aparelho privado de hegemonia. In: JORNADA MULTIDISCIPLINAR: Humanidades em Comunicação, 7., 2005, Bauru. **Anais...** Bauru: FAAC/UNESP, 2005. Disponível em: <http://www.faac.unesp.br/eventos/jornada2005/trabalhos/26_rafael_bellan.htm>. Acesso em: 12 out. 2009.

SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes. Antropologia e diferença: quilombolas e indígenas na luta pelo reconhecimento do seu lugar no Brasil. In: COLAÇO, Thais Luzia (Org.). **Elementos de antropologia jurídica**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008. p. 125-159.

TAYLOR, Charles. **Multiculturalismo**. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

TOURAINÉ, Alain. **Poderemos viver juntos? Iguais e diferentes**. Petrópolis: Vozes, 1997.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos humanos**. v. 3. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

TRINDADE, José Damião de Lima. **História social dos Direitos humanos**. São Paulo: Peirópolis, 2002.

UNESCO. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Brasília, DF, 1998.

WEIS, Carlos. O pacto internacional dos Direitos econômicos, sociais e culturais. 1998. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/textos/tratado06.htm>>. Acesso em: 24 set. 2009.

WEIS, Carlos. **Os Direitos humanos e os interesses transindividuais**. 2011. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/Congresso/Tese3.doc>>. Acesso em: 15 out. 2009.

WOLKMER, Antônio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos "novos" direitos. In: LEITE, José Rubens Morato; WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). **Os "novos" direitos no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2001.

WOLKMER, Antônio Carlos; KRETZMANN, Carolina Giordani. Antropologia, multiculturalismo e Direito: o reconhecimento da identidade das comunidades tradicionais no Brasil. In: COLAÇO, Thais Luzia (Org.). **Elementos de antropologia jurídica**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008. p. 93-124.

WOLKMER, Antônio Carlos; NUNES, João Arriscado. Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). **Reconhecer para libertar**: os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003a. p. 25-68.

AS RAÍZES DA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER E O SEU CONTEXTO ATUAL

Eduardo Ritt¹
Eveline Bernardy²

-
- 1 Possui graduação no Curso de Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC (1990) e mestrado em Direito pela UNISC (2000). É professor do Curso de Direito da UNISC desde 2001, onde exerce o magistério superior nas áreas do direito penal e processual penal na referida Universidade. Atualmente exerce a função de Promotor da Justiça Criminal em Santa Cruz do Sul/RS. E-mail: eduardoritt@mprs.mp.br
- 2 Acadêmica do curso de direito da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). E-mail: evelinebernardy@gmail.com

Resumo

O presente estudo tem por objetivo analisar os fatores históricos que contribuíram, e ainda contribuem, na promoção e aumento da violência contra mulher. Esta análise foi realizada por meio de pesquisas e comparações entre passado e presente, levando à constatação de que um dos principais fatores que contribuíram para o aumento dessa violência se encontra presente nas desigualdades sofridas entre homem e mulher e o papel que estes ocupam na sociedade. Esse é um preconceito que encontra-se enraizado em nossas Culturas e que, ainda hoje, é passado de geração para geração, tornando necessário a criação de novos mecanismos capazes de coibir a violência doméstica, como a promoção de debates entre os jovens junto com a comunidade em geral, com o apoio das mídias e demais órgãos do poder público responsáveis pela segurança, e a preocupação também com as formas de ajudar o agressor a superar essa Cultura violenta que está cada vez mais presente na atualidade.

Palavras-chave: Cultura. Desigualdade. Violência contra mulher.

Abstract

The objective of this study is to analyze historical factors that contributed to and still contribute to the promotion and increase of violence against women. This study was carried out through research and comparisons between past and present, where it was verified that one of the main factors that contributed to the increase of this violence is present in the inequalities suffered between man and woman and the role that they occupy within the society. A prejudice that is rooted in our Cultures and which is still passed from generation to generation, making it necessary to create new mechanisms capable of curbing domestic violence, promoting debates among the youth along with the community in general, with the support of the media and other organs of the public power that are responsible for security, also worrying about ways to help the aggressor overcome this violent culture that is increasingly present today.

Keywords: Culture. Inequality. Violence against women.

1 Introdução

A violência doméstica é considerada um grave problema social que atinge as mais diversas camadas da sociedade, sem qualquer distinção de etnia, poder econômico ou religião, podendo apresentar diversos graus de intensidade e sendo recorrente e presente em muitos países. Não se pode dizer que essa situação é recente, tendo em vista as sociedades antigas de caráter patriarcal nas quais o homem era visto como o líder da casa, merecedor de respeito e obediência e a mulher que lhe faltasse com respeito poderia ser punida, o que, infelizmente em muitas famílias, ainda é passado de geração para geração.

Durante muito tempo a mulher dedicava-se exclusivamente aos afazeres domésticos e aos cuidados do marido e dos filhos. Sem nenhuma alternativa, se viam privadas do direito à educação escolar e de exercer qualquer atividade laboral que não tivesse relação com as atividades domésticas, permanecendo sempre aos cuidados de um homem. O pedido de divórcio era impossível por ser considerado desonroso para a mulher, uma postura machista que em muitos lugares perdura até hoje e faz com que mulheres submetam-se à convivência com diversas agressões, tanto de caráter físico quanto psicológico, revelando a necessidade do estudo das suas raízes e de maneiras capazes de contribuir para o fim da violência contra a mulher.

Com a criação e aprovação da lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006, conhecida como lei Maria da Penha, a situação já descrita teve um novo sentido, trazendo inovações em relação às leis protetivas a mulher que, durante muito tempo, não tinha a quem recorrer no que se refere a defesa de seus direitos. Nesse sentido, a Lei Maria da Penha tem como objetivo a proteção da mulher, oferecendo amparo jurídico e a devida punição do agressor. Não sendo suficiente para erradicar a violência, faz-se necessário um olhar ao passado para que possamos encontrar o fato gerador e então desenvolver mecanismos para acabar de vez com o problema. Para tanto foi utilizado o método indutivo, partindo de uma pesquisa histórica dos motivos que levaram

a esse desequilíbrio de igualdades entre homens e mulheres com o intuito de acrescentar novas informações capazes que pudessem levar a uma conclusão sobre o problema principal: a violência contra a mulher.

2 Criação de um contexto de inferioridade da mulher

O homem sempre foi visto pela sociedade como um ser ativo, pois era ele quem trabalhava e mantinha a família. Já a mulher sempre teve um papel de menor importância, pois a ela cabia o cuidado dos filhos e da casa, sem qualquer tipo de participação social.

Com a ideia de que a mulher é do sexo frágil e precisa de proteção, tendo em vista sua capacidade física e a vulnerabilidade deixada em um primeiro momento pela maternidade, concedeu-se ao homem o papel de protetor e provedor do lar. A falta de autonomia da mulher na relação fez com que se criasse um sentimento de superioridade do homem em relação a ela, bem como uma ideia de posse, sendo tratada como um simples objeto. Deste modo, a violência doméstica vem sendo vista como um reflexo de uma cultura que nos foi imposta, na mulher é tida como inferior, devendo submeter-se as vontades de seus parceiros, caso contrário poderá ser punida por ele.

Tal situação só começou a mudar a partir da Segunda Guerra Mundial, durante a qual a mulher adquiriu sua autonomia em relação aos homens. Houve o crescimento dos movimentos feministas que lutavam pela igualdade de gênero e salarial entre os sexos, sendo o marco inicial da participação da mulher na sociedade que conhecemos hoje. A mulher passou não só a poder trabalhar fora de casa, mas também a poder escolher se quer casar ou ter filhos. Essa conquista de autonomia concedeu à mulher a possibilidade de tomar decisões sozinha, podendo liderar o lar, construir uma família ou até mesmo criar seus filhos sozinha.

2.1 A herança desse contexto nos dias atuais

O fato que mais preocupa na atualidade é como estes valores são passados de geração para geração, causando dificuldades no entendimento de igualdade entre homens e mulheres. É evidente que hoje as mulheres ocupam cada vez mais o seu espaço, mas ainda de forma tímida e muitas vezes desvalorizada.

A desigualdade sociocultural pode ser considerada uma das razões da discriminação feminina, o que faz com que os homens se vejam como superiores e mais fortes. Ao construir essa imagem de superioridade do sexo que deve ser respeitada por sua virilidade, a sociedade acaba por proteger a agressividade masculina, tornando a simples demonstrações de afeto e sensibilidade contrárias à sua masculinidade. Desde pequenos os meninos são encorajados a serem fortes, não chorarem e a não “levar desaforo para casa”. Qualquer atitude contrária faz com que sejam considerados “mulherzinha”. Essa inexata consciência masculina de poder acaba por lhes assegurar o suposto direito de fazer o uso de sua força física contra a mulher.

Diante disso podemos observar que para ter igualdade de oportunidades é preciso ter a divisão das responsabilidades por homens e mulheres, em qualquer atividade, inclusive nos serviços domésticos, entretanto, estas não podem ser vistas como uma forma de auxílio, ou ajuda, pois quando isso acontece quer dizer que a responsabilidade é do outro (ou seja, da mulher).

3 A violência contra a mulher não conhece barreiras

As violências sistêmicas contra as mulheres são formas de manifestação extrema das diversas desigualdades que foram historicamente constituídas e que prevalecem com algumas variações no campo político, social, cultural e econômico.

A violência contra a mulher é mais presente do que se imagina e abrange diversas formas de agressões, como já citadas acima. Não há qualquer distinção de classe social, etnia, idade

ou religião, como, por exemplo, o caso da atriz e ex-modelo Luiza Brunet que foi agredida por seu ex-companheiro, o empresário Lirio Parisotto, durante uma viagem aos EUA em 2016, ou o caso da cantora Rihanna que, em 2009, apanhou do ex-namorado, o também cantor, Chris Brown. Violência deve ser tratada como um grave problema que acaba por matar muitas mulheres e causar sequelas irreparáveis, como, por exemplo, o caso da farmacêutica Maria da Penha Maia Fernandes, que deu nome à lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006, que trata da violência doméstica e familiar contra a mulher, pois acabou por ficar paraplégica após levar um tiro na coluna de seu ex-marido.

A violência contra a mulher acontece todos os dias em todos os países, entretanto, apesar da gravidade desse problema, a falta de compreensão sobre as desigualdades e a relação de poder construídas junto aos papéis associados ao gênero masculino e feminino acabam levando à negação de direitos e diferentes níveis de tolerância social à violência, o que gera ainda mais violência.

3.1 As múltiplas formas da violência contra a mulher

A violência contra a mulher consiste em qualquer conduta, tanto ação quanto omissão de discriminação, agressão ou coerção ocasionada pelo simples fato de a vítima ser mulher e que cause dano, morte, constrangimento, limitação, sofrimento físico, sexual, moral, psicológico, social, político, econômico ou perda patrimonial, como previsto no artigo 5º da lei nº 11.340, de 2006. Essa violência pode acontecer tanto em espaços públicos (vias públicas) como privados (dentro do lar).

A lei nº 11.340, conhecida como lei Maria da Penha, elenca em seu artigo 7º, de maneira exemplificativa, algumas formas de violência contra a mulher, sendo entendidas como a violência física, psicológica, sexual, patrimonial ou moral sem prejuízo de outras que venham a ocorrer.

A violência física consiste no uso da força, visando ofender a integridade ou saúde corporal da vítima, que pode deixar marcas aparentes ou não, como, por exemplo, socos, tapas, empurrões, entre outros.

A violência psicológica é entendida como a agressão emocional (tão grave se não até mais do que a física) que pode ser feita por meio de ameaças ou humilhações, fazendo com que a vítima sintam-se amedrontada ou inferiorizada, como, por exemplo, a expressão “se tu não ficar comigo, não vai ficar com mais ninguém”.

A violência sexual é vista como qualquer conduta que constranja a mulher a presenciar, manter ou participar de relação sexual que a mesma não tenha consentido, mediante intimidação, ameaça, coação ou o uso da força, que a induza a utilizar de qualquer modo (como prostituição), ou impeça de usar qualquer método contraceptivo, limitando ou anulando o exercício de seus direitos sexuais. Esse tipo de agressão pode provocar nas vítimas culpa, vergonha ou até mesmo medo, o que, na maioria das vezes, faz com que a vítima oculte a agressão.

A violência patrimonial pode ser qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, bem como instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores ou recursos econômicos, dentre os quais podem estar os destinados a satisfação das necessidades básicas.

Por último, mas não menos importante, temos a violência moral ou verbal, a qual é entendida como qualquer conduta que consista em calúnia, difamação ou injúria, como, por exemplo, inventar histórias ou falar mal da mulher para os outros com o intuito de diminuí-la perante amigos.

3.2 Características da mulher vítima de violência doméstica

Segundo Cunha e Pinto (2011, p. 45), a mulher que encontra-se em situação de violência doméstica, vê-se desvalorizada no seu trabalho doméstico, sendo muitas vezes agredida neste mesmo espaço sem ter a quem recorrer, pois, na maioria das vezes, depende do agressor, seja de maneira afetiva, familiar, ou financeira, como na maioria dos casos. Devido ao abalo psicológico e a agressões rotineiras a mulher submetida a esta violência acaba, em algumas ocasiões, por acreditar ser merecedora de

tal fato, o que pode acarretar, futuramente, em problemas como alcoolismo, vícios em entorpecentes, depressão e até mesmo suicídio.

Ditados populares repetidos pela sociedade de maneira incorreta, como “em briga de marido e mulher ninguém mete a colher”, “ela deve ter feito algo pra apanhar”, tomam forma de brincadeira e acabam por absolver a violência doméstica. O mais terrível é talvez o que diz: “mulher gosta de apanhar”, ilusão gerada pela dificuldade que, muitas vezes, a vítima tem de denunciar seu agressor, seja por medo ou vergonha, por não ter para onde ir, por não ter condições de se manter-se e a seus filhos sozinha ou porque ainda ama o agressor, fato que faz com que a mulher acabe resistindo à busca da punição dele.

O tema violência contra a mulher é tratado muitas vezes como um problema muito distante, como algo que só ocorre com pessoas pobres que não tem acesso a informações e que vivem sob efeito de álcool e outras drogas, mas, como já abordado, não é verdade. Não há dúvidas de que pessoas que vivem em condições precárias tem mais dificuldades com o enfrentamento da violência doméstica, mas violência doméstica é um assunto grave e merece um olhar crítico.

4 Criação de mecanismos para coibir a violência contra a mulher

Como já expressado incansavelmente no texto, um dos principais fatores que contribuem para a violência contra a mulher é a questão das desigualdades impostas entre homens e mulheres. Tendo em vista o fim dessas desigualdades, a Constituição Federal de 1988 buscou a promoção da igualdade por meio de seu artigo 5º, inciso I, o qual prevê que homens e mulheres são iguais tanto em direitos como em obrigações, combinado com o artigo 226, § 8º que delega ao Estado a função de assegurar a assistência à família, por meio de mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

A Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher (BRASIL, 1996), foi considerada um marco no enfrentamento à violência contra as mulheres, pois exige dos Estados um compromisso efetivo na busca pela erradicação da violência de gênero a partir da criação de uma legislação específica, fator que contribuiu para a criação da Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340), em 2006, que busca prevenir e reprimir a violência contra a mulher, deixando a cargo do intérprete da lei a adaptação desta, com a finalidade de acompanhar as mudanças ocorridas e os impactos que tais alterações causam na sociedade, pois, segundo Cunha e Pinto (2011, p. 41), cabe ao intérprete conferir à norma um significado que a insira no contexto em que foi contemplada.

Para melhor atender mulheres vítimas da violência foi criada a DEAM – delegacia especializada no atendimento à mulher – com o intuito de oferecer um atendimento diferenciado às mulheres que eram submetidas à violência doméstica, pois, ao serem atendidas por outras mulheres, sentem-se mais à vontade para falar a respeito do assunto. Além da DEAM foram criadas casas de passagem que funcionam como um abrigo temporário para mulheres que tem receio de voltar para casa por medo de serem mortas pelo seu agressor.

A combinação de normas internacionais com leis nacionais foi essencial para tirar a violação dos direitos humanos das mulheres da invisibilidade, mas este é apenas o primeiro passo de um processo de transformação longo que inclui a criação de serviços específicos para atender àquelas que tiveram os seus direitos violados, promovendo a capacitação de pessoal e modificando os padrões socioculturais.

5 Principais alterações trazidas pela lei nº 11.340, De 2006

A primeira alteração trazida pela lei refere-se ao perfil da vítima, pois visava proteger, inicialmente, mulheres casadas ou em união estável, conceito este que foi ampliado, tendo em vista que a lei não traz como requisito para sua aplicação a coabitação entre a vítima e o agressor, possibilitando sua aplicação contra namorado, ex-namorado e até mesmo contra um agressor que não mantenha mais vínculo afetivo com a vítima.

A lei também trouxe alterações quanto ao tipo de ação penal, que, inicialmente, trazia como condição para a ação a representação da vítima, o que dificultava a comunicação do crime, pois, muitas vezes, estas não tinham coragem suficiente para representar judicialmente em face do agressor devido aos traumas sofridos ou ao medo de que as agressões tornassem a ocorrer. Com a intenção de punir os agressores que muitas vezes saíam impunes, a ação passou a ser incondicionada, não necessitando mais de representação da vítima ou da autorização desta para que o Ministério Público tomasse iniciativa.

Outra inovação trazida pela lei diz respeito às medidas protetivas que podem ser tomadas em face do agressor, as quais visam a proteção da vítima, como o afastamento do agressor do lar, proibição do agressor de entrar em contato com a vítima seja por telefone ou e-mail, entre outras.

Uma das maiores alterações refere-se à proibição da aplicação isolada de penas de prestação pecuniária ou pagamento de cestas básicas, demonstrando, assim, que qualquer agressão praticada contra a mulher não será punida de maneira mais branda, ou seja, a prática de violência doméstica leva o agressor ao cumprimento da sua sentença penal na íntegra, evidenciando a impossibilidade de criação de institutos que possam beneficiar o agressor.

6 Conclusão

A sociedade precisa adaptar-se ao novo modo de vida das mulheres. O preconceito, infelizmente, ainda é algo muito visível e acaba por proporcionar às mulheres, muitas vezes, o sentimento de frustração. Algumas pessoas ainda pensam de maneira arcaica, impedindo o desenvolvimento feminino e trazendo consigo as ideias e o pensamento que lhes foram passados de geração em geração.

Para haver mudanças, faz-se necessário o reconhecimento das diversas formas de violência, para que possam ser promovidas práticas que revertam este quadro discriminatório que autoriza a agressão contra a mulher e se estende ao longo dos anos. Com o intuito de erradicar a violência contra a mulher, a qual acontece tanto em ambientes *públicos como privados*, é preciso entender suas causas, procurando as raízes do problema, dando destaque a este e realizando a promoção de debates sobre as culturas da violência, tornando, assim, possível a mudança de comportamento e mentalidade frente aos padrões sociais.

A sociedade como um todo, juntamente com a imprensa, tem um papel fundamental no debate sobre como a reprodução de estereótipos que geram barreiras quanto à efetivação dos direitos, desestimulando e, muitas vezes, culpando a vítima pela violência sofrida. É necessário debater como homens e mulheres são vistos na sociedade atual e a forma como as desigualdades de gênero se reproduzem, inclusive em escolas.

Para mudar essa realidade, é necessário envolver os homens na superação dessa cultura violenta, bem como promover incentivos às mulheres por meio de políticas públicas de educação, autonomia econômica e financeira, igualdade no trabalho doméstico e no trabalho remunerado. Além da capacitação de profissionais, é preciso promover campanhas em parcerias com a sociedade, a mídia e os órgãos do Poder Judiciário e de Segurança Pública, para que seja possível um aprofundamento do significado da violência contra a mulher e, assim, mudanças significativas possam ser estimuladas em todos os âmbitos.

Referências

ARAÚJO, Daniela Galvão; TEIXEIRA, Tiago Ribeiro. **Violência doméstica e a Lei Maria da Penha**: alterações processuais. mar. 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/56472/violencia-domestica-e-a-lei-maria-da-penha-alteracoes-processuais>> Acesso em: 17 mai. 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 13 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao-compilado.htm> Acesso em: 16 mai. 2018.

BRASIL. Decreto nº 1.973, de 1º de agosto de 1996. Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 02 ago. 1996.

BRASIL. Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 08 ago. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 16 mai. 2018.

CULTURA e Raízes da Violência Contra as Mulheres. **Portal Agência Patrícia Galvão**, São Paulo, [201-]. Disponível em: <<http://www.agenciapatriciagalvao.org.br/dossies/violencia/violencias/cultura-e-raizes-da-violencia/>>. Acesso em: 17 mai. 2018.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência Doméstica**: Lei Maria da Penha. 3. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

FEIX, Virginia. Das Formas de Violência contra mulher – Artigo 7º. In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). **Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista**. Rio de Janeiro: Lumen Yuris, 2011. p. 201-213. Disponível em: <http://www.compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2014/02/2_artigo-7.pdf>. Acesso em: 18 mai. 2018.

FORMAS de Violência Contra a Mulher. **Portal Conselho de Justiça Nacional**, Brasília, DF, [20-]. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/lei-maria-da-penha/formas-de-violencia>> Acesso em: 18 mai. 2018.

MARTINS, Cibele Brandão Araújo. **Violência Doméstica e a Função Social da Lei Maria da Penha**. 2009. 80f. Trabalho de conclusão de curso (Bacharel em Direito) – Centro Universitário do Distrito Federal, Brasília, DF, 2009. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/vdisk3/data/MonoCibeleMariadapenha.pdf>>. Acesso em: 16 mai. 2018.

TEORIA POPULACIONAL MALTHUSIANA DE FRONTE AOS DIREITOS NATURAIS E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Érica Veiga Alves¹
Ismael Silveira de Avila²

1 Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), pesquisadora do Grupo de Estudos e Pesquisas “Intersecções Jurídicas entre o Público e o Privado”. E-mail: veigaalves@yahoo.com.br

2 Mestrando no Programa de Pós-Graduação – PPGD – UNISC. Graduado em Direito pelo Centro Universitário Univates em Lajeado. Registrador Substituto dos Registros Públicos de Teutônia. E-mail: guga.avila@gmail.com

Resumo

O presente trabalho tem por objetivo correlacionar a teoria populacional malthusiana, a qual foi um marco para que diversos estudiosos passassem a atentar para as pesquisas demográficas, as quais, após o estudo de Malthus, ganharam enorme ênfase em virtude de sua enorme discrepância com os direitos naturais e humanos. Tal disparidade deve-se ao fato que pensadores como Grotius, Pufendorf, Locke, Hobbes, Spinoza e Rousseau, mesmo com pensamentos distintos, de modo geral defendiam a justiça, a liberdade, a igualdade e a dignidade humana – ao contrário de Malthus que baseava sua teoria no crescimento da mortalidade da população mais carente. Nesse sentido, Malthus, como economista, enfatiza os efeitos do crescimento demográfico acelerado e a escassez de alimentos – a qual a atividade agrária não seria capaz de suprir. As principais conclusões do artigo giram em torno da disparidade da teoria populacional malthusiana com a dignidade humana, presente nos direitos naturais e humanos, e seu impacto econômico.

Palavras-chave: Direitos humanos. Direitos naturais. Economia. Estado. Teoria populacional malthusiana.

Abstract

The present work aims to correlate the Malthusian population theory, which was a landmark for several scholars to focus on demographic research, which after Malthus' study gained enormous emphasis because of its huge discrepancy with natural and human rights. Such disparity is due to the fact that thinkers such as Grotius, Pufendorf, Locke, Hobbes, Spinoza and Rousseau even with distinct thoughts, generally defended justice, freedom, equality and human dignity - unlike Malthus who in his theory was based on the growth of the mortality of the most needy population. In this sense, Malthus, as an economist, emphasizes the effects of accelerated population growth and the scarcity of food - which agrarian activity would not be able to supply. The main conclusions of the article revolve around the disparity of Malthusian population theory with human dignity, present in natural and human rights, and its economic impact.

Keywords: Economy. Human rights. Malthusian population theory. Natural rights. State.

1 Introdução

O presente artigo tem como objetivo relacionar a teoria da população de Thomas Robert Malthus com a Economia, os Direitos Naturais e Humanos, e o Estado em meados do século XVII e XVIII, demonstrando sua influência em ambas as áreas na época e, conseqüentemente, nos dias atuais. Para isso, em um primeiro momento, será apresentada a Teoria Malthusiana e seu autor, Thomas Robert Malthus, correlacionando aquela de forma genérica com a Economia e o Estado. Em um segundo momento, será aprofundado o contexto histórico-político no qual a teoria populacional de Malthus surgiu de frente à Economia e o Estado, os quais estavam em profunda transformação.

Em seguida, tratar-se-á dos Direitos Naturais, que estavam em plena ascensão durante os séculos XVII e XVIII, correlacionando-os com os Direitos Humanos estabelecidos atualmente, os quais, apesar do constante aumento populacional, não permitiriam que parte de tal teoria vigorasse no mundo atual. E, por fim, será exposto o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e suas respectivas noções históricas, bem como este princípio frente à Constituição Brasileira e o desafio contemporâneo que é sua implementação.

2 A teoria populacional malthusiana, sua aplicação e seus princípios na economia

Thomas Robert Malthus foi um famoso economista e demógrafo britânico e criador da teoria populacional Malthusiana, a qual lhe deu o título de “pai da demografia”. Em sua teoria, Malthus apresentou um fato até então praticamente impensado – o aumento desacerbado do crescimento da população e da pobreza – fatores esses que não poderiam ser ignorados por quem acompanhasse de perto as circunstâncias da Revolução Industrial, a qual, em sua terra natal, estava em pleno curso.

O autor publicou, em 1803, o *Ensaio sobre o princípio da população*, do qual fazem parte seus pressupostos e postulados básicos. O autor mostra que o crescimento da pobreza era notório, entretanto, Malthus não chegou a diagnosticar exatamente o porquê de tal crescimento. Devido a sua postura radical, influenciou a intensificação de estudos demográficos de tal forma que alguns autores consideram que a história da demografia divide-se em antes e depois de Malthus (SZMRECSÁNYI, 1982).

Em seu ensaio, o autor atribui o crescimento da miséria ao crescimento populacional ocorrente na época, e não a causas sociais ou econômicas. Tal consideração foi fundamental para o fim de seu anonimato (SZMRECSÁNYI, 1982). A teoria malthusiana mostrava que a população crescia em progressão geométrica e, em contrapartida, a produção de alimentos crescia em progressão aritmética – fato que levou o autor a concluir que em um determinado momento faltariam alimentos para suprir as necessidades da população (HUNT; SHERMAN, 2010).

Diante desses fatores, Malthus, engajado em solucionar a questão demográfica da época e em busca da cessação da crise no setor da alimentação – tentando evitar que a escassez de alimentos chegasse ao ponto da população passar fome – discorre em sua obra sobre soluções possíveis para o problema.

Por conseguinte, em sua obra foram apontados o celibato, o controle de natalidade nos países mais pobres e o casamento tardio como possíveis soluções, pois, ao diminuir significativamente o número de nascimentos no passar dos anos, o número de habitantes por alimento produzido estaria igualitário. Entretanto, concluiu que tal solução seria inviável, visto que, na sua concepção, os homens têm desejos sexuais incontroláveis. Ainda é citada em seu texto a ideia de uma mudança na forma como era distribuída a renda entre a população como outra possível solução para a crise no aumento demográfico. Esta o autor também concluiu que seria inviável, tendo em vista que é graças à camada mais rica da sociedade que a humanidade construiu suas artes, como a literatura, escultura, pintura etc., e seria uma injustiça dividir sua riqueza com os menos afortunados.

Então, diante de tais considerações, o autor considera que a alternativa mais plausível para que se pudesse controlar o crescimento demográfico seria fazer crescer a mortalidade e não diminuir a natalidade. Ele propôs então, que a solução mais adequada seria negar a população toda e qualquer assistência à saúde, não evitar de nenhuma forma a fome e a miséria e permitir que as doenças da época se propagassem pela camada mais carente da sociedade. Assim, ele considerava que, permitindo que os mais pobres viessem à morte por fome ou por doenças que não seriam evitadas pelo Estado, os mais miseráveis acabariam morrendo em massa, o que acarretaria na compatibilidade entre a população e a demanda de alimentos na época.

Isto posto, o trabalho de Malthus, ao mesmo tempo em que era elogiado por economistas e demógrafos que consideravam que Malthus de fato havia encontrado a real solução para a crise que pairava no crescimento demográfico e passavam a apoiar suas teorias, também foi extremamente criticada pelo fato de ser tachado de imoral, cruel, indiferente por desprezar a estrutura social da economia e ignorar as possibilidades criadas pela tecnologia agrícola para que não se diminuísse o índice de crescimento demográfico e sim se passasse a produzir mais alimentos.

Por outro lado, no aspecto econômico, a teoria de Malthus pode ser facilmente compreendida, com base na realidade social de sua época. Por meio desta ele propunha soluções para o problema que estava por vir, que seria a crescente miséria das grandes massas da população: pobreza extrema e fome permanente.

O malthusiano é usado hoje em dia para descrever uma definição pessimista da desapropriação de uma humanidade condenada à fome. Para Malthus o crescimento populacional estava tão avançado que seria necessário usar de suas teorias para que se pudesse controlá-lo. De acordo com seu pensamento, para que houvesse estabilidade, fazia-se necessário negar à população toda e qualquer assistência – hospitais, saúde, educação etc. –, e aconselhar-lhes a abstinência sexual, para que assim reduzissem violentamente a natalidade (HUNT; SHERMAN, 2010).

A sua teoria tende a expor que o crescimento populacional é limitado pelo aumento da mortalidade e por todas as restrições ao nascimento decorrentes da miséria e do vício. Em suas obras econômicas, Malthus mostrou que o nível de atividade em uma economia capitalista dependia da demanda efetiva, o que constituía, do seu ponto de vista, uma justificativa para os esbanjamentos praticados pelos ricos. Seus estudos foram de grande influência em vários campos do pensamento e deram início às teorias evolucionistas de Darwin e Wallace (GALVÊAS, 1996). Para Malthus, se o padrão de vida das pessoas estivesse em crescente progresso este era considerado um bem temporário, pois ocasionaria o inevitável aumento da população, e isso, conseqüentemente, impediria qualquer melhoria.

Malthus foi um dos primeiros pesquisadores a analisar dados demográficos e econômicos para justificar sua previsão de incompatibilidade entre o crescimento demográfico e a disponibilidade de recursos. Pode-se dizer que a humanidade agrária vivia em um mundo que se enquadrava na teoria de Malthus, na qual a escassez de recursos em geral sentenciava o homem a seguir as normas sociais impostas, já que a produção de alimentos crescia aritmeticamente e a população, por sua vez, em razão geométrica. Malthus acreditava que os homens não poderiam superpovoar o planeta, pois, assim, ele queria impor que todos deveriam reduzir o crescimento populacional (GALVÊAS, 1996). Para o autor, a possibilidade do aumento da produção de alimentos não era possível, pois as terras estavam cada vez menos férteis pela quantidade de vezes que eram utilizadas e as máquinas, por sua vez, estavam cada vez menos eficientes, o que iria requerer um número maior de trabalhadores.

Malthus baseava-se em dois importantes princípios. O primeiro era o princípio limitador, o qual é definido pelo comportamento da produtividade do trabalho, pela produtividade ou até mesmo pela improdutividade dos últimos capitais empregados na terra e pela maior ou menor proporção do produto destinada ao sustento dos trabalhadores empregados (MALTHUS, 1996). O último era o princípio regulador, que age diretamente sobre a taxa de lucro em prazos mais curtos. Este

não leva em conta a tecnologia ou a fertilidade do solo, mas a influência da mudança nas condições da demanda e oferta nos mercados de produtos e de trabalho.

3 Dos direitos naturais e dos direitos humanos

Os direitos naturais advindos do Jusnaturalismo, cuja escola vem desenvolvendo-se desde a Idade Média, representam os direitos que partem da natureza, de Deus ou, então, da razão. São normas que derivam da moral e dos princípios da natureza humana. Desta forma, são defendidas por diversos pensadores como uma fonte universal e imutável, por ser um conteúdo superior, que deve ser consultada ao analisar-se a legislação.

Conforme Diniz (2012), os primeiros princípios da moralidade abrangem os deveres dos homens para consigo mesmos, para com os outros homens e para com Deus. Além disso, o princípio fundamental é “o bem deve ser feito”, deste modo, o mal deve ser evitado e o homem há de querer o bem por sua vontade que é iluminada pela razão. Logo, as normas elaboradas pelos legisladores são aplicações dos primeiros princípios naturais, assim, derivando do direito natural.

P. ex.: do princípio de direito natural de que “o homem deve conservar a si próprio” decorre que “não é permitido matar”, “são proibidos a eutanásia e o aborto” etc., e mais remotamente ter-se-á a proteção à saúde dos trabalhadores em local insalubre. (DINIZ, 2012, p. 53).

Ao longo dos séculos foram concebidas diversas concepções sobre o direito natural por pensadores como Grotius, Pufendorf, Locke, Hobbes, Spinoza e Rousseau. Mesmo com variações de pensamentos, de modo geral, a maioria defendia a justiça, a liberdade, a igualdade e a dignidade humana.

Assim sendo, ao correlacionar os direitos naturais com a teoria populacional de Malthus em meados dos séculos XVII e XVIII é nítida a discrepância entre as teorias de autores da

época, como Locke e Rousseau, e a do economista. Visto que a teoria populacional baseava-se na possibilidade do crescimento da mortalidade, os mais pobres, considerados por Malthus os principais causadores desse aumento demográfico, seriam totalmente desamparados em relação à sua saúde, assim oportunizando a morte “natural” por meio de moléstias e pragas. Além disso, o autor deixava claro que a sociedade era dividida entre homens de condição superior e pobres, os quais não mereciam que a riqueza desses homens fosse redistribuída para aliviar suas condições de vida (HUNT; SHERMAN, 2010).

A arte, a música, a filosofia, a literatura e todas as esplêndidas criações culturais da civilização ocidental deviam sua existência ao bom gosto e à generosidade dos indivíduos, que compunham a nata da sociedade. Tomar o dinheiro desses homens era o mesmo que secar a fonte de onde emanavam tais realizações; utilizá-lo para aliviar as condições de vida dos pobres era para Malthus um exercício fútil e inconseqüente. (HUNT; SHERMAN, 2010, p. 73).

Desta forma, é notória a contradição da teoria populacional com a ascensão dos direitos naturais da época, como a dignidade humana e a igualdade entre a população. Segundo Hunt e Sherman (2010), atualmente ainda existem muitos defensores das ideias malthusianas. Estes insistem na questão de que a pobreza é culpa dos pobres, que possuem filhos em quantidade excessiva e que nada pode ser feito para exterminá-la. No entanto, apesar do crescimento demográfico ainda ser uma preocupação de economistas e profissionais da área em todo o mundo, nos dias atuais, jamais tal teoria poderia vigorar devido a sua ilegitimidade frente aos direitos humanos, dispostos na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 que alcançam “[...] todos os seres humanos do planeta, tendo como base a ideia de que a condição de pessoa é o único requisito à dignidade e à titularidade dos direitos.” (ZANATTA, 2009). Sendo assim, Zanatta frisa que “a dignidade humana é pressuposto ao estabelecimento de uma ordem pública mundial, abrigando valores considerados básicos da humanidade, sendo colocado como o fundamento dos direitos humanos” (2009).

6 Conclusão

Por meio da abordagem constituída sobre a teoria populacional de Malthus correlacionada com a Economia, o Estado e, por fim, os Direitos Naturais e o princípio constitucional da dignidade da pessoa, conclui-se que Thomas Robert Malthus foi uma figura importante para o desenrolar das teorias de outros pensadores sobre o crescimento demográfico e os recursos naturais existentes. É notório que, a partir de sua teoria, houve uma maior preocupação com este fenômeno por parte do Estado e de economistas do mundo inteiro.

Apesar da nítida discrepância entre a teoria malthusiana e os direitos naturais e humanos devido à radicalidade da primeira, uma parte daquela, a qual discorre sobre o controle da natalidade, foi de suma importância para o desenvolvimento de métodos que pudessem controlar o aumento da população de forma a respeitar a dignidade humana, tendo em vista que os direitos humanos constituem uma categoria de direitos inerentes aos homens e que sem eles não seria haveria condições de ter-se uma vida digna. Dentre todos os direitos humanos, aquele que se destaca é o direito à dignidade.

Há, portanto, uma busca constante na história da humanidade para que todos possam alcançar uma vida de fato digna, mesmo que, historicamente, esta realidade pertença somente às pessoas de alta classe social. Entretanto, no decorrer dos anos, a luta para que as pessoas de baixa classe pudessem ter este direito foi intensificando-se, passando pela Revolução Francesa, até chegar em seu apogeu, durante o período pós-Segunda Guerra Mundial.

Já no Brasil, a dignidade da pessoa humana é trazida como princípio logo no primeiro artigo da Constituição de 1988, estabelecendo preceito fundamental para que o Estado fundamente suas leis. Sendo assim, podemos concluir que este princípio é um dos maiores, senão o maior, dispositivo legal e moral para que os direitos humanos sejam respeitados dentro da legislação pátria, bem como na internacional. Por fim, pode-se afirmar que Malthus ajudou a construir os ideais utilizados acerca do

controle demográfico; seja estimulando pensamentos de outros autores, abrindo os olhos dos governantes para o que poderia acontecer, ou revoltando àqueles que lutavam por seus direitos, estimulando-os a procurar outras possíveis saídas para o problema que estava por vir.

Referências

- DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**: introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica e à lógica jurídica, norma jurídica e aplicação do direito. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- GALVÊAS, Ernane. **Princípios de economia política e considerações sobre sua aplicação prática**. São Paulo: Nova Cultural, 1996.
- HUNT, Emery Kay; SHERMAN, Howard J. **História do pensamento econômico**. 25. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2010.
- MALTHUS, Thomas Robert de. As definições de riqueza. In: GALVÊAS, Ernane. **Princípios de economia política e considerações sobre sua aplicação prática**. São Paulo: Nova Cultural, 1996. p. 31-37.
- SZMRECSÁNYI, Tamás (Org.). **Thomas Robert Malthus**: Economia. São Paulo: Ática, 1982.
- ZANATTA, Letícia Gheller. **Cidadania, direitos humanos e interculturalidade**. 2009. 126 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, Santo Ângelo, 2009.
- BARROSO, Luis Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. 4. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- GORCZEVSKI, Clovis. **Direitos humanos, educação e cidadania**: conhecer, educar, praticar. 2. ed. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2016.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**. 2. ed. Belo Horizonte : Fórum, 2016.

ESTADO, PODER E VIOLÊNCIA NO CONTEXTO DO ARTIGO 303, § 2º, DO CÓDIGO BRASILEIRO DE AERONÁUTICA

Catharine Black Lipp João¹

¹ Mestranda em Direitos Indisponíveis e Pós-Graduanda em Direito Público pela Fundação Escola Superior do Ministério Público. Advogada. Integrante do Grupo de Pesquisa "Colisão de Direitos Fundamentais e Argumentação Jurídica", sob orientação do Professor Doutor Anízio Pires Gavião Filho. Endereço eletrônico: catharinejoao@gmail.com

Resumo

O presente artigo pretende apresentar o conteúdo e o objetivo da criação da medida que possibilita a aplicação do Tiro de Destruição pela Força Aérea Brasileira, prevista no artigo 303, §2º, do Código Brasileiro de Aeronáutica, inserido pela Lei 9.614/98 e pelos Decretos 5.144/04 e 8.758/16, para fins de analisar o seu (des)cabimento no contexto de um Estado Democrático de Direito. Para tanto, será examinado se a medida (e em que medida esta) violaria direitos dos indivíduos perante o Estado, a partir da ótica dos direitos fundamentais à vida, à liberdade, à pena humanitária, ao devido processo legal, à ampla defesa, ao contraditório, à presunção de inocência e à segurança jurídica. Por fim, será retratada a decisão do Tribunal Constitucional Alemão que enfrentou questão semelhante. O Método de abordagem é o indutivo e a técnica de pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Aviação. Código Brasileiro de Aeronáutica. Direitos fundamentais. Estado democrático de direito. Poder regulamentar.

Abstract

The present article intends to present the content and the objective of the measure that allows the application of the Destruction Shot by the Brazilian Air Force, as set out in article 303, §2º of the Brazilian Aeronautical Code, inserted by Law 9.614/98, and in Decrees 5.144/04 and 8.758/16, for the purpose of analyzing its (in) appropriateness in the context of a Democratic State of Law. To this end, it will be examined whether the measure (and to what extent) violates the individuals rights against the state, from the point of view of the fundamental rights to life, to humanitarian penalty, to due process of law, to full defense and to adversary proceedings, to presumption of innocence, to legal certainty. Finally, it will be referenced the German Constitutional Court's decision that has faced similar question. The approach method is the inductive and the research technique is bibliographical

Keywords: Aviation. Brazilian Aeronautical Code. Democratic Rule of Law. Fundamental Rights; Regulatory Power

1 Introdução

A instituição formal de um Estado Democrático de Direito, como estabeleceu o artigo 1º da Constituição Federal de 1988, pressupõe e “representa um esforço de conjugação entre liberdade e poder, pela via da criação de um poder a serviço da liberdade” (HORTA, 2013, p. 295), o que deve se dar por meio de, “não só subordinação dos poderes públicos às leis, mas também subordinação das leis ao limite material do reconhecimento de alguns direitos fundamentais” (SCHNEIDER; SILVA, 2014, p. 444).

É nesse contexto de incoerência com o Estado Democrático de Direito que o presente artigo pretende apresentar a violência institucionalizada decorrente da criação do tiro de destruição pela Lei 9.614/98. Trata-se de um tema de extrema relevância para os campos jurídico, político e social, na medida em que, como será analisado, a disposição legal consiste na violação notadamente aos direitos à vida, à pena humanitária, ao devido processo legal, à ampla defesa, ao contraditório e à segurança jurídica.

2 O tiro de destruição

O artigo 5º, XLIII, da Constituição já determina que o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins é crime inafiançável, sem anistia, e considerado pela lei como crime hediondo. Isso, contudo, não obsta que o tráfico de drogas seja um comércio paralelo extremamente presente e rentável no País. Nesse contexto, a criação da Lei do Abate no Brasil (Lei 9.614/98) tem o combate ao tráfico de drogas como argumento legitimador, ao acrescentar o §2º ao artigo 303 do Código Brasileiro de Aeronáutica, dispondo que

esgotados os meios coercitivos legalmente previstos, a aeronave será classificada como hostil, ficando sujeita à medida de destruição, nos casos dos incisos do caput deste artigo e após autorização do Presidente da República ou autoridade por ele delegada. (BRASIL, 1986).

A regulamentação da medida só ocorreu a partir do Decreto 5.144/04, o qual possibilitou alguns esclarecimentos a seu respeito. Cabe elucidar que o uso do tiro de destruição resta previsto como medida extrema. A força aérea brasileira, ao identificar uma aeronave como suspeita aplica primeiramente medidas coercitivas de averiguação, intervenção e persuasão, previstas no artigo 3º, para forçar o seu pouso. No entanto, caso estas mostrem-se inúteis, a aeronave, até então considerada suspeita, será classificada como hostil e passará a ser alvo de medida de destruição, tal qual dispõe o artigo 4º: “aeronave suspeita de tráfico de substâncias entorpecentes e drogas afins que não atenda aos procedimentos coercitivos descritos no artigo 3º será classificada como aeronave hostil e estará sujeita à medida de destruição”, a qual consiste, conforme se depreende do artigo 5º, “no disparo de tiros, feitos pela aeronave de interceptação, com a finalidade de provocar danos e impedir o prosseguimento do voo da aeronave hostil” (BRASIL, 1986).

Importa notar que, nos termos do artigo 2º, a Força Aérea brasileira considerará como aeronave suspeita de tráfico de substâncias entorpecentes e drogas afins aquela I) que adentre no território nacional sem plano de voo, quando originada de região reconhecidamente fonte de produção ou distribuição de drogas ilícitas; ou II) que omita aos órgãos de controle de tráfico aéreo informações para sua identificação ou não cumpra suas determinações, quando sobrevoando aquela referida região.

Diante das hipóteses previstas em lei que tornam presumível que uma aeronave seja suspeita, percebe-se que quaisquer aeronaves civis – inclusive brasileiras – que estiverem sem plano de voo aprovado ou omitirem sua identificação podem ser efetivamente abatidas caso sobrevoem uma região como a Amazônia, dado que é reconhecida rota de tráfico.

Por essa razão, não apenas em prol do combate ao narcotráfico, “a autorização de abate representa, assim, parte de um conjunto de medidas destinadas a ampliar a capacidade de acompanhar, vigiar e agir sobre a Região Amazônica” (FEITOSA; PINHEIRO, 2012). No entanto, mesmo que se considere que o contexto da medida de destruição de aeronaves hostis diga res-

peito à defesa da soberania nacional na Região, o fato é que não há qualquer conflito armado que produzisse uma ameaça real para que fosse cogitada tal violência.

3 O tiro de destruição como violência do estado e violação de direitos

O caput do artigo 5º da Constituição Federal elenca como direito fundamental a inviolabilidade do direito à vida. Inclusive, o inciso XLVII estabelece que não haverá penas de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do artigo 84, XIX. Já se pode identificar que a medida legalmente prevista do tiro de destruição não está vinculada à agressão estrangeira que enseje a situação de guerra declarada. Pelo contrário, a medida está prevista para ser exercida a qualquer tempo – ressalta-se: em tempos de paz –, não estando, portanto, abrangida pela exceção constitucional que confere ao Estado o direito de matar.

O direito à vida, que é direito fundamental de todo indivíduo, inclusive assegurado no Brasil antes mesmo do nascimento, pode ser considerado a própria finalidade para a qual o Estado se constitui. Não é por outra razão que o povo é sempre um dos elementos do Estado “sem ele não é possível haver Estado e é para ele que o Estado se forma” (DALLARI, 2013, p. 100). A vida é o pressuposto de todos os demais direitos, entre os quais está o de liberdade dos indivíduos em suas variadas acepções.

Novamente, importa destacar que a previsão do tiro de destruição não está vinculada à hipótese de “guerra externa declarada”, porquanto este pode ser executado a qualquer momento, em qualquer região que seja rota de distribuição ou produção de drogas ilícitas, contra qualquer aeronave que sobrevoe sem plano de voo ou sem comunicar-se com a Força Aérea Brasileira. Nesse sentido, é possível considerar a medida, da forma como foi prevista no Código Brasileiro de Aeronáutica e no decreto que a regulamenta, como uma penalidade de morte imposta pelo Estado aos indivíduos dentro da aeronave.

Tal medida vai de encontro ao direito à vida que todos os cidadãos têm, inclusive aqueles que cometem ilícitos penais, a quem o Direito deve reservar como sanção penas outras que não a capital. A conduta não pode ser repelida por meio da pena de morte como aparato punitivo do Estado, eis que essa é a lógica reservada ao Estado apenas diante de guerra declarada, nos termos da previsão constitucional. Deste modo,

independentemente da gravidade da conduta do agente, há de ser punido criminalmente como transgressor da norma penal, como indivíduo, como pessoa que praticou um crime, e não como um combatente, como um guerreiro, como um inimigo do Estado e da sociedade. (CALLEGARI; GIACOMOLLI, 2007, p. 17).

Daí porque a pena de morte resulta também em efetiva violação ao princípio da humanidade da pena do Direito Penal, o qual, segundo Bitencourt, “sustenta que o poder punitivo estatal não pode aplicar sanções que atinjam a dignidade da pessoa humana ou que lesionem a constituição físico-psíquica dos condenados” (2016, p. 69).

Também se observa que o tiro de destruição fere o direito dos supostos narcotraficantes ao devido processo legal e à isonomia, na medida em que, à exceção dos que estiverem a bordo de uma aeronave sem plano de voo ou sem comunicação em determinada região, todos aqueles que incidirem nas condutas de tráfico ilícito de drogas tipificadas pela Lei 11.343/2006 estarão sujeitos ao procedimento penal nela regido, aplicando-se, subsidiariamente, o CPP e a LEP. Como consectário lógico do fato de que o tiro de destruição inibe a realização de um prévio e devido processo judicial, eis que “estar-se-á aplicando sanção sem processo, sem direito de defesa, sem julgamento” (OLIVEIRA, 2004, p. 4), igualmente restarão inobservados os princípios do contraditório e da ampla defesa, sendo que “o direito de defender-se é essencial a todo e qualquer Estado que se pretenda minimamente democrático” (PORTANOVA, 2001, p. 125).

Além disso, visualize-se uma aeronave que não tenha relação com o narcotráfico, mas esteja sobrevoando a região Amazônica – podendo ser oriunda do próprio território nacio-

nal –, que, por falha técnica, venha a perder a comunicação via rádio, e, por isso passa a ser considerada suspeita pela Força Aérea Brasileira. O resultado será o seu abate, caso, diante das medidas coercitivas executadas, não consiga realizar um pouso forçado, por exemplo, devido à falta de visibilidade do piloto. Apenas a título de argumentação, ainda que se pudesse admitir o abate de aeronaves para fins de combate ao narcotráfico, percebe-se que, diante da possibilidade de ocorrência de situações semelhantes à ilustrada, o tiro de destruição poderia implicar na morte de uma quantidade sequer identificável de inocentes. O fato é que “a pergunta sobre o que a aeronave não identificada está fazendo continua sem resposta e só será respondida após sua derrubada” (FEITOSA; PINHEIRO, 2012).

Ademais, outra objeção que pode ser levantada em relação ao tiro de destruição diz respeito à *forma* como este foi inserido no ordenamento jurídico. Observa-se que a redação do artigo 303, §2º, do Código de Aeronáutica emprega termos como “meios coercitivos legalmente previstos”, “aeronave hostil” e “medida de destruição”, sem, contudo, determinar no que consistem ou como devem ser aplicados. Diante disso, surgiu o Decreto 5.144/2004, editado pelo então presidente Luiz Inácio Lula da Silva, o qual “acaba estabelecendo direitos e criando deveres, obrigações ou limitações não previamente previstos em lei, fugindo à sua característica constitucional precípua, que é a de assegurar a fiel execução das leis” (OLIVEIRA, 2004, p. 5).

Em atenção à redação do artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal, extrai-se que “o preceptivo não diz ‘decreto’, ‘regulamento’, ‘portaria’, ‘resolução’ ou quejandos. Exige lei para que o Poder Público possa impor obrigações aos administrados” (MELLO, 2014, p. 310). Por conseguinte, “onde se estabelecem, alteram ou extinguem direitos, não há regulamentos - há abuso do poder regulamentar, invasão de competência legislativa” (MIRANDA; 1970, p. 309).

Ainda mais problemático é o recente Decreto 8.758/2016, editado pela então presidente Dilma Rousseff, que regulamenta os procedimentos a serem observados com relação às aeronaves suspeitas ou hostis durante o período dos Jogos Olímpicos

e Paraolímpicos do Rio de Janeiro em 2016. O Decreto traz disposições que não guardam relação com o objetivo legal de combate ao narcotráfico, porquanto permitem o tiro de destruição nos casos de aeronaves que apresentem ameaça à segurança dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos.

Eram treze as hipóteses no artigo 2º para classificação de aeronaves como suspeitas, tal como simplesmente aquelas que mantivessem as luzes externas apagadas em voo noturno. Ainda, conforme o artigo 4º, a medida não se vinculava às áreas de tráfico ilícito de drogas, de modo que o abate poderia ocorrer em qualquer espaço aéreo do país, inclusive sobre áreas densamente povoadas.

Ressalta-se que aquele que legisla (e também aquele que exerce poder regulamentar),

[...] além de obrigado a atuar no sentido de norma da concretização do direito fundamental, encontra-se proibido (e nesta medida também está vinculado) de editar normas que atentem contra o sentido e a finalidade da norma de direito fundamental. (SARLET, 2015, p. 383).

Diante do exposto, verifica-se que a existência de decretos editados pelo chefe do Poder Executivo regulamentando o tiro de destruição – uma verdadeira pena de morte aos tripulantes e passageiros – é também uma violência à própria segurança jurídica dos cidadãos.

4 O tribunal constitucional alemão e o abate de aeronaves

Sobre questão semelhante já se pronunciou o Tribunal Constitucional Alemão, na medida em que a possibilidade prevista no §14.3 da Lei de Segurança da Aviação alemã – referente ao abate de aeronaves com a finalidade de “garantir a segurança do tráfego aéreo em particular contra sequestros, atos de sabotagem e ataques terroristas” (BVERFG, 2006) – fora declarada inconstitucional.

Compreendeu-se que as operações admitidas pelo §14.3 “como missões das forças armadas de natureza não-bélicas, são incompatíveis com o direito à vida e a obrigação do Estado de respeitar e proteger a dignidade humana” (BVERFG, 2006). É por isso que, nos fundamentos da decisão, embora uma das teses em defesa da constitucionalidade do dispositivo legal fosse de que as vidas dos passageiros das aeronaves passariam a ser parte da arma que o avião teria se tornado, o Tribunal entendeu que, “pelos seus assassinatos serem usados como meio de salvar outros, eles são tratados como objetos e ao mesmo tempo privados dos seus direitos” (BVERFG, 2006). A partir disso, a medida de destruição da aeronave “negligencia [...] a posição de sujeitos que essas pessoas têm, de forma que é incompatível com o artigo 1.1 da Constituição, e negligencia a proibição de matar que é resultado de sua previsão” (BVERFG, 2006). A esse respeito, prevê o artigo 1.1 da Lei Fundamental alemã que “a dignidade da pessoa humana é inviolável. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de toda autoridade estatal” (REPÚBLICA, 1949).

Também foi refutado o argumento de que a vida daquelas pessoas a serem salvas em solo valeria mais do que a vida dos passageiros a bordo, já que aqueles teriam mais chances de viver uma vida longa, enquanto estes, se o avião de fato concretizasse suas intenções ilícitas, morreriam de qualquer maneira. Deste modo, o Tribunal determinou que “a vida humana e a dignidade humana desfrutam da mesma proteção constitucional independentemente da duração da existência física de cada indivíduo” (BVERFG, 2006).

Portanto, em síntese, sobre o julgamento do mérito da questão, o Tribunal decidiu, evidentemente adotando uma perspectiva kantiana, que não se poderia ponderar a vida humana com outra vida humana, pois a vida não poderia ser tratada como um objeto ou meio pelo Estado, ainda que tal tratamento tivesse como finalidade a salvação de um número bastante mais expressivo de outras vidas humanas, conforme extrai-se do fato de que a previsão legal “não pode ser justificada ao invocar-se o dever do Estado de proteger aquelas vidas contra as quais a aeronave como arma para um crime [...] objetiva ser usada”. (BVERFG, 2006).

5 Considerações finais

Não restam dúvidas de que ao Estado, conforme o que dispõe o artigo 144 da Constituição brasileira, cabe o dever de garantir a segurança pública, preservando a ordem pública e a incolumidade das pessoas e do patrimônio. No entanto, o modo de fazê-lo não pode ser irrestrito – principalmente considerando que não há ameaça real à segurança nacional na forma de um conflito armado que pudesse servir como justificativa para a violência contida na medida do tiro de destruição – eis que justamente a “função principal dos direitos fundamentais consiste em proteger um espaço de liberdade individual contra a ingerência do poder do Estado e contra a sua expansão totalitária” (ZIPPELIUS, 1997, p. 419).

A partir do que fora exposto pode-se concluir que, não importando o objetivo para o qual se destina a medida – para o combate ao narcotráfico, para a defesa da região amazônica ou, ainda, para a defesa das olimpíadas – trata-se de um exercício arbitrário e excessivo de Poder, porquanto viola uma série de direitos que todos os indivíduos têm em tempos de paz, independentemente do seu comportamento perante a Lei Penal. No respeito e na garantia dos direitos e liberdades fundamentais, não pode o Estado *destruir* e *abater* vidas por motivos escusos, insustentáveis e ilegítimos.

Apesar do tiro de destruição ainda não ter sido exercido pela Força Aérea Brasileira, não é demais pretender que essa possibilidade prevista em lei seja obstada antes mesmo da primeira *derrubada*. A partir disso, impõe-se a urgente declaração de inconstitucionalidade das previsões legais e a compreensão dos indivíduos de que não se pode admitir que um Estado, que se diga Democrático e de Direito, violento, a qualquer tempo, as mais inalteráveis garantias individuais.

Referências

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 13 out. 1988.

BRASIL. Decreto nº 5.144, de 16 de julho de 2004. Regulamenta os §§ 1º, 2º e 3º do art. 303 da Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986, que dispõe sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica, no que concerne às aeronaves hostis ou suspeitas de tráfico de substâncias entorpecentes e drogas afins. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 19 jul. 2004.

BRASIL. Decreto nº 8.758, de 10 de maio de 2016. Regulamenta a Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986, que dispõe sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica, para estabelecer procedimentos a serem observados com relação a aeronaves suspeitas ou hostis durante os Jogos Olímpicos e Paraolímpicos Rio 2016. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 mai. 2016.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 13 out. 1941.

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 7.210, de 11 de julho de 1984. **Institui a Lei de Execução Penal**. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 13 jul. 1984.

BRASIL. Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986. Dispõe sobre o **Código Brasileiro de Aeronáutica**. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 23 dez. 1986.

BRASIL. Lei nº 9.614, de 5 de março de 1998. Altera a Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986, para incluir hipótese destruição de aeronave. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 06 mar. 1998.

BVERFG. First Senate. **1 BvR 357/05**, de 15 de fevereiro de 2006. Disponível em: <http://www.bverfg.de/e/rs20060215_1b-vr035705en.html>. Acesso em: 09 mai. 2018.

CALLEGARI, Andre Luis; GIACOMOLLI, Nereu. In: JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

FEITOSA, Gustavo Raposo Pereira; PINHEIRO, José Augusto de Oliveira. Lei do Abate, guerra às drogas e defesa nacional. **Revista Brasileira de Política Internacional**, Brasília, v. 55, n. 1, 2012. Disponível em: <www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-3292012000100005>. Acesso em: 03 mai. 2018.

HORTA, José Luiz Borges. A subversão do fim da História e a falácia do fim do Estado: Notas para uma filosofia do tempo presente. In: CARVALHO, Marcelo; FIGUEIREDO, Vinicius (Coord.). **Filosofia alemã de Kant a Hegel**. São Paulo: ANPOF, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1970.

OLIVEIRA, Marcel Peres de. Análise constitucional da medida de destruição. **Revista do Ministério Público do Estado de Sergipe**, Sergipe, v. 20, p. 136-149, 2004. Disponível em: <www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/15664-15665-1-PB.pdf>. Acesso em: 05 mai. 2018.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

REPÚBLICA Federal da Alemanha. **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha**, de 23 de maio de 1949. Disponível em

<https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gg/englisch_gg.html#p0026>. Acesso em: 17 mai. 2018.

SARLET, Info Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SCHNEIDER, Gabriela; SILVA, Igor Castellanoda. Estado de Direito e democracia: uma abordagem acerca da (não) aquisição de direitos nos países em desenvolvimento na América Latina. **Revista da Faculdade de Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 64, p. 435 - 469, jan./jun. 2014.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria geral do estado**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

A APLICAÇÃO EXTRATERRITORIAL DA LEGISLAÇÃO ANTICORRUPÇÃO NO BRASIL, ESTADOS UNIDOS E REINO UNIDO

Caroline Fockink Ritt¹
Chaiene Meira de Oliveira²

- 1 Caroline FockinkRitt é doutora em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), mestre em Direito e professora de Direito Penal da UNISC. Coordena o grupo de pesquisa Políticas de combate à corrupção no Brasil: divisão de responsabilidades entre a administração pública e as relações do mercado como consequência da Lei Anticorrupção: Lei 12.846/2013.
- 2 Chaiene Meira de Oliveira é graduanda do curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), bolsista de iniciação científica sob a orientação da professora Dra. Caroline FockinkRitt na pesquisa Políticas de combate à corrupção no Brasil: divisão de responsabilidades entre a administração pública e as relações do mercado como consequência da Lei Anticorrupção: Lei 12.846/2013.

Resumo

O presente artigo tem como objetivo realizar um breve estudo acerca da extraterritorialidade da legislação anticorrupção no Brasil, nos Estados Unidos e no Reino Unido, trazendo uma análise da Lei Anticorrupção Brasileira, da *Foreign Corrupt Practice Act (FCPA)* e da *Bribery Act* enquanto consequência dos tratados internacionais. Assim, pretende-se responder ao seguinte problema de pesquisa: Qual a relevância dos tratados internacionais na aplicação extraterritorial da legislação anticorrupção? Para isso, em um primeiro momento será realizada uma breve explanação acerca dos principais tratados internacionais sobre o tema, após realizar-se-á uma explanação sobre os principais aspectos das legislações brasileira, norte-americana e britânica e por fim, serão analisados os aspectos referentes à extraterritorialidade das leis. Com isso, visa-se demonstrar a necessidade da adoção de um regime internacional de combate a corrupção como medida necessária ao efetivo combate das práticas corruptivas.

Palavras-chave: Corrupção. Extraterritorialidade. Tratados internacionais.

Abstract

The present article aims to realize a brief study about extraterritoriality of anti-corruption legislation in Brazil, United States and United Kingdom, analyzing Brazilian Anticorruption Law, Foreign Corrupt Practice Act (FCPA) and Bribery Act as a consequence of international treaties. In this way, it is intended to answer the follow question: What is the influence of international treaties at the extraterritorial application of anticorruption legislation? For that, at a first moment will be realized a brief explanation about main international treaties about corruption, then it will be explained about main aspects of Brazilian, north-American and British legislation and in the end, it will be analyzed the aspects about extraterritoriality of these acts. With this study, it aims to demonstrate the need to adopt an international regime to prevent corruption in a way to combat corrupt practices.

Keywords: Corruption. Extraterritoriality. International treaties.

1 Introdução

O presente artigo visa realizar um breve estudo acerca da extraterritorialidade da legislação anticorrupção no Brasil, nos Estados Unidos e no Reino Unido, trazendo uma análise da Lei Anticorrupção Brasileira, da *Foreign Corrupt Practice Act* (FCPA) e da *Bribery Act*, enquanto consequência dos tratados internacionais.

Desse modo, pretende-se responder ao seguinte problema de pesquisa: Qual a relevância dos tratados internacionais na aplicação extraterritorial da legislação anticorrupção?

Para isso, em um primeiro momento, realizar-se-á uma breve explanação acerca dos principais tratados internacionais sobre o tema, analisando os aspectos essenciais destes e dando destaque àqueles que foram ratificados pelo Brasil. Após realizar-se-á uma explanação sobre os aspectos mais importantes das legislações brasileira, norte-americana e britânica, sem esgotar a discussão acerca da temática, mas sim como forma de realizar uma breve análise dos principais dispositivos das três legislações.

Por fim, serão analisados os aspectos referentes à extraterritorialidade das leis e a influência dos tratados internacionais na previsão destes dispositivos. Desse modo, visa-se demonstrar a importância não somente dos tratados internacionais na promulgação das leis anticorrupção nos três países referidos, mas também da necessidade de adoção de um regime internacional anticorrupção.

2 Dos tratados e convenções internacionais de combate à corrupção

Em um momento inicial, faz-se necessário destacar que a corrupção é um fenômeno que não se limita a determinada região geográfica, estando presente nos mais diversos paí-

ses. Embora este seja um problema não tão recente, ainda, há dificuldades para definir sua conceituação. Ao tentar encontrar uma definição, Silva (2008, p. 575) conceitua o termo *corrupção* como condutas antiéticas ou ilegais que são praticadas por pessoas, ou até mesmo grupos, em detrimento do serviço público.

Vislumbra-se que, ao longo das últimas décadas, houve um crescente esforço no âmbito internacional no que se refere ao combate às práticas corruptivas, de modo a serem ratificadas diversas convenções e tratados que versam sobre o tema. Considerando a extensão da temática, neste trabalho, serão abordadas de forma superficial as convenções e tratados para que melhor seja ilustrado o assunto trabalhado.

O Brasil ratificou o Brasil ratificou, entre outros tratados, em 30 de novembro de 2000, a Convenção sobre Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros com Transações Comerciais Internacionais da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE (BRASIL, 2000). Este teve influência na tipificação do crime de corrupção ativa por pessoas físicas, posteriormente tipificados no Código Penal nos artigos 337-B, 337-B, 337-D por meio da Lei 12.467/2002.

Além disso, o país ratificou a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (BRASIL, 2006) e a Convenção Interamericana contra a Corrupção (BRASIL, 2002). Tais convenções dispõem acerca da necessidade de que haja responsabilização tanto das pessoas físicas quanto das pessoas jurídicas nacionais e estrangeiras por atos de suborno contra funcionários públicos estrangeiros.

A Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, no capítulo no qual versa sobre a prevenção às práticas corruptivas, prevê que a adoção de políticas anticorrupção por parte dos Estados Membros deve ocorrer sempre contando com a participação da sociedade, buscando transparência e adotando mecanismos de integridade e códigos de conduta (BRASIL, 2006).

Sobre a Convenção Interamericana contra a Corrupção, esta possui previsões semelhantes à Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, de modo que pode ser considerada

um instrumento que tem por objetivo fortalecer a adoção de mecanismos de combate à corrupção pelos países signatários

Por fim, no ano de 2011, em parceria com a África do Sul, os Estados Unidos, as Filipinas, a Indonésia, o México, a Noruega e o Reino Unido, o Brasil foi um dos fundadores do *The Open Government Partnership* (OGP) ou Parceria para Governo Aberto. Esta parceria, tem como objetivos, conforme informações do portal do programa (BRASIL, 201-]), difundir e incentivar as práticas governamentais de transparência, o acesso à informação e a participação social.

3 Legislações brasileira, norte-americana e britânica no que se refere às práticas corruptivas

Ao ratificar os tratados já expostos, os países signatários comprometem-se a implementar políticas de combate à corrupção. No Brasil, foi promulgada a Lei Anticorrupção Brasileira (Lei 12.846/2013), regulada pelo Decreto nº 8.420/2015, a qual dispõe sobre a responsabilidade administrativa e civil das pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública nacional ou estrangeira.

Sobre as normas internas, é importante salientar que antes mesmo da ratificação dos tratados os Estados Unidos já possuíam uma legislação anticorrupção, sendo que o país foi pioneiro na temática ao promulgar, em 1977, a lei *Foreign Corrupt Practice Act* (FCPA). Esta norma passou a ter melhor regulamentação e ser devidamente implementada após a convenção da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), na década de 1990, o que, segundo Carvalho (2015, p. 38), pode ser reflexo da dificuldade em vedar às empresas norte-americanas práticas que eram adotadas por empresas estrangeiras.

No Reino Unido, foi promulgada, em 2010, a *Bribery Act*, a qual visa punir as práticas de corrupção ativa e passiva.

4 A aplicação extraterritorial das leis anticorrupção no Brasil, nos estados unidos e no reino unido como consequência dos tratados internacionais

No que se refere à aplicação extraterritorial, a Lei Anticorrupção Brasileira, em seu artigo 28, estende que a aplicação da norma deve levar em conta os atos lesivos que forem praticados por pessoa jurídica brasileira contra a administração pública estrangeira, mesmo que estes sejam cometidos no exterior. Desse modo, é considerada administração pública estrangeira, nos termos do artigo 5º, §1º, da Lei Anticorrupção Brasileira, os órgãos e entidades estatais ou representações diplomáticas de país estrangeiro, sendo estes de qualquer nível ou esfera de governo, além das pessoas jurídicas controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público de país estrangeiro (BRASIL, 2013).

Para definir administração pública estrangeira, foi utilizada uma definição bastante ampla, a que diz que aquela abrange todos os níveis governamentais, seguindo a previsão do artigo 1º, n. 4, letra b, da Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais. Foi usado, também, o artigo 5º, §2º, da Lei Anticorrupção Brasileira, o qual equipara a administração pública estrangeira às organizações públicas internacionais e o §3º, o qual traz a definição de agente público estrangeiro.

Por sua vez, no âmbito da legislação norte-americana, a *Foreign Corrupt Practice Act* (FCPA) prevê que a aplicação estende-se às empresas subsidiárias que atuem no exterior, às empresas estrangeiras com operações ou que estejam apenas registradas nos Estados Unidos e às empresas que fazem negócios na bolsa de valores norte-americana (UNITED, 1977).

Já no Reino Unido, a *Bribery Act* determina que estão sujeitas à jurisdição britânica os casos de corrupção ativa (Section 1), corrupção passiva (Section 2) ou corrupção de funcionário público estrangeiro (Section 6), sejam as condutas praticadas no

Reino Unido ou no exterior, na hipótese de o agente ter vínculo com o país como nacional, residente, ou pessoa jurídica constituída no Reino Unido ou ainda com parceria escocesa (UNITED, 2010). Além disso, quando se tratar de crime por falha nos mecanismos internos de prevenção, na hipótese de que em virtude desta falha ocorra a prática dos crimes de corrupção ativa ou de corrupção de funcionários públicos estrangeiros (Section 7), estão sujeitos à lei pessoas físicas ou jurídicas vinculadas à organização empresarial constituída no Reino Unido ou que realizem negócios total ou parcialmente no país, independentemente da nacionalidade ou de os atos serem praticados totalmente ou parcialmente em território britânico (UNITED, 2010).

Sobre os critérios utilizados para a aplicação das leis no exterior, Carvalhosa lista como requisitos utilizados de forma isolada ou cumulativa “(i) o local da prática do ato; (ii) a nacionalidade do infrator; e (iii) o local de verificação dos efeitos” (2015, p. 120).

A aplicação extraterritorial das leis anticorrupção deriva não somente de esforços internacionais e tratados nos quais os três países são signatários, mas também da necessidade de manutenção de negócios mais éticos entre particulares e a administração pública. Com a globalização, as fronteiras estão cada vez mais invisíveis, de modo que os países mantêm relações comerciais e diplomáticas uns com os outros. Conforme abordado anteriormente, na época em que apenas os Estados Unidos possuíam uma legislação específica no que tange às práticas corruptivas, as empresas passaram a ser prejudicadas economicamente.

Neste sentido, é do entendimento de Ferreira e Morosini (2013, p. 262) que, para as empresas as quais não adotarem uma política anticorrupção, tornar-se-á cada vez mais difícil a inserção no mercado internacional, bem como as negociações com empresas que estejam adequadas às normas e adotem posturas éticas.

5 Ideias de conclusão

O presente artigo buscou realizar um breve estudo acerca da extraterritorialidade da legislação anticorrupção no Brasil, nos Estados Unidos e no Reino Unido. Sem esgotar as possibilidades sobre o assunto, a Lei Anticorrupção Brasileira, a *ForeignCorruptPracticeAct* (FCPA) e a *BriberyAct* foram analisadas enquanto consequência dos tratados internacionais.

Para isso, em um primeiro momento foi realizada uma breve explanação acerca dos principais tratados internacionais sobre o tema, dando destaque àqueles que foram ratificados pelo Brasil e analisando seus aspectos mais importantes. Foram analisadas, sendo assim, a Convenção sobre Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros com Transações Comerciais Internacionais da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico– OCDE, a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção e a Convenção Interamericana contra a Corrupção.

Após, explanou-se de maneira sucinta sobre os principais aspectos das legislações brasileira, norte-americana e britânica, de modo a definir a origem de cada um dos institutos e sua relevância. Já por fim, na penúltima seção, foram analisados os aspectos referentes à extraterritorialidade das leis, destacando as aplicações que as três legislações possuem além das fronteiras de seu país de origem, o que é decorrência não somente dos tratados internacionais, mas também das necessidades originadas a partir da globalização.

Desse modo, respondendo ao problema de pesquisa: Qual a relevância dos tratados internacionais na aplicação extraterritorial da legislação anticorrupção? Conclui-se que a relevância dos tratados se deu no momento em que estes foram marcos históricos no combate à corrupção, de modo que, ao ratificá-los, os países assumiram o compromisso internacional de adotar mecanismos de combate às práticas corruptivas.

Sendo assim, diante da breve exposição, é possível concluir que se faz cada vez mais necessária a adoção de medidas conjuntas que possibilitem a prevenção e garantam maior efeti-

vidade na aplicação de sanções aos agentes corruptos, além de proteger a administração pública nacional e estrangeira.

Referências

BRASIL. Lei nº12.846/2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 1 ago. 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>. Acesso em: 17 mai. 2018.

_____. Decreto nº 3678, de 30 de novembro de 2000. Promulga a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, concluída em Paris, em 17 de dezembro de 1997. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 30 nov. 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3678.htm>. Acesso em: 17 mai. 2018.

_____. Decreto nº 5687, de 31 de janeiro de 2006. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 31 jan. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5687.htm>. Acesso em: 17 mai. 2018.

_____. Decreto nº 4410, de 07 de outubro de 2002. Promulga a Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 29 de março de 1996, com reserva para o art. XI, parágrafo 1o, inciso "c". **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 07 out. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4410.htm>. Acesso em: 17 mai. 2018.

BRASIL. Parceria para Governo Aberto. **Portal Parceria para Governo Aberto**, Brasília, DF, [201-]. Disponível em: <<http://www.governoaberto.cgu.gov.br>>. Acesso em: 24 abr. 2018.

_____. Parceria para o governo aberto: o que é a iniciativa. **Portal Parceria para Governo Aberto**, 11 dez. 2014. Disponível em: <<http://www.governoaberto.cgu.gov.br/a-ogp/o-que-e-a-iniciativa>>. Acesso em: 24 abr. 2018.

CARVALHOSA, Modesto. **Considerações sobre a lei anticorrupção das pessoas jurídicas**: Lei 12.846 de 2013. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

FERREIRA, Luciano Vaz; MOROSINI, Fabio Costa. A implementação da lei internacional anticorrupção no comércio: o controle legal da corrupção direcionado às empresas transnacionais. **Austral: Revista Brasileira de Estratégia e Relações Internacionais**. v. 2. n.3. jan/jun. 2013. p. 257-277. Disponível em: <<http://www.repositorio.furg.br/bitstream/handle/1/5255/A%20implementa%C3%A7%C3%A3o%20da%20lei%20internacional%20anticorrupt%C3%A7%C3%A3o%20no%20com%C3%A9rcio.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 24 mar. 2018.

SILVA, Jorge da. **Criminologia crítica**: segurança pública e polícia. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

UNITED Kingdom. **Bribery Act**. 2010. Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/pdfs/ukpga_20100023_en.pdf>. Acesso em: 15 mai. 2018.

UNITED States of America. **Foreign Corrupt Practices Act**. 1977. Disponível em: <<https://www.justice.gov/criminal-fraud/foreign-corrupt-practices-act>>. Acesso em: 16 mai. 2018.

A LAVAGEM DE DINHEIRO NO SISTEMA FINANCEIRO BRASILEIRO E O PAPEL DO CONSELHO DE CONTROLE DE ATIVIDADES FINANCEIRAS (COAF) PARA SUA REPREENSÃO

Alexandre Prevedello¹
Pedro Guilherme Ramos Guarnieri²

-
- 1 Mestrando em Direito na Fundação Escola Superior do Ministério Público do RS (FMPRS). Assessor de Desembargador no Tribunal de Justiça do RS (TJRS). Especialista em Processo Civil (UFRGS) e em Direito Constitucional (UNISUL). Currículo Lattes: lattes.cnpq.br/7268769170091911. Email: aleprevedello@hotmail.com.
 - 2 Mestrando em Direito na Fundação Escola Superior do Ministério Público do RS (FMPRS). Secretário de Desembargador no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS). Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/3045935219418725>. Email: pedroguarnieri05@gmail.com.

Resumo

Este artigo propõe uma análise do crime de lavagem de dinheiro como fenômeno que afeta diretamente o sistema financeiro global, apresentando sua conceituação e suas principais características. Examina o surgimento da Lei nº 9.613/1998 e suas principais alterações, até entrada em vigor da Lei nº 12.683/2012, a qual deu nova roupagem à Lei de Lavagem de Dinheiro. Além disso, trata sobre o papel do Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF) e suas atribuições na prevenção ao branqueamento de capitais, concluindo que o Brasil apresentou significativos avanços nos últimos anos, mas que, pelas características que acometem o crime de lavagem de dinheiro, é necessária uma luta permanente no seu combate, tendo em vista a sua dinamicidade e exigindo a revisão paulatina de seus métodos de enfrentamento.

Palavras-chave: Lavagem de dinheiro. Sistema financeiro. Medidas preventivas. Realidade brasileira. Conselho de combate a atividades ilícitas.

Abstract

This article proposes to the analysis of money laundering crime as a phenomenon that directly affects to the global financial system, presenting it's conceptualization as well as its main characteristics. It examines the appearance of Law No. 9,613 / 1998 and its main changes, until Law No. 12,683 / 2012 came into force, which gave new coverage to the Money Laundering Law. In addition, it discusses the role of the Financial Activities Control Council (COAF) and its role in the prevention of money laundering, concluding that Brazil has made significant progress in recent years, but about of the characteristics that affect the crime of laundering of money, it is necessary a permanently fight in this combat, in view of its dynamicity, requiring the gradual revision of its methods of coping.

Keywords: Money laundering. Financial system. Preventive measures. Brazilian reality. Council to Combat Illicit Activities.

1 Considerações iniciais

A lavagem de dinheiro trata-se de uma espécie delitiva que afeta diretamente o sistema financeiro mundial, trazendo prejuízos imensuráveis ao mercado em suas mais diversas formas. Com o passar do tempo, esses prejuízos tomaram proporções inimagináveis, culminando em um grande esforço global no combate ao branqueamento de capitais, razão pela qual foram realizados inúmeros trabalhos envolvendo representantes de diversas nações, dentre elas o Brasil.

Com isso, passou-se a construir diretrizes internacionais a serem seguidas como uma espécie de manual de combate à corrupção. Neste contexto, o Brasil criou, por meio da Lei nº 9.613/1998, um importante mecanismo de prevenção à lavagem de dinheiro: o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF).

A partir disso, o presente artigo tem como objetivo conceituar e apresentar as principais características do crime de lavagem de dinheiro e o esforço internacional feito para seu combate. Em seguida, examinar-se-á a evolução legislativa brasileira no combate à corrupção, desde o surgimento da Lei nº 9.613/1998 até a entrada em vigor da Lei nº 12.683/2012, a qual deu nova roupagem à Lei de Lavagem de Dinheiro, analisando-se, em especial, a atuação do COAF.

2 Conceito e principais características do crime de lavagem de dinheiro

Embora não seja um fenômeno novo, a lavagem de dinheiro passou a ser objeto de estudo apenas entre as décadas de 1970 e 1980, na Itália e nos Estados Unidos, em face do surgimento da “criminalidade organizada”, a qual gerou um enorme acúmulo de capitais ilícitos (DE CARLI, 2012, p. 16). Diante deste contexto, viu-se a necessidade da criação de um sistema de

repressão ao “branqueamento” desses capitais, especialmente no que concerne ao uso do sistema financeiro.

No Brasil, a expressão *lavagem de dinheiro* está justamente relacionada a essa tentativa de dar aparência limpa ao *dinheiro sujo*. Tais termos tem como origem a estrutura montada pelas máfias norte-americanas, na década de 1920, as quais adquiriam ou fundavam lavanderias com o objetivo de ocultar os ganhos advindos de atividades ilícitas (SILVA, 2001, p. 33).

Em outros países, podem-se encontrar expressões diversas, como *Blanchiment d'argent* (França e Bélgica), *Blanqueo de dinero* (Espanha), *Branqueamento de dinheiro* (Portugal), as quais estão relacionadas ao resultado da ação. Já *Money Laundering* (países de língua inglesa), *Lavado de Dinero* (Argentina), *Blanchissage d'argent* (Suíça), e *Riciclaggio* (Itália) são termos associados à ação praticada (BARROS, 1998, p. 05).

Conceitualmente, o crime de lavagem de dinheiro pode ser definido como o ato de dar aparência lícita aos produtos oriundos de infração penal antecedente. Este pode ser praticado tanto pelo próprio agente que cometeu o ilícito penal subjacente, denominado de autolavagem, como por terceiro (NOTARI; LEAL, 2015, p. 195).

Nas palavras de Bardaró e Bottini, este “é um movimento de afastamento dos bens de seu passado sujo, que se inicia na ocultação simples e termina com a introdução no circuito comercial ou financeiro, com aspecto legítimo” (2013, p. 23).

Como principais características, o delito de lavagem de dinheiro apresenta:

- a) a internacionalização das atividades, pois ultrapassa as fronteiras nacionais dos países em que a infração penal antecedente é cometida, culminando na alteração da soberania, assim como da jurisdição;
- b) a profissionalização do trabalho, como se cada um de seus membros fosse peça de uma estrutura sólida, possuindo sua determinada função e se valendo de sua aptidão técnica para o funcionamento do mecanismo geral;
- c) vocação de permanência, em decorrência própria do “crime organizado”;

d) complexidade ou variedade dos métodos utilizados, por conta da luta constante dos países contra a lavagem de dinheiro, obrigando que as organizações criminosas criem novos mecanismos para elidir a origem ilícita dos ativos financeiros;

e) grande volume de capitais, em face da estrutura montada e as características dos crimes subjacentes;

f) a conexão entre redes criminais, já que as estruturas modernas criminais não atuam de forma isolada. (CALLEGARI, 2003, p. 39-46).

Já suas consequências são as mais variadas, podendo causar reações nos mercados financeiros quando são objetos de movimentos de caráter especulativo, com oscilações nas taxas de câmbio e/ou juros; influenciar negativamente nas atividades das empresas, pois há uma contaminação à livre concorrência; afetar as entidades de crédito, condicionando sua liquidez e operatividade; cercear a independência econômica nacional ao afetar as macropolíticas; influenciar negativamente no funcionamento ordenado da economia, entre outras (CERVINI; GOMES; OLIVEIRA, 1998, p. 104-105).

Os métodos utilizados para a realização do processo de lavagem de dinheiro podem ser subdivididos na conversão dos ativos ilícitos em bens ou/e na movimentação do dinheiro. Na conversão dos ativos ilícitos em bens, o agente criminoso realiza a troca dos ativos financeiros obtidos ilicitamente por bens materiais cujos valores, muitas vezes, são dificilmente auferíveis, como obras de arte, objetos que pertenceram a pessoas famosas, joias, etc. No movimento de dinheiro em espécie, o agente criminoso busca o trânsito, diversas vezes, dos ativos financeiros ilícitos por meio de bancos, países e praças, de maneira fracionada e em nomes e contas diversas, dificultando o descobrimento de sua origem (MENDRONI, 2013, p. 108-109).

Ambas as categorias requerem um sistema dotado de alta complexidade, composto por três etapas: colocação, ocultação e integração. Na Colocação (*Placement*), os criminosos buscam introduzir os ativos ilícitos no sistema econômico, com o intuito de afastarem-se da materialidade de expressivas somas de dinheiro provenientes das atividades ilícitas. Esse distancia-

mento é feito de maneira fracionada e em depósitos, notas de menor valor são trocadas por outras maiores, objetos de valor expressivo são comprados (joias, ouro, obras de arte, pedras preciosas, etc.), moedas são trocadas em casas de câmbio ou cassinos, valores em espécie são transferidos para o exterior e estabelecimentos que trabalham com dinheiro em espécie também são utilizados para a inserção do dinheiro *sujo* no sistema financeiro (CALLEGARI, 2003, p. 47-48).

No passo seguinte, *Ocultação (Layering)*, são efetuadas sucessivas e complexas operações com o objetivo de dificultar a reconstrução do caminho percorrido pelos ativos ilícitos. O dinheiro em espécie é convertido em outros instrumentos financeiros, tais como aquisições de títulos ao portador em sociedades anônimas, superfaturamento de serviços, fraude bancária, falência fraudulenta, utilização fraudulenta de cartões de crédito, entre outros. Além disso, comumente, são realizadas transferências eletrônicas de fundos, em face da facilidade que a internet oferece (ASCARI, 2011, p. 512).

Por fim, é realizada a *Integração (Integration)* dos ativos financeiros ao mercado formal sob a forma de investimentos ou compra de ativos como se lícitos fossem. São criadas empresas de fachada que contratam serviços entre si e são realizados investimentos em negócios que facilitem as atividades ilícitas (MENDRONI, 2013, p. 112-113).

Na medida em que o agente criminoso avança pelas etapas deste processo de lavagem de dinheiro, a detecção da origem ilícita desses fundos torna-se tarefa cada vez mais difícil, em face da ruptura dos modelos clássicos de crimes, os quais antes eram nacionais e agora ultrapassam a barreira territorial.

3 Medidas preventivas adotadas pela legislação brasileira na repressão à lavagem de dinheiro e a criação do COAF

Não obstante o Brasil tenha assumido o compromisso jurídico internacional de criminalizar a lavagem de dinheiro ao assinar a Convenção de Viena – incorporada ao direito interno pela promulgação do Decreto nº 154/91 –, a conduta foi reprimida penalmente apenas em 1998, com vigência da Lei nº 9.613/1998, devido aos inúmeros casos de corrupção associados à lavagem de ativos financeiros que vieram à tona no início da década de 1990 (BARDARÓ; BOTTINI, 2013, p. 37).

O Poder Legislativo Brasileiro, por entender que a lavagem de dinheiro tratava-se de conduta que vinha causando enormes prejuízos financeiros ao sistema econômico do país, impôs sanções penais graves em uma tentativa de alcançar a máxima proteção aos bens jurídicos, os quais, até então, estavam expostos à ação do crime organizado (SILVA, 2001, p. 37-38).

Apesar da criminalização autônoma, tal qual como ocorreu na Espanha, a Lei de Lavagem de Dinheiro (BRASIL, 1998) define expressamente um rol taxativo de crimes antecedentes que poderiam gerar ativos ilícitos aptos a configurar o branqueamento de capitais. Estes podem ser, por exemplo, tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins; terrorismo; crimes contra a Administração Pública, inclusive a exigência, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, de qualquer vantagem, como condição ou preço para a prática ou omissão de atos administrativos; crime contra o sistema financeiro nacional; e crime praticado por organização criminosa (CALLEGARI, 2003, p. 95).

Contudo, em que pese existente essa relação de acessoriedade entre o crime subjacente e o delito de lavagem de dinheiro, Bitencourt e Monteiro alertam que esta se dá de forma limitada:

Essa relação de acessoriedade não implica na mesma relação de dependência existente entre os atos de autoria e os atos de participação no âmbito do concurso de pessoas no

crime. Pois não estamos tratando da análise do comportamento de agentes no mesmo crime, mas pressuposto da criminalização da lavagem de dinheiro. Pode parecer, inclusive, inapropriado o uso da mesma terminologia para tratar de questões diferentes, entretanto, o termo *acessoriedade limitada* vem sendo utilizado amplamente, de modo que cabe especificar aqui o sentido preciso que se lhe outorga no âmbito da lavagem de dinheiro. (BITENCOURT; MONTEIRO, 2013, p. 177).

Tal técnica legislativa – estabelecendo um rol taxativo de tipos legais prévios ao delito de lavagem – foi objeto de muita crítica pela doutrina brasileira, pois criou um mero vínculo lógico-formal e não um *post-delictum*, o que dava margem a graves lacunas de punibilidade (PRADO, 2011, p. 714).

Além de criminalizar o branqueamento de capitais e estabelecer medidas processuais penais, a Lei nº 9.613/98 atribuiu às pessoas físicas e jurídicas de diversos setores econômico-financeiros maior responsabilidade na identificação de clientes, na manutenção de registros de todas as operações e na comunicação de operações suspeitas, estabelecendo penalidades administrativas pelo descumprimento das obrigações. Aquela também criou importante mecanismo administrativo de prevenção à lavagem de capitais: o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF).

Definido como uma espécie de unidade de inteligência e deliberação coletiva com jurisdição em todo o território nacional, o COAF possui as seguintes atribuições:

- Receber, examinar e identificar as ocorrências suspeitas de atividades ilícitas;
- comunicar às autoridades competentes para a instauração de procedimentos cabíveis nas situações em que o Conselho concluir pela existência, ou fundados indícios, de crimes de “lavagem”, ocultação de bens, direitos e valores, ou de qualquer outro ilícito;
- coordenar e propor mecanismos de cooperação e de troca de informações que viabilizem ações rápidas e eficientes no combate à ocultação ou dissimulação de bens, direitos e valores;

- disciplinar e aplicar penas administrativas;
- regular os setores econômicos para os quais não haja órgão regulador ou fiscalizador próprio, definindo as pessoas abrangidas e os meios e critérios para envio de comunicações, bem como a expedição das instruções para a identificação de clientes e manutenção de registros de transações, além da aplicação de sanções previstas no art. 12 da Lei nº 9.613/1998. (CONSELHO, 2015).

Para Pagotto, o principal mecanismo para identificação de práticas de lavagem de dinheiro é o sistema de comunicação de operações suspeitas, na medida em que obriga alguns agentes econômicos-chave a implementar políticas e procedimentos internos que visem a prevenção e o combate à lavagem de dinheiro de seus clientes (PAGOTTO, 2011, p. 343).

Com o passar do tempo, sobrevieram diversas reformas legislativas, visando o aperfeiçoamento da Lei de Lavagem de Dinheiro. Por meio da Lei nº 10.467, de 11 de junho de 2002, foram inclusos no rol de crimes antecedentes os delitos de contrabando ou tráfico de armas, munição ou material destinado à sua produção; extorsão mediante sequestro; e praticado por particular contra a administração pública estrangeira. Em 2003, com a promulgação da Lei nº 10.683, foi realizada uma importante alteração na composição do COAF: a ampliação do número de seus membros. Posteriormente, a Lei nº 10.701, também de 2003, incluiu os crimes de financiamento do terrorismo como delito antecedente e estabeleceu novos sujeitos obrigados aos mecanismos de controle.

Contudo, a reforma mais significativa e que deu nova roupagem à Lei de Lavagem de Dinheiro foi introduzida por meio da Lei nº 12.683/2012. Esta estabeleceu uma série de inovações, dentre as quais destacam-se como as mais importantes a extinção do rol taxativo de crimes antecedentes, admitindo-se qualquer infração penal; a inclusão das hipóteses de alienação antecipada e outras medidas assecuratórias que garantam que os bens não sofram desvalorização ou deterioração; a inclusão de novos sujeitos obrigados, tais como cartórios, profissionais

que exerçam atividades de assessoria ou consultoria financeira, representantes de atletas e artistas, dentro outros; e o aumento do valor máximo da multa para R\$ 20 milhões (CONSELHO, 2015).

Ainda que não sejam suficientes para estancar a prática do crime de lavagem de dinheiro, o Brasil, sistematicamente, vem adotando medidas sucessivas para coibir esta prática delitativa, trazendo importantes avanços para isso. Não obstante isso, o delito de lavagem de dinheiro, na medida em que a tecnologia avança, vai mudando suas formas de perpetuação, o que exige aperfeiçoamento constante das autoridades brasileiras para o seu combate.

4 Considerações finais

O delito de lavagem de dinheiro, conforme visto no presente artigo, não apresenta qualquer barreira fronteiriça. É um fenômeno internacional, presente nas mais diversas atividades inseridas no mercado financeiro. Em face disso, emerge a necessidade de um esforço mundial para o seu combate, já que seus efeitos trazem inúmeros prejuízos, sendo refletidos nas questões mais básicas de sobrevivência da sociedade, na medida em que inúmeros investimentos deixam de ser feitos em favor da população para trazer vantagens indevidas a determinados sujeitos.

Ainda, esses reflexos no mercado financeiro prejudicam, e muito, os pequenos empresários, os quais são incapazes de enfrentar a concorrência contra empresas que utilizam-se de valores ilícitos, que não são provenientes de sua atividade, e assim sobressaem-se com relação aos demais. Por certo, tais consequências exigem uma união internacional no combate à lavagem de dinheiro, o que de fato vem ocorrendo desde a realização da Convenção de Viena, em 1988.

O Brasil, apesar da relativa demora para adequar-se às medidas, vem mostrando uma grande evolução no combate à lavagem de dinheiro, com sucessivas atualizações legislativas

neste sentido. O país, inclusive, ampliou o rol de pessoas sujeitas ao controle do COAF, o que vem sendo observado com otimismo.

Contudo, pelas características que acometem o crime de lavagem de dinheiro, é necessária uma luta permanente contra esses, tendo em vista a sua dinamicidade, a qual exige a revisão paulatina de seus métodos de enfrentamento.

Referências bibliográficas

ARAS, Vladimir. O papel da autoridade central nos acordos de cooperação penal internacional. In: BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo; LIMA, Luciano Flores de (Org.). **Cooperação Jurídica Internacional em Matéria Penal**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010.

ASCARI, Janice Agostinho Barreto. Algumas Notas Sobre a Lavagem de Ativos. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (Org.). **Doutrinas Essenciais: Direito Penal Econômico e da Empresa**. v. IV. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 512.

BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de Dinheiro: Aspectos penais e processuais penais**. Comentários à Lei nº 9.613/1998, com as alterações da Lei nº 12.683/2012. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BARROS, Marco Antonio de. **Lavagem de Dinheiro: implicações penais, processuais e administrativas**. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

BARROS, Marco Antonio de. **Lavagem de Capitais: Crimes, Investigação, Procedimento Penal e Medidas Preventivas**. 5. ed. Curitiba: Juruá, 2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto; MONTEIRO, Luciana de Oliveira. Lavagem de Dinheiro Segundo a Legislação Atual. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 21, n. 102, p. 164, mai./jun. 2013.

BRASIL. Lei nº 10.467, de 11 de junho de 2002. Acrescenta o Capítulo II-A ao Título XI do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de de-

zembro de 1940 - Código Penal, e dispositivo à Lei no 9.613, de 3 de março de 1998, que “dispõe sobre os crimes de ‘lavagem’ ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do Sistema Financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei, cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf), e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 12 jun. 2002.

BRASIL. Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003. Dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 29 mai. 2003a.

BRASIL. Lei nº 10.701, de 9 de julho de 2003. Altera e acrescenta dispositivos à Lei no 9.613, de 3 de março de 1998, que dispõe sobre os crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras – Coaf, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 10 jul. 2003b.

BRASIL. Lei nº 12.683, de 9 de julho de 2012. Altera a Lei no 9.613, de 3 de março de 1998, para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 10 jul. 2012.

BRASIL. Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998. Dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 4 mar. 1998.

CALLEGARI, André Luís. **Direito Penal Econômico e Lavagem de Dinheiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

CERVINI, Raúl; GOMES, Luiz Flávio; OLIVEIRA Willian Terra de. **Lei de Lavagem de Capitais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

DE CARLI, Carla Veríssimo. **Lavagem de Dinheiro: Ideologia da Criminalização e Análise do Discurso**. 2.ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012.

LIMA, Vinicius de Melo. **Lavagem de Dinheiro & Ações Neutras:** Critérios de Imputação Penal Legítima. Curitiba: Juruá Editora, 2014.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime de Lavagem de Dinheiro.** 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

NOTARI, Márcio Bonini; LEAL, Rogério Gesta. O Crime de Lavagem de Dinheiro no Âmbito da Convenção da OCDE e as Políticas Públicas de Combate à Corrupção. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 10, n. 2, p. 195, mai./ago. 2015.

PRADO, Luis Regis. **Delito de Lavagem de Capitais:** Um Estudo Introdutório. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (Org.). **Doutrinas Essenciais:** Direito Penal Econômico e da Empresa. v. IV. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

SANTOS, Léa Marta Geaquinto dos. O desafio do combate à lavagem de dinheiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 42, n. 166, p. 108, jun. 2005.

SILVA, Cesar Antonio da. **Lavagem de Dinheiro:** Uma Nova Perspectiva Penal. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2001.

A OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA E O EXERCÍCIO DA MEDICINA: UMA CRÍTICA À DECISÃO PROFERIDA PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO HABEAS CORPUS Nº 268.459/SP

Matheus Gonçalves dos Santos Trindade¹
Karina Mombelli Sant'Anna²

¹ Mestrando em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). Especialista em Direito Penal e Processo Penal. Advogado. E-mail: matheusgstrindade@gmail.com.

² Mestranda em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). Advogada. E-mail: kamombelli@hotmail.com.

Resumo

Este artigo visa investigar os direitos fundamentais que permeiam a relação médico-paciente, especialmente quando esta envolve a necessidade de um paciente Testemunha de Jeová receber transfusão de sangue. Para tanto, apresentar-se-á a definição de objeção de consciência e, após lançadas as bases teóricas, analisar-se-á a conformidade da decisão proferida no Habeas Corpus nº 268.459 com a sua realidade fática e com a realidade normativa brasileira.

Palavras chave: Objeção de consciência. Direito médico. Direitos humanos. Liberdade religiosa.

Abstract

This article aimed to investigate the fundamental rights that permeate the doctor-patient relationship, especially when it involves the need for blood transfusion in Jehovah's Witnesses. In addition, the definition of conscientious objection is presented and, after the theoretical bases have been published, the conformity of the decision pronounced in Habeas Corpus nº 268.459 with its factual reality and Brazilian normative reality is analyzed.

Keywords: Objection of conscience. Medical Law. Human rights. Religious freedom.

1 Introdução

O propósito deste artigo é analisar a conformidade teórica e fática da decisão proferida no Habeas Corpus nº 268.459 pelo Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2014). O caso que versa o referido remédio heroico ocorreu no ano de 1993, quando Juliana, adolescente de 13 anos, faleceu por estar em um quadro de anemia falciforme, cujo único tratamento possível é a transfusão de sangue, a qual não foi realizada em virtude da objeção de seus genitores, que eram Testemunhas de Jeová.

Na oportunidade, os médicos do hospital requereram o consentimento dos genitores de Juliana para que pudessem efetuar a transfusão de sangue, procedimento que salvaria a vida da menina, sido aquele recusado com fundamento na objeção de consciência pela crença religiosa. A situação agravou-se quando a genitora da adolescente chamou ao hospital o médico da família, também Testemunha de Jeová. Este ameaçou os médicos que cuidavam do caso dizendo que iria processá-los caso eles optassem por realizar o procedimento. Permanecendo o impasse, a menina veio a falecer.

A partir disso, os genitores e o médico da família foram denunciados por homicídio, tendo o Superior Tribunal de Justiça, por meio do julgamento do *writ* em questão, trancado a ação penal sob o fundamento de que a responsabilidade de intervenção era tão somente dos médicos do hospital, motivo pelo qual seria sobre eles que recairia o resultado morte da menina.

Diante desse contexto, este artigo tem como propósito analisar a objeção de consciência, expondo a definição do fenômeno, as suas implicações e as suas restrições. Por derradeiro, analisar-se-á se a decisão proferida pelo Tribunal Superior está em consonância com os ditames legais e com as circunstâncias fáticas.

2 A objeção de consciência e necessária crítica à decisão proferida pelo superior tribunal de justiça no habeas corpus nº 268.459/Sp

A objeção de consciência pode ser entendida como uma atitude comumente individual, não violenta, por meio da qual o agente descumpra um determinado mandamento normativo por motivos de consciência, com o intuito direto de ser isento de sanção pessoal, salvo-conduto esse que depende de reconhecimento do plano jurídico por meio da análise das regras em conflito (HERINGER JUNIOR, 2007, p. 42-43). Em outras palavras, a intenção do objetor não é diretamente mudar a lei válida e vigente, mas sim descumpri-la e isentar-se de punição por este descumprimento.

O fenômeno da objeção ocorre em razão de determinada norma jurídica, por meio da qual entra-se em conflito diretamente com as crenças mais profundas do indivíduo – crenças prévias ao conflito –, sejam elas de cunho ético, cultural, político, religioso, entre outros, de modo que esse litígio cause um dano de existencial, uma divergência tão forte ao ponto de poder causar a ruptura do ser, caso seja cumprida a imposição legal (HERINGER JUNIOR, 2007, p. 42). Ou seja, o comportamento pretendido pela lei conflita com algo irrenunciável para o objetor, de modo que o sujeito estaria agindo em estado de necessidade, pois atua sob forte pressão psíquica (ROXIN, 1997, p. 942).

Tal instituto decorre de forma direta da liberdade de consciência ou crença, mas também acaba tendo por base a dignidade da pessoa humana e o direito à vida. Entre os direitos mencionados, pode-se gerar tensão para fins de objeção de consciência no aspecto religioso, no qual reside o *locus* preferencial do problema, considerando a diversidade religiosa experimentada na modernidade (HERINGER JUNIOR, 2007, p. 43). No presente trabalho, a atenção volta-se à objeção de transfusão de sangue por crença religiosa das Testemunhas de Jeová.

Especialmente no que toca às Testemunhas de Jeová, é possível extrair a vedação religiosa à transfusão de sangue do Gênesis, 9:4, da Escritura Sagrada, que dispõe “a carne, porém, com sua vida, isto é, com seu sangue, não comereis”, dentre outras passagens bíblicas. Baseados no citado trecho, os adeptos a essa religião acreditam que, em havendo a troca de sangue – elemento que para a religião é equiparado à vida –, a pessoa ficará impedida de prestar o testemunho de seu Deus Jeová, motivo pelo qual o adepto será banido da religião (ODY, 2009, p. 57).

A objeção de consciência das Testemunhas de Jeová consiste em não realizar a transfusão de sangue com o objetivo de perseguir a sua fé, pois, do contrário, serão banidos da sua religião. Veja-se, portanto, que não se trata só de um conflito de liberdade religiosa e vida, que neste caso estão em colisão não entre sujeitos diversos, mas sim de um mesmo titular, sendo que não há hierarquia entre os direitos em colisão (BARROSO, 2010, p. 20). O problema, tampouco, restringe-se ao conflito entre a autonomia privada do indivíduo e o dever do Poder Público de zelar pela vida.

O litígio atrai, além dos elementos aludidos, a incidência da dignidade da pessoa humana, que não se trata unicamente de o ser humano estar biologicamente vivo, mas também que ele disponha do mínimo existencial, que não se satisfaz somente com os bens e demais itens necessários para a existência física (GIACOMOLLI, 2008, p. 10). Sendo assim, caso o objetor Testemunha de Jeová seja compelido a realizar o procedimento de transfusão, retiram-lhe a dignidade de sua vida no plano terrestre, pois ele será expulso da religião, bem como tolhem-lhe a eternidade que ele acreditava buscar ao filiar-se à religião adotada, decisão esta que não cabe ao Estado tomar (HERINGER JUNIOR, 2007, p. 84).

Veja-se que o Poder Público não pode, em nome da preservação da vida, obrigar uma pessoa a ser submetida à tratamento médico degradante ou agressivo, como o caso de quimioterapias, por exemplo, em respeito à dignidade da pessoa humana. O mesmo raciocínio é aplicável aos casos de objeção de cons-

ciência em que o indivíduo não busca a morte em si, mas o respeito à sua convicção ou crença, sendo válida, por conseguinte, a recusa do tratamento, como no caso a transfusão de sangue (HERINGER JUNIOR, 2007, p. 83).

Nesse contexto, Barroso posiciona-se acerca da possibilidade, ou não, da objeção de consciência calcada no fundamento religioso para recusar a transfusão de sangue:

Relembre-se, como já assinalado, que a ordem jurídica respeita até mesmo decisões pessoais de risco que não envolvam escolhas existenciais, a exemplo da opção de praticar esportes como o alpinismo e o paraquedismo, ou de desenvolver atuação humanitária em zonas de guerra. Com mais razão deverá respeitar escolhas existenciais. Por tudo isso, é legítima a recusa de tratamento que envolva a transfusão de sangue por parte das testemunhas de Jeová. Tal decisão funda-se no exercício de liberdade religiosa, direito fundamental emanado da dignidade da pessoa humana, que assegura a todos o direito de fazer suas escolhas existenciais. Prevalece, assim, nesse caso, a dignidade como expressão da autonomia privada, não sendo permitido ao Estado impor procedimento médico recusado pelo paciente. Em nome do direito à saúde ou do direito à vida, o Poder Público não pode destituir o indivíduo de uma liberdade básica, por ele compreendida como expressão de sua dignidade. (BARROSO, 2010, p. 30).

Destarte, diante da recusa à transfusão de sangue por uma Testemunha de Jeová com alegação de objeção de consciência, não cabe ao médico, tampouco ao Estado, obrigá-la a submeter-se ao tratamento, ainda que isso possa colocar em risco a sua vida. Todavia, tal assertiva, assim como o tema em questão, não é absoluta, sendo necessária a verificação de alguns requisitos que serão abordados a partir de agora.

2.1 Os requisitos para recusa por objeção de consciência

Para que se possa sustentar a possibilidade de recusa no tratamento de transfusão de sangue, é elementar discorrer acerca do consentimento, pois, em se tratando de recusa que gera risco de morte, tal aceção é de suma importância para conso-

lidar, ou não, a esfera de não intervenção do paciente. Torna-se necessária para a validade da recusa a verificação do consentimento genuíno do objetor, sendo imprescindível a existência de aspectos relacionados à capacidade do sujeito, à liberdade de escolha e à decisão comunicada (BARROSO, 2010, p. 32).

No que concerne à capacidade do sujeito, deve ele, titular do direito fundamental, ser civilmente capaz e estar em plenas faculdades mentais para a expressão da recusa – não podendo fazê-la, portanto, em caso de estar com a psique afetada, seja por uso de drogas, situações traumáticas etc. –, além de ser ela personalíssima e expressa, de modo a não ensejar dúvidas acerca da sua vontade, devendo ser, outrossim, atual e anterior ao procedimento médico, podendo ser revogável. Por derradeiro, no que concerne ao consentimento, é importante destacar que ele deve ser livre de qualquer ameaça ou coação, devendo, do mesmo modo, o objetor estar ciente do seu quadro de saúde e das consequências da recusa do tratamento (BARROSO, 2010, p. 32).

Observa-se que, entre os requisitos expostos, a capacidade civil é exigência para que seja válida a recusa do tratamento, bem como deve ser personalíssima. Portanto, não há como os genitores, familiares, tutores e curadores oferecerem uma rejeição válida de tratamento quando se tratar de criança, adolescente ou incapaz. Acresce-se a essa constatação, ainda, o fato de que a vida da criança e do adolescente possui prioridade absoluta, sendo um dever dos garantidores, da sociedade e do Estado protegê-la, conforme o artigo 227 da Constituição (BRASIL, 1988).

De igual sorte, a legislação infraconstitucional, mais especificamente no artigo 5º do Estatuto da Criança e Adolescente – Lei 8.069/90 –, estabelece que nenhuma criança ou adolescente será alvo de negligência, sendo punido conforme a lei qualquer agente que, por ação ou omissão, desatenda seus direitos fundamentais.

Delineado o contexto dos requisitos, passa-se ao ponto central do presente trabalho: a verificação do julgado no Habeas Corpus 268.459 de São Paulo.

2.2 A necessária crítica à imputação médica pela não realização de transfusão de sangue no habeas corpus 268.459 de São Paulo

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Habeas Corpus 268.459, de São Paulo, equivocou-se ao considerar que a responsabilidade penal pelo fato já narrado era exclusivamente dos médicos, quando, na realidade, os fatos, e até mesmo o direito, conduzem o raciocínio a um destino diferente.

O contexto fático apontava, por um lado, para necessidade de intervenção médica de urgência, com a efetuação de transfusão de sangue em uma adolescente de apenas 13 anos e, por outro lado, para a relutância dos genitores em consentir com a prática, havendo em especial o agravamento da situação quando a genitora da menina, inconformada com a insistência do hospital, chamou ao recinto o médico da família, também Testemunha de Jeová, que ameaçou os médicos e o hospital de, caso realizassem a intervenção médica, serem duramente processados.

Veja-se que não se trata, no caso em tela, de uma simples recusa dos pais em consentir a transfusão de sangue de sua filha, mas sim uma intervenção direta para a frustração do procedimento. Se os pais somente tivessem objetado, não caberia punição penal a eles por omissão de socorro, tampouco por tentativa de homicídio, tendo em vista que a ausência de consentimento poderia ser superada pela nomeação de um tutor ou pela ação da equipe médica (ROXIN, 1997, p. 945).

Do contrário, no precedente em análise houve, por parte dos genitores, a realização de ações concretas – e não somente omissão – com a finalidade de frustrar o procedimento, o que modifica a possibilidade médica de realização de intervenção trazida pelo autor alemão. De fato, é de se entender que não se pode falar em dolo direto no resultado morte por parte dos genitores, considerando que eles levaram a adolescente ao hospital possivelmente esperando que os tratamentos alternativos surtisses efeito, como bem destacam os votos vencedores no acórdão analisado. O raciocínio explanado pelo voto superou,

ainda, os dizeres dos pais, que insistiam em referir que preferiam que a filha morresse a dar o consentimento para a realização da transfusão de sangue (BRASIL, 2014, p. 4).

Todavia, não há como, no caso em testilha, responsabilizar criminalmente os médicos pelo resultado morte, considerando a grande influência externa que foi perpetrada na realidade fática, o que relativiza alguns preceitos legais dispostos. Veja-se.

Com o abandono do paternalismo médico denunciado por Luis Roberto Barroso nos meados do século XX, mais especificamente a partir da consolidação do Código de Nuremberg, de 1947, iniciou-se uma ruptura da cultura até então alicerçada. A partir desse momento passou-se a observar o princípio da autodeterminação da pessoa, de modo que os médicos deveriam observar as ponderações de seus pacientes durante o tratamento, devendo haver o consentimento informado para a realização de procedimentos e práticas médicas. Dessa forma, o paciente deixou, como já amplamente ventilado, de ser apenas um objeto, tornando-se um sujeito de direitos fundamentais, em especial pelo respeito à dignidade da pessoa humana (BARROSO, 2010, p. 04-05).

Especificamente no Brasil, a resolução 1.021 de 1980 do Conselho Federal de Medicina dispõe, no artigo segundo, que cabe ao médico, em havendo risco de vida, realizar a intervenção mesmo sem consentimento do paciente (POLICASTRO, 2010, p. 2010). Tal disposição legal, *s.m.j*, está em dissonância com a esquadra histórica, considerando o abandono do paternalismo, e sequer foi recepcionada pela nossa Constituição Federal, tendo em vista a construção já delineada a respeito dos direitos fundamentais da dignidade da pessoa humana, da vida e da liberdade de consciência e crença.

A resolução 1.931, de 2009, do Conselho Federal de Medicina, por sua vez, prevê no seu artigo 22 que é vedado ao médico "deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte" (BRASIL, 2009). Novamente, percebe-se que no caso do *writ* houve a tentativa de obtenção da anuência dos genitores e, ao não se

obter sucesso, houve ainda a influência externa de um médico da família, também religioso, que frustrou a ação da equipe médica, resultando na morte da adolescente.

Exatamente pela abordagem supramencionada, posiciona-se no presente trabalho no sentido de que não houve responsabilidade criminal por parte dos médicos, pois o resultado morte não se deu exclusivamente pela omissão imprópria do artigo 13, §2º, do Código Penal, tendo em vista que eles agiram por diversas vezes no sentido de obter o consentimento dos pais, frustrando o ato com a chegada de terceiro – médico da família –, que os coagiu a não prosseguirem com o tratamento³.

Mais prudente seria, no caso em debate, que o hospital tivesse ingressado em juízo na busca da nomeação de um tutor à adolescente, de modo a eximir-se de eventual responsabilidade cível posterior. Todavia, ainda que a instituição tenha se quedado inerte, isso não conduz ao raciocínio automático de incriminação dos médicos pela morte da adolescente, considerando os fatores delineados.

3 Conclusão

A objeção de consciência faz parte do direito fundamental da liberdade de consciência e crença, mas também possui ligação direta com a dignidade humana e, quando se trata da recusa de transfusão de sangue por Testemunhas de Jeová, comunica-se com o direito à vida. A liberdade de crença da referida religião teve grande avanço com o reconhecimento da possibilidade de rejeição de tratamento, desde que aquele que o rejeita possua capacidade civil e psicológica para isso, bem como tenha ciência do seu quadro clínico e das consequências de seus atos.

Diferente é o caso do Habeas Corpus nº 268.459 do Superior Tribunal de Justiça, onde a recusa foi lançada impedindo

³ É sabido que, em caso de ação, os médicos não seriam responsabilizados criminalmente por constrangimento ilegal, considerando o disposto no artigo 146, §3º, inciso I, do Código Penal brasileiro, o que demonstra ainda mais o poder de influência das ameaças proferidas pelo médico Testemunha de Jeová.

o tratamento de uma adolescente, inclusive havendo condutas ativas por parte dos membros familiares para que não fosse realizado o procedimento. Tal conduta afrontou o dever constitucional de proteção integral da adolescente e condiciona os responsáveis à sanção penal pelo resultado.

Todavia, considerando que houve o entendimento por parte da Corte Superior de que os pais não tinham dolo no resultado morte, capitulação esta que havia sido lançada pela acusação, não cabe, no caso concreto, a responsabilização dos médicos do hospital pelo resultado, pois o dever de ação deles também restou frustrado pelos atos dos objetores.

Conclui-se, após a exposição dos alicerces da objeção de consciência e à luz do caso concreto, que deveria o hospital, no momento dos fatos, ter ingressado em juízo para resguardar o interesse da adolescente, considerando inclusive a presença de um médico, também Testemunha de Jeová, no hospital para impedir a transfusão sanguínea. Porém, tal inação por parte do hospital – enquanto instituição – não pode gerar, nesse contexto fático, a responsabilidade criminal dos médicos, pois eles foram impedidos de agir.

Referências

BARROSO, Luis Roberto. Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por Testemunhas de Jeová. Dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 42, p. 49-91, abr./jun. 2010. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/testemunhas-jeova-sangue.pdf>>. Acesso em: 29 dez. 2017.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução 1.021, de 26 de setembro de 1980. Resolve adotar os fundamentos do anexo PARECER, como interpretação autêntica dos dispositivos deontológicos referentes a recusa em permitir a transfusão de sangue, em casos de iminente perigo de vida. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 22 out. 1980.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Código de ética médica**: resolução CFM nº 1.931, de 17 de setembro de 2009. Brasília, DF: Conselho Federal de Medicina, 2010.. Disponível em: <http://www.cremers.org.br/pdf/codigodeetica/codigo_etica.pdf>. Acesso em: 01 jan. 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 13 out. 1988.

BRASIL. Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 13 out. 1941.

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. Superior Tribunal de Justiça. Habeas-Corpus n.º 268.459 – SP (2013/0106116-5), da 6ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Impetrante: Alberto Zacharias Toron e outros. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Pacientes: Hélio Vitória da Silva e Ildelir Bomfim de Souza. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. São Paulo, 02 de setembro de 2014. **Dje**, 28 out. 2014. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>>. Acesso em: 01 jan. 2018.

HERINGER JÚNIOR, Bruno. **Objecção de consciência e direito penal**: justificação e limites. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Reformas (?) do processo penal**: considerações e críticas. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

ODY, Cesi Cristiani. **Liberdade religiosa e constrangimento ilegal**: os casos de transfusão de sangue nas Testemunhas de Jeová. 2009. 187 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós Graduação em Ciências Criminais, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2009.

POLICASTRO, Décio. **Erro Médico e Suas Consequências Jurídicas**. 3. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2010.

ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Tomo 1 fundamentos. La estructura de la teoría del delito. 2. ed. Madrid: Civitas, 1997.

SOCIEDADE DE RISCOS: DA NECESSIDADE DE REFORMULAÇÃO DO SISTEMA POLICIAL BRASILEIRO PARA ENFRENTAR OS DESAFIOS DA CRIMINALIDADE

Ademir Henz¹

¹ Mestre em ciências policiais, ênfase investigação criminal, Bacharelado em Ciências Militares - área defesa social, Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais e bacharel em filosofia.

Resumo

O artigo aborda a sociedade de risco sob a ótica do Direito Penal e Processual Penal, analisando especificamente o sistema policial brasileiro e sua estrutura para atender as necessidades desta nova forma de organização social. Trata também sobre as influências daquele na transformação da sociedade diante da criminalidade, o conceito de sociedade de risco, os desafios do Direito Penal e Processual Penal e a possibilidade de utilização destes como instrumentos de enfrentamento e neutralização dos novos riscos apresentados. Ainda, fala da necessidade de ampliação das formas de atuação do Estado, da organização do sistema policial brasileiro e de suas atribuições de acordo com a Constituição Federal, assim como da ineficiência do sistema policial atual frente aos novos desafios da criminalidade.

Palavras-chaves: criminalidade; sistema policial brasileiro; sociedade de riscos

Abstract

The article approaches the society of risk from the perspective of Criminal Law and Criminal Procedure, analyzing specifically the Brazilian police system and its structure to meet the needs of this new form of social organization. Influences on the transformation of society in the face of crime. Concept of risk society. The challenges of Criminal and Criminal Procedural Law and the possibility of their use as instruments for coping with and neutralizing the new risks presented. The need to expand the State's forms of action The Brazilian police system its organization and attributions in accordance with the Federal Constitution. The inefficiency of the current police system facing the new challenges of crime.

Keywords: crime; Brazilian police system; risk society

1 Considerações iniciais

O presente estudo versa sobre a Sociedade de Riscos, perpassando pela contextualização de novos desafios no campo da esfera penal e processual e analisando o aparato policial, especialmente o sistema policial, disponível para que o Estado enfrente a criminalidade deste novo modelo de sociedade.

A partir da análise da Sociedade de Riscos nota-se que há uma grande demanda por respostas do Estado para novos problemas e novas formas de criminalidade. Diante da nova forma de agir do delinquente, o Estado, em certa medida, busca atender as novas demandas com a implementação de medidas no campo do direito penal, no entanto, isto requer, além de um aparelhamento das instituições públicas, uma reestruturação da lógica operacional e funcional a fim de otimizá-las e efetivá-las no seu mister.

A presente metodologia de análise parte da visão geral em direção à realidade brasileira, em especial, a partir da concepção de Sociedade de Riscos e de seus desafios no campo do Direito Penal e Processual Penal, verificando, especialmente, o sistema policial brasileiro e seus desafios para efetivamente dar respostas aos novos desafios da criminalidade.

No campo legiferante houve um avanço em função dos novos desafios, sendo instituídas normas penas e processuais. Entretanto, no campo das instituições policiais faz-se necessário uma reformulação com o intuito de torná-las mais eficientes e compatíveis com o novo modelo social e a nova modalidade de delinquência, a qual é muito mais dinâmica e com efeitos mais devastadores, conforme será visto.

2 Contextualização da sociedade de riscos

Ao longo da história, a sociedade passou por diversas mudanças. A contemporânea, em nível global, rompe com os ideais da modernidade clássica, abrindo espaços para novas formas

sociais e novas e inesperadas ações políticas, as quais acabam gerando riscos novos.

A sociedade contemporânea encontra-se cada vez mais tensionada e, em contrapartida, mais regrada por sistemas normativos de crescente complexidade. Trata-se essencialmente de uma Sociedade de Riscos, caracterizada pela menor estabilidade na disciplina das relações intersubjetivas, na qual as relações sociais institucionais estão marcadas por diversos níveis de tensionalidades, abrangendo questões de ordem econômica, ideológica, política, criminal e gerando múltiplos conflitos, não propriamente de classe, mas em face da desigualdade, da crescente pobreza e perda da liberdade (LEAL, 2017, p. 39).

A mudança radical que impera sobre a sociedade contemporânea, influenciada pela rapidez e intensidade dos acontecimentos, nos leva a crer que a realidade tomou a dianteira sobre a teoria. Abre-se, deste modo, um novo projeto humano em meio às contingências, complexidades e incertezas, especialmente a partir da década de 1990, o que gera o debate sociológico que busca compreender e reconfigurar essa nova sociedade em constante transformação (SANTOS, 1995, p. 18-19).

O conceito de Sociedade de Riscos está relacionado com o de globalização, em virtude dos riscos democráticos capazes de afetar nações e classes sociais sem respeitar fronteiras de nenhum tipo e trazer novos riscos e insegurança em sentido amplo. A partir dessas transformações da sociedade, surge um aumento da pobreza, ondas de nacionalismo, fundamentalismos religiosos, crises econômicas, possíveis guerras e catástrofes tecnológicas e ecológicas, ou seja, mudanças das quais não se tem conhecimento de seus efeitos imediatos ou de longo prazo, razão pela qual se fala em risco/incerteza (GUIVANT, 2001, p. 97). Os processos de mudança social culminaram com o aumento da violência e do medo na sociedade contemporânea, pois houve a ruptura com o modelo da sociedade tradicional na qual havia uma influência da tradição e das convenções sobre os comportamentos do indivíduo.

Beck (2002, p. 15-16) refere que, na contemporaneidade, a estrutura da comunidade, do grupo e da identidade perde seu cimento ontológico. Com a democratização política (Estado Democrático) e social (Estado de Bem-Estar), houve uma transformação nos fundamentos da estrutura social, prevalecendo o individualismo e surgindo a ideia da ética da autorrealização e do ganho individual. Por sua vez, Baumann (2008, p. 61) alerta que ante toda essa liberdade e individualismo paga-se o preço da insegurança, da incerteza e da falta de proteção, e tal sentimento é um preço alto a se pagar, considerando o número de escolhas que um indivíduo tem que fazer diariamente.

Desta forma, tem-se que o indivíduo é o centro dos processos sociais, maquinando novos riscos e criando relacionais cada vez mais abrangentes e de resultados, de certa forma, desconhecidos. Para Leal (2017, p. 47) são eles que constituem os grupos e segmentos humanos que mantêm relações institucionais e intersubjetivas no espaço público, preservando, de alguma maneira, suas matizes, pretensões, caracteres e idiossincrasias, projetando tudo isso em nível coletivo e criando, em face disso, novos sujeitos e protagonismos políticos, ideológicos e culturais. Estes, de igual sorte, constroem hegemonias conjunturais e de sustentação negociada (fala-se aqui da capacidade de articulação de grupos empresariais, partidos políticos, segmentos religiosos, movimentos sociais organizados, etc., de construir agendas comuns para fins tópicos e de curto prazo).

Diante do novo modelo de sociedade, no qual as relações (diversificadas) produzem efeitos que ultrapassam as fronteiras dos tradicionais limites do Estado, faz-se necessário identificar os riscos e verificar como neutralizá-los. Sob esta perspectiva, far-se-á a análise dos desafios do Direito Penal e Processual neste novo modelo de sociedade.

3 Desafios do direito penal e processo penal

Como visto anteriormente, a sociedade evolui influenciada pela revolução tecnológica e industrial, pelo capitalismo e pela globalização. Sob estas influências, o modelo tradicional de Estado e as formas de controle das ações dos indivíduos passaram a ter novas demandas, novos desafios, novos níveis de tensões e, especialmente, novos riscos (incertezas). Ao se falar de novos riscos, não se fala exclusivamente daqueles que afetam a natureza individual (propriedade, incolumidade física, igualdade, liberdade), mas sim daqueles que tem afetação coletiva ou difusa, tais como meio ambiente, relações de consumidor e interesses públicos indisponíveis, os quais, quando violados, implicam consequências imediatas e futuras sem precedentes e de difícil aquilatação para a Sociedade como um todo, razões pelas quais devem ser evitados com esforço e níveis de ciência satisfatórios (LEAL, 2017, p. 107).

O Direito Penal, em tese, deve ser utilizado como *ultima ratio*. A partir desse axioma surge efetivamente o questionamento acerca da possibilidade de utilização dele como instrumento de enfrentamento e neutralização dos novos riscos apresentados. Para Leal, o

“Direito Penal pode dar contribuição importante a determinados bens jurídicos protegidos pela ordem constitucional contemporânea – no mundo e no Brasil –, não exclusiva ou fundamentalmente sob a perspectiva da dimensão punitiva segregatória individual (função liberal clássica), mas em face, por exemplo, da responsabilização patrimonial e para os fins de restrição de direitos da pessoa física e jurídica envolvida à violação desses bens”. (LEAL, 2017, p. 107).

No contexto da hipercomplexidade globalizada e instabilidade social, no qual os efeitos das ações geram riscos que ultrapassam as fronteiras e que tem resultados inesperados e por vezes desconhecidos, a opção jurídica pela política da responsabilização criminal (adoção do Direito Penal) ganha relevo em virtude da complexidade do bem jurídico protegido. Leal destaca, referenciando Sanchez, que

diante do Direito Civil, de perfil predominantemente compensatório, o Direito Penal introduz sanção com força pública incontornável à persecução, valendo-se de instrumentos imediatos e invasivos visando a contenção, apuração e responsabilidade do ato criminoso. (SANCHEZ, 2001 apud LEAL, 2017, p. 107).

No âmbito internacional, há tempo, busca-se incrementar políticas de melhor e maior enfrentamento do crime por meio da adoção de normas processuais preventivas e curativas em face das consequências trágicas que tais comportamentos delituosos têm empreendido às comunidades em geral.

Neste sentido há três grandes marcos, quais são: (1) Convenção de Viena, contra o tráfico ilícito de entorpecentes e substâncias psicotrópicas, de 20 de dezembro de 1988, incorporada no sistema jurídico brasileiro por meio do Decreto nº 154, de 26 de junho de 1991, com a aprovação do Congresso Nacional pelo Decreto Legislativo nº 162, de 14 de junho de 1991; (2) Convenção de Palermo, contra o Crime Organizado Transnacional, de 15 de novembro de 2000, incorporada no sistema jurídico brasileiro por meio do Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004, com a aprovação do Congresso Nacional pelo Decreto Legislativo nº 231, de 29 de maio de 2003; e (3) Convenção de Mérida, contra a Corrupção, de 31 de outubro de 2003, incorporada no sistema jurídico brasileiro por meio do Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006, com a aprovação do Congresso Nacional pelo Decreto Legislativo nº 348, de 18 de maio de 2005 (LEAL, 2017, p. 237).

Diante do novo desafio da criminalidade transnacional e transindividual faz-se necessário ampliar as formas de atuação do estado, implementando novas medidas que preservem os direitos do investigado, mas que tenham a efetividade que se requer para dar uma resposta às ações delituosas. Neste sentido o pesquisador sustenta que para determinados crimes contemporâneos praticados com alto nível de sofisticação técnica, organizacional e procedimental, valendo-se de estratégias e recursos complexos, é quase impossível as suas apurações por meio dos mecanismos metodológicos tradicionais de investigação (interrogatórios, buscas pessoais). Essa, então, impõe o

reconhecimento da urgência de novos expedientes democraticamente regulados e controlados para tais escopos, dentre os quais estão:

(i) maior protagonismo das iniciativas investigatórias, probatórias e acautelatórias, com meios e ferramentas adequadas em face da natureza e forma dos delitos que se quer apurar (delação premiada, ação controlada, infiltração policial); (ii) uso de interceptações comunicacionais como instrumento investigativo (telefônica, telemática, informática, domiciliar, ambiental); (iii) uso predominante da prova científica e documental. (LEAL, 2017, p. 262).

As instituições policiais brasileiras, desde 1988, são segmentadas, a polícia militar atuando na fase preventiva e a polícia civil e/ou federal atuando na fase repressiva (investigação). Todavia, este modelo parece ser incompatível com a atual sociedade, na qual criminosos, inclusive nos delitos mais tradicionais (contra o patrimônio), acabam atuando com uma sofisticação e organização que requerem uma resposta mais adequada do poder estatal, sob pena de não alcançar os efeitos necessário. Assim, no próximo item analisar-se-á o sistema policial brasileiro.

4 Sistema policial brasileiro

O constituinte de 1988 atribuiu ao Estado o dever de garantir a sua segurança. Neste sentido encontra-se o posicionamento do professor Baltazar Junior (2010, p. 187) que sustenta que a segurança é um dever do Estado, tratando-se de um bem jurídico que conforma e condiciona o exercício dos demais direitos fundamentais, pois, sem ela, não é possível o gozo dos demais direitos materiais e, sequer, o livre desenvolvimento da personalidade com dignidade.

Para tanto, o Estado brasileiro organizou a atividade de polícia em dois órgãos distintos, cada um com atribuições específicas, os quais são, essencialmente, polícia administrativa e polícia judiciária. No âmbito estadual, cabe à Polícia Militar a atividade de polícia administrativa, ou seja, a atividade de polícia

ostensiva, que consiste na atribuição constitucional de preservação da ordem pública, enquanto que à Polícia Civil cabe as funções de polícia judiciária e de investigação criminal, ressalvado a atividade de polícia judiciária militar.

Cabe ressaltar que, quanto à segurança pública, houve uma delimitação de atribuições e competências para cada um dos órgãos. Sendo assim, houve a segmentação da atividade policial, a qual, no âmbito da União, tem a Polícia Federal como responsável pela atividade de polícia investigativa e, no âmbito dos Estados e Distrito Federal, esse mister incumbe à polícia civil. Enquanto que, como regra, a polícia militar, fica atuando na prevenção dos delitos, ou seja, desempenha a atividade de polícia administrativa (LAZZARINI, 1999, p. 105).

As constantes discussões sobre a (in)segurança pública, o debate sobre a necessidade de adoção de políticas públicas nesta área e os diversos debates acadêmicos, políticos e midiáticos sobre a (in)eficiência das instituições policiais deram origem a diversos projetos de emenda constitucional, os quais discutem o atual modelo de polícia brasileira e buscam alternativas de alcançar à sociedade uma instituição mais eficiente no desempenho das suas atribuições. Nesta perspectiva surge a discussão sobre o atual modelo de polícia brasileira, em que há uma segmentação das atribuições do poder de polícia em polícia administrativa e judiciária. Ainda, na medida em que os agentes do crime atuam de forma sistêmica, organizada e com elevado poder econômico, faz-se necessário discutir o modelo de enfrentamento adequado desta delinquência nos dias atuais.

5 Ineficiência do sistema policial brasileiro frente aos nossos desafios da criminalidade

Em relação à segmentação das atribuições do modelo policial brasileiro, tem-se que a polícia militar é responsável pela prevenção e a polícia judiciária pela investigação ou repressão. A (bi)partição das instituições policiais é um dos fatores de-

terminantes para a falta da efetividade destas, posto que elas deveriam colaborar umas com as outras para impedir a ocorrência de delitos. Porém, na atual estrutura organizacional, as instituições policiais competem por recursos e visibilidade, deixando de lado a identificação de crimes e suspeitos, fato que também contribui para a ineficiência de cada uma delas e viola o preceito constitucional da eficiência².

Destaca-se que no modelo policial brasileiro, em uma ocorrência de homicídio, por exemplo, há a fragmentação da ação policial, tendo a polícia militar o papel de adotar as medidas preliminares previstas no artigo 6º do CPP³, fazendo o isolamento do local do crime e a identificação de provas, as quais são reportadas para a polícia judiciária, a qual, posteriormente, abrirá o inquérito policial e fará a investigação, conforme preconiza o artigo 5, I, do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941). Logo, não há uma polícia integral, com todas as atribuições da atividade policial. Percebe-se que há uma perda de elementos importantíssimos na produção da prova, pois a autoridade policial que chegou ao local do homicídio não tem a atribuição de investigar e, muitas vezes, não está comprometida com a produção da prova, em especial, com a cadeia de custódia ou preservação dos elementos probatórios, visto que não é a sua atividade essencial.

Sendo assim, muitos indícios e/ou vestígios que poderiam auxiliar no esclarecimento dos fatos são perdidos, o que, por si só, já é uma das causas da baixa elucidação dos delitos contra à vida. Além disto, a prova pericial⁴ é realizada pela polícia científica, que no Brasil é identificada como Instituto Geral de Perícia. Este se trata de um terceiro órgão estatal, o qual é solicitado a

2 Art. 37: "A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência" (BRASIL, 1988).

3 Art. 6º CPP - Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá: I - dirigir-se ao local, providenciando para que não se alterem o estado e conservação das coisas, até a chegada dos peritos criminais; (Redação dada pela Lei nº 8.862, de 28.3.1994) II - apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais; (Redação dada pela Lei nº 8.862, de 28.3.1994) III - colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias; [...]. (BRASIL, 1941, online).

4 Art. 159: "O exame de corpo de delito e outras perícias serão realizados por perito oficial, portador de diploma de curso superior" (BRASIL, 1941, online).

comparecer ao local pela polícia judiciária (polícia civil) após o registro policial realizado pela polícia ostensiva. Portanto, em uma cena do crime doloso contra a vida, em que o resultado morte restar confirmado, há participação de três segmentos estatais e isto certamente traz um prejuízo para a preservação da prova, inclusive colaborando para a baixa elucidação dos fatos (JESUS, 2008, p. 106-107).

Embora os resultados da atividade de enfrentamento operacional possam, por vezes, parecer satisfatórios, o certo é que a situação de segurança pública carece sempre de continuada atenção. Por um lado, determinadas tipicidades criminais influenciam “no sentimento de segurança da população”, tais como crimes violentos letais intencionais e crimes violentos intencionais contra o patrimônio; e, por outro lado, na sociedade de riscos e da insegurança, a cada momento surgem novas ameaças, novas tipologias criminais e novos *modus operandi* que requerem medidas adequadas e proporcionais à situação. Parafraseando Valente (2014), há que se encontrar respostas policiais evoluídas para delitos evoluídos e estas respostas evoluídas requerem instituições policiais estruturadas e preparadas para tal fim.

7 Considerações finais

Diante da análise da sociedade de riscos tem-se que há uma nova forma de criminalidade, a qual tem efeitos desconhecidos, fato que eleva a incerteza e insegurança das pessoas. A partir disso, o papel do Direito Penal e Processual Penal passou a ser questionado, fazendo-se necessário utilizar o Direito Penal como instrumento de enfrentamento dessa nova forma de criminalidade, alcançando ao Estado instrumento efetivo para conseguir preveni-la.

No campo do Processo Penal também foi discutida a atuação do poder estatal, especialmente no tocante às garantias constitucionais, sendo que se faz necessário avançar nas formas de atuação do Estado sob pena de restar ineficiente e não con-

seguir efetivamente responsabilizar os indivíduos que atuam às margens da legalidade. Neste aspecto, o Estado deve observar os preceitos legais e constitucionais, mas faz-se necessário achar mecanismos preventivos mais condizentes com a nova realidade criminal.

Quanto ao sistema policial brasileiro resta claro que há necessidade de reformulação, pois o atual não tem sido efetivo no enfrentamento da criminalidade tradicional (crimes contra a vida e contra o patrimônio) nem contra a criminalidade altamente organizada, especialmente aquela voltada à corrupção e à lavagem de dinheiro, as quais afetam indiretamente toda a coletividade.

Portanto, verifica-se a necessidade de uma resposta, como medida para frear o avanço da criminalidade, na esfera penal por intermédio de instituições policiais e públicas efetivas, essencialmente, no tocante à afetação do patrimônio ou das vantagens auferidas com atividades ilícitas. Aliado a isto, dever-se-á reaparelhar o Estado com instrumentos processuais e instituições capazes de atuarem em pé de igualdade com a criminalidade, sob pena do Estado sempre estar correndo atrás da criminalidade e ela, diante da sua capacidade de auto-organização e transmutação, restar impune e, principalmente, causar danos à coletividade.

Referências bibliográficas

- BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo global**. Tradução de Jesús Alborés Rey. Madrid: Siglo Veintiuno, 2002.
- BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. **Modernização reflexiva: tradição e estética na ordem social moderna**. Tradução de Magda Lopes. São Paulo: Ed. UNESP, 1997.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 13 out. 1988.
- BRASIL. Decreto Legislativo nº 162, de 14 de junho de 1991. Aprova o texto da convenção contra o tráfico ilícito de entorpe-

centes e de substâncias psicotrópicas, aprovada em Viena, em 20 de dezembro de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 jun. 1991.

BRASIL. Decreto Legislativo nº 348, de 18 de maio de 2005. Aprova o texto da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral da Organização das Nações Unidas em outubro de 2003. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 19 mai. 2005.

BRASIL. Decreto nº 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.

BRASIL. Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 15 mar. 2004.

BRASIL. Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 1 fev. 2006.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 13 out. 1941.

GUIVANT, Júlia S. A teoria da sociedade de risco de Ulrich Beck: entre o diagnóstico e a profecia. **Estudos Sociedade e Agricultura**, n. 16, p. 95-112, abr. 2001. Disponível em: < <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/brasil/cpda/estudos/dezesseis/julia16.htm>>. Acesso em: jun. 2018.

JESUS, José Lauri Bueno. **Polícia Militar e Direitos Humanos**. Curitiba: Juruá, 2008.

LAZZARINI, Álvaro. **Estudos de Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LEAL, Rogério Gesta. **A responsabilidade penal do patrimônio ilícito como ferramenta de enfrentamento da criminalidade:**

instrumentos de direito material e processual. Porto Alegre: FMP, 2017.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o político na pósmodernidade**. São Paulo: Cortez, 1995.

SILVA, Américo Luís Martins. **A ordem constitucional econômica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996.

SANCHEZ, Jesús-María Silva. **La expansión del Derecho Penal: Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales**. Madrid: Civitas, 2001.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Do ministério público e da polícia. Prevenção criminal e ação penal como execução de uma política criminal do ser humana**. Lisboa: Universidade Católica, 2013.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Teoria geral do Direito Policial**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2014.

GARANTISMO JURÍDICO E DIREITOS FUNDAMENTAIS: UMA ANÁLISE À LUZ DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Thales Borges Delapieve¹

¹ Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Pós graduado lato sensu pela Escola Superior da Magistratura do RS. Especialista em processo civil pela PUCRS. Mestrando em Direito pela Fundação Escola do Ministério Público (FMP). E-mail: thales.delapieve@terra.com.br

Resumo

O presente trabalho busca fazer uma retomada dos conceitos básicos apresentados por Luigi Ferrajoli acerca de sua teoria garantista, tendo por base sua obra "Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal" e buscando esclarecer concepções errôneas que têm sido propagadas no Brasil e atribuídas ao garantismo. Este artigo busca um resgate da proposta de uma Teoria Geral do Garantismo Jurídico, dirigida à proteção dos direitos fundamentais, um ponto importante da obra de Ferrajoli e pouco estudado e abordado no Brasil. Ademais, fazer-se-á uma revisão das principais propostas de Ferrajoli para a aplicação de sua teoria garantista no âmbito do Direito Penal. Usar-se-á a principiologia desenvolvida pelo autor, a qual consagra o princípio da estrita legalidade como limite fundamental ao qual o poder estatal deve vinculado em um Estado Democrático de Direito, para justificar e limitar o sistema punitivo estatal mediante um sistema de vinculações e restrições. O método de abordagem utilizado no trabalho é o crítico-dialético e a técnica de pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Estrita legalidade. Direito e razão. Direitos fundamentais. Princípios. Teoria geral do garantismo jurídico.

Abstract

The present essay seeks to retake the basic concepts presented by Luigi Ferrajoli about his theory of guarantors, based on his work "Law and Reason: Theory of Penal Guaranty"; seeking to clarify misconceptions that have been propagated in Brazil and erroneously attributed to garantism. This paper searches for a rescue of the proposal of a General Theory of Legal Guaranty, directed to the protection of fundamental rights, an important point of Ferrajoli's work, that has been little studied in Brazil. In addition, a revision of the main proposals Ferrajoli devised for the application of his theory in the scope of the Criminal Law, with the principleology developed to justify and limit the punitive system, through a system vinculations and restrictions, which enshrines the principle of strict legality as the fundamental limit to which the state power must bind in a Democratic State of Law. The method of approach used in this essay is critical-dialectic with a technique of bibliographic research.

Keywords: Strict legality. Right and reason. Fundamental rights. Principles. General theory of legal guaranty.

1 Introdução

Com efeito, ao se falar em garantismo é possível realizar uma associação ao jurista italiano Luigi Ferrajoli e sua célebre obra *“Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale”*. Esta foi lançada pela primeira vez em 1989 e, nos anos transcorridos desde então, já alcançou o status de obra clássica no meio jurídico.

No Brasil, com a redemocratização do país após o fim da ditadura militar, cresceu o anseio por dotar o Brasil de uma nova constituição que substituísse aquela outorgada em 1967, a qual visava proteger os interesses da ditadura instaurada, por uma nova constituição que defendesse os valores democráticos e liberdades individuais, resultando na Constituição Federal de 1988, denominada de *“Constituição Cidadã”*.

Assim, a obra seminal de Ferrajoli e a nova Constituição brasileira são contemporâneas, não surpreendendo que diante da nova ordem constitucional democrática – e seu extenso catálogo de direitos e garantias fundamentais contemplados no título II – o garantismo tenha ganhado um grande número de adeptos em solo brasileiro na década de 1990 e no começo dos anos 2000.

Todavia, nos últimos anos, o termo *garantismo* vem sendo associado, no Brasil, a posições derogatórias que afirmam que as suas proposições estão dissociadas da realidade brasileira. Estas posições são oriundas, principalmente, de movimentos de *“Lei e Ordem”* que defendem um recrudescimento da atuação penal, os quais têm influenciado significativa parcela da sociedade brasileira no que tange ao fenômeno criminológico, dada a escalada de violência observada principalmente nas capitais brasileiras. Tais posicionamentos formulados em detrimento da obra revelam desconhecimento acerca da característica central da teoria garantista proposta por Ferrajoli: limitação do poder estatal.

Esta limitação de poder estatal – e, em especial, do poder sancionador do Estado na seara penal – é um dos principais núcleos a partir do qual se constrói toda a teoria proposta por

Ferrajoli. Limitação esta que se consubstancia na observância da estrita legalidade na atuação punitiva do Estado e, portanto, em um fundamento sobre o qual se constrói um verdadeiro Estado Democrático de Direito, onde são respeitados direitos e garantias fundamentais inerentes aos indivíduos por força de uma ordem constitucional.

O objetivo deste trabalho é fazer um resgate das bases da obra de Ferrajoli, apresentando a teoria garantista conforme pensada pelo autor italiano. Dar-se-á destaque aos seus alicerces, bem como a sua ideia de aplicação geral ao direito como uma teoria do garantismo jurídico e também a sua aplicação ao direito penal.

Para tanto, na primeira parte deste trabalho, observar-se-á a proposta elaborada por Ferrajoli nos capítulos finais de seu livro *“Direito e Razão”*, no qual o autor propõe uma *“Teoria Geral do Garantismo Jurídico”*, amparada em três acepções da teoria do garantismo: como um modelo normativo, como teoria do Direito e como filosofia política.

Na segunda parte do trabalho, analisar-se-á a aplicação desta Teoria do Garantismo ao direito penal, realizando uma revisão dos principais conceitos, princípios e formulações propostos por Ferrajoli como sistema de vinculação do poder sancionador do Estado ao princípio da estrita legalidade, como forma de limitação do poder estatal em face dos indivíduos.

Postas estas considerações introdutórias, passaremos diretamente à análise do garantismo proposto por Luigi Ferrajoli, iniciando por sua Teoria Geral do Garantismo Jurídico, a qual visa à proteção dos direitos fundamentais.

2 Uma teoria geral do garantismo jurídico e sua aplicação ao direito penal

Com efeito, o Garantismo é um modelo normativo de Direito que naturalmente foi pensado para o Direito Penal como um sistema de limites ao poder punitivo estatal e de garantias

de direitos de liberdade aos cidadãos. Conquanto o Garantismo seja mais comumente associado ao Direito Penal, o modelo não se encontra limitado a este campo de atuação; em verdade, tal modelo pode ser estendido a todos os direitos fundamentais, constituindo-se em fundamento de uma verdadeira Democracia Constitucional, como sistema de limite e vinculação de todos os poderes.

Cumprir destacar que, no Brasil, há uma insistência por parte dos juristas brasileiros de vinculação do nome de Ferrajoli exclusivamente ao campo do direito penal, resultando em indevida rotulação e depreciação de setores mais conservadores da comunidade jurídica. Tal circunstância origina-se em razão de sua obra, pois, ao tratar da inefetividade das liberdades e garantias dos cidadãos, utiliza-se do sistema penal como modelo privilegiado (KARAM, 2012, p. 2).

O garantismo, em seu sentido mais amplo, pode ser entendido como um sistema de limitação e vinculação imposto ao poder do Estado e aos Direitos Fundamentais, observado que o constitucionalismo moderno reconhece a fundamentalidade de uma ampla gama de direitos, incluídos nestes os direitos sociais e não somente os direitos de liberdade clássicos.

Ferrajoli (2006, p. 788) refere que os elementos básicos para se pensar uma teoria geral do garantismo são o caráter vinculado do poder público ao Estado de Direito; a diferenciação entre validade e vigor das normas; a distinção entre o ponto de vista ético-político do ponto de vista jurídico; e a divergência entre justiça e validade, com a autonomia e prevalência da primeira.

O principal pressuposto metodológico para uma teoria geral do garantismo reside na separação entre direito e moral e, ainda, entre o ser e o dever ser. A teoria do garantismo, para além da crítica do positivismo, no tocante aos seus parâmetros de legitimação interna e externa, é uma crítica às ideologias, políticas e jurídicas. Assim, Ferrajoli propõe que a sua *Teoria do Garantismo Jurídico* deve ser compreendida em três sentidos: como um modelo normativo, como uma teoria do Direito e como uma filosofia política.

Enquanto modelo normativo, o Garantismo pode ser entendido como o primado do modelo da estrita legalidade ao qual deve estar submetido o Estado de direito, caracterizando-se como um sistema de poder mínimo e buscando minimizar a violência e maximizar a liberdade individual por meio de um sistema de vínculos impostos pelos direitos fundamentais ao poder sancionador estatal.

Por sua vez, enquanto teoria do direito, Ferrajoli propõe uma revisão da teoria da validade, propondo um modelo no qual efetividade e validade devem ser compreendidas não somente como categorias independentes entre si, mas também como da existência ou vigência das normas, exprimindo, assim, uma ideia de diferenciação de validade material e vigência formal das normas jurídicas (ROCHA, 2013, p. 3).

Outrossim, enquanto filosofia política, o Garantismo se traduz em uma filosofia preocupada com a relação estrutural entre democracia e Estado de Direito. Assim, o Garantismo atribui ao Estado e ao Direito a responsabilidade pela justificação externa, observados os bens e interesses cuja tutela e garantia constitui o objetivo de ambos e expressando um otimismo normativo e um pessimismo político da parte Ferrajoli.

Assentadas essas premissas, Ferrajoli propõe uma Teoria do Garantismo Jurídico como um modelo de defesa dos direitos fundamentais pensados como um todo, em detrimento do Poder Estatal, fazendo deste modelo da norma estatal o ponto de partida para a observação de sua conformação à realidade social.

Todavia, ainda que a proposta garantista de Ferrajoli possa ser aplicada na proteção dos direitos fundamentais de maneira geral, é no âmbito da atuação sancionadora do Estado que este modelo se mostra mais relevante, observado que é justamente enquanto exerce poder sancionador que o Estado está mais propenso à violação de direitos fundamentais.

Foi em sua aplicação ao direito penal que o garantismo proposto Ferrajoli tornou-se mais famoso, sobretudo no Brasil, onde pouco se fala em uma teoria geral do garantismo jurídico, sendo o termo mais comum utilizado em nosso país para deno-

minar a teoria proposta por Ferrajoli como garantismo penal, em observância ao caráter sancionatório e, portanto, limitador de direitos de liberdade por natureza.

Para que se possa compreender a ideia de garantismo aplicada ao direito penal proposta por Ferrajoli, deve-se atentar aos princípios que fundam o modelo garantista clássico: a legalidade em sentido estrito; a materialidade e lesividade dos delitos; a responsabilidade pessoal; o contraditório entre as partes; e a presunção de inocência (FERRAJOLI, 2006, p. 29). Tais princípios são frutos do pensamento liberal do século XVIII, o qual buscava uma esfera de autonomia pessoal resistente às expansões do Poder do Estado, razão pela qual possuem um cunho individualista, sendo denominados de direitos de defesa, e tem por característica principal a busca de uma autonomia individual frente ao poder estatal exercido contra o indivíduo.

Neste sentido, Ferrajoli destaca que tais princípios devem ser entendidos como um sistema coerente e unitário, conforme previstos nas constituições, para além da heterogeneidade e ambivalência de seus pressupostos teóricos e filosóficos. Tal unidade é vinculada à sua formalização nas constituições e ao fato que a principilogia garantista é configurada como esquema epistemológico de identificação do desvio penal, visando garantir, em detrimento de outros modelos de direito penal historicamente implementados, maior grau de racionalidade e confiabilidade do juízo e a limitação do poder punitivo estatal e proteção do indivíduo da arbitrariedade (FERRAJOLI, 2006, p. 30).

A Teoria Garantista é um resgate e uma valorização da Constituição enquanto documento constituinte de uma sociedade, fruto da existência de um núcleo irreduzível e fundamental que estrutura o Sistema Jurídico. Desta forma, a Constituição fixa a forma e a unidade política dos afazeres estatais e os procedimentos para a resolução de conflitos, demarcando quais os limites de atuação do Estado, por força dos direitos e garantias fundamentais nela previstos, bem como disciplinando o processo de formação jurídico-político do próprio Estado (ROSA, 2012).

A Constituição, portanto, não é um documento vazio, mas uma disposição de convivência e fonte da legitimidade estatal expressada por meio de uma conjunção de vontades que se materializam nos direitos fundamentais, superando a concepção meramente normativa e resgatando seu conteúdo formador e o modelo de sociedade buscado, inclusive no âmbito do Direito e do Processo Penal, ao apontar seus limites e obrigações (ROSA, 2012).

É neste contexto que o princípio da legalidade estrita surge como núcleo fundamental ao qual o Poder Estatal deve estar adstrito e vinculado. Com isso, Ferrajoli (2006, p. 31) propõe que estando o Estado vinculado à lei – e, por consequência, o magistrado que “encarna” o Estado – este estaria menos propenso ao cometimento de abusos e arbitrariedades e, portanto, à violação de direitos fundamentais. Adstrito à estrita legalidade, o Estado estaria menos propenso à violação de direitos fundamentais e à criminalização de condutas e minorias.

Da mesma forma, Ferrajoli (2006, p. 31) ainda afirma que a estrita legalidade não pode admitir normas que criam por força de efeito direto da lei condutas reprováveis, sem nada prescrever, mas tão somente regras de comportamento que estabeleçam uma proibição, cujo conteúdo não pode ser mais que uma ação ou omissão, sobre a qual seja imputável culpa ou responsabilidade ao seu autor.

Deste modo, o autor estabelece que o que confere relevância penal a um fato não é a natureza, a moral, a verdade ou mesmo a justiça, mas tão somente aquilo que diz a lei. Sendo assim, esta lei não pode considerar como penalmente relevante hipóteses indeterminadas de desvios – de modo a não permitir que se utilize de conceitos abertos e abstratos para elaborar leis que não regulamentam fatos, mas buscam atingir grupos de pessoas –, mas tão somente comportamentos determinados empiricamente, identificados precisamente como tais e, portanto, adstritos à culpabilidade de um sujeito (FERRAJOLI, 2006, p. 31).

Com base nas premissas aqui sumariamente apresentadas, Ferrajoli passa a elaborar um modelo idealizado de garantismo aplicado ao Direito Penal, o qual visa à limitação da atuação do

poder estatal. Tal idealização é reconhecida expressamente pelo próprio autor, quando este refere que o modelo apresentado nunca foi e nunca será realizado (FERRAJOLI, 2006, p. 34), no entanto, ela deve servir de orientação e objeto de comparação para que se possa aferir se o sistema penal de um Estado está mais ou menos próximo do modelo garantista proposto.

Desta forma, são apresentados 11 princípios organizados de maneira encadeada e sucessiva, destinados a apontar a legitimidade de um sistema penal e das sanções aplicadas por este sistema. Estes princípios formulados por Ferrajoli identificam um modelo de “dever ser”, de maneira que o preenchimento total dos axiomas proposto por Ferrajoli para sistematizar as condições para a atuação sancionadora do Estado não implicam em dever de aplicação de sanção, mas sim que, presentes esses elementos, poder-se-á afirmar a responsabilidade penal e, portanto, aplicar a sanção penal.

Os termos utilizados para a formulação dos princípios são: pena, delito, lei, necessidade, ofensa, ação, culpabilidade, jurisdição, acusação, prova e defesa. Destes princípios, delito, lei, necessidade, ofensa, ação e culpabilidade referem-se a requisitos ou condições penais, sendo denominados “garantias penais”. Por sua vez, juízo, acusação, prova e defesa dizem respeito a condições ou requisitos processuais, nominados de “garantias processuais”. A pena resta afastada do rol de garantias, observado que expressa apenas uma possibilidade a ser aplicada ao final do processo.

A partir destes 11 termos são montados dez axiomas, expressos em brocardos latinos, que formam o Sistema Penal Garantista, um modelo-limite, tão somente tendencialmente realizável e nunca plenamente satisfeito. São estes axiomas: *Nulla poena sine crimine*; *Nullum crimen sine lege*; *Nulla lex (poenalis) sine necessitate*; *Nulla necessitas sine injuria*; *Nulla injuria sine actione*; *Nulla actio sine culpa*; *Nulla culpa sine iudicio*; *Nullum iudicium sine accusatione*; *Nulla accusatio sine probatione*; e *Nulla probatio sine defensione*.

Estes axiomas, por sua vez, expressam os princípios e garantias penais e processuais por eles conferidas: princípio da

retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito; princípio da *legalidade*, no sentido lato ou no sentido estrito; princípio da *necessidade* ou da economia do direito penal; princípio da *lesividade* ou da ofensividade do evento; princípio da *materialidade* ou da exterioridade da ação; princípio da *culpabilidade* ou da responsabilidade pessoal; princípio da *jurisdicionaridade*, também no sentido lato e no sentido estrito; princípio *acusatório* ou da separação entre juiz e acusação; princípio do ônus da prova ou da verificação; princípio do contraditório com participação de defesa ou da falseabilidade.

Estes dez princípios definem o modelo garantista de direito penal, ou as regras do jogo do direito penal, e têm por origem o pensamento jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII. Com base nestes princípios é possível aferir se o sistema penal de um Estado aproxima-se mais de um “sistema de direito penal mínimo” ou de um “sistema de direito penal máximo” (FERRAJOLI, 2006, p. 91-92). Estes sistemas de direito penal denominados por Ferrajoli como direito penal máximo e mínimo, referem-se à maior ou menor vinculação garantista havida na estrutura do sistema, bem como à qualidade e quantidade das proibições e penas nele previstas. Salienta-se, ainda, a existência de diversos modelos intermediários existentes que habitam entre estes dois extremos.

Uma vez satisfeitas as condições explicitadas, o sistema em questão deve ser investido de racionalidade e certeza. Racionalidade e garantismo encontram-se ligados, uma vez que há a pretensão de construir legitimidade de um sistema punitivo pelo estabelecimento de uma tecnologia competente e democraticamente apoiada em Direitos Fundamentais (ROSA, 2012).

Observadas a certeza e a racionalidade exigidas, caracteriza-se como um sistema de direito penal mínimo aquele no qual “nenhum inocente seja punido à custa da incerteza de que também algum culpado possa ficar impune”; e como sistema de direito penal máximo aquela no qual “nenhum culpado fique impune, à custa da incerteza de que também algum inocente possa ser punido” (FERRAJOLI, 2006, p.103).

Em apertada síntese, são estas as bases sobre as quais funda-se o modelo garantista aplicado ao direito penal, ou, então, o Sistema Penal Garantista, proposto por Ferrajoli, o qual visa a coibição de abusos de poder estatal e, conseqüentemente, a violação de direitos fundamentais.

3 Conclusão

Com efeito, ao longo deste trabalho procuramos realizar um resgate das bases sobre as quais se encontra fundada a obra de Ferrajoli, desmistificando algumas concepções equivocadas que vêm sendo propagadas no Brasil ao longo dos últimos anos em relação ao garantismo. Desta forma, buscou-se mostrar a importância da teoria garantista proposta por Ferrajoli e que esta ainda possui grande relevância para o meio jurídico e para a sociedade, como um todo, desmascarando algumas concepções errôneas propagadas por meio de discursos punitivistas que defendem medidas autoritárias como caminho para a solução dos problemas brasileiros de segurança pública.

O garantismo jurídico deve ser visto como limitação do poder estatal, respeito aos direitos fundamentais e vinculação do Estado ao princípio da estrita legalidade, sobretudo quando este Estado exerce função sancionadora e limitadora de direitos na atuação penal, buscando a verificação de um sistema punitivo racional e certo.

A limitação estatal deve ser inerente a um Estado Democrático de Direito, sendo fruto de séculos de lutas contra o exercício arbitrário e autoritário do poder de um Estado em face de seus cidadãos. Desta forma, não se mostra razoável que abra-se mão de tais conquistas em nome de aspectos culturais punitivistas e que, por consequência, defenda-se o encarceramento em massa e a violência perpetrada pelo Estado como solução para os problemas de segurança pública verificados no Brasil.

O garantismo jurídico aplicado ao direito penal não é uma proposta abolicionista. Este reconhece e legitima o poder

punitivo estatal, vinculando este poder ao princípio da estrita legalidade como forma de limitação do estado por intermédio de mecanismos legítimos e democráticos.

Em verdade, posições extremistas e acusatórias revelam desconhecimento acerca da teoria proposta por Ferrajoli desde suas bases teóricas simples, aqui apresentadas como forma de retomada de conceitos com o intuito de realizar as devidas distinções entre o que foi realmente dito por Luigi Ferrajoli em sua obra e aquilo que tem sido dito, que em nada se coaduna com a realidade da obra.

É certo que, dentro do modelo ideal proposto por Ferrajoli, a nossa Constituição Federal de 1988 possui um viés garantista, fato este que pode ser comprovado mediante a leitura do extenso catálogo de direitos e garantias positivados em nossa Carta Magna. Todavia, ainda que esteja próximo do que poderia ser considerado ideal em termos de efetivação e proteção de direitos fundamentais individuais por parte do Estado – vale dizer muito em fruto destas interpretações errôneas sobre o que é realmente garantismo que vêm sendo irresponsavelmente propagadas – nossa Constituição, mesmo após 30 anos, se mostra avançada em suas proposições.

Por final, do ponto de vista acadêmico, vale ressaltar que muito pouco se fala no Brasil da teoria garantista de Ferrajoli fora da área penal, de maneira que esta retomada da formulação de uma Teoria Geral do Garantismo Jurídico, conforme proposta no final do livro “Direito e Razão” e nos trabalhos mais recentes do autor, pode servir de ponto de partida para estudos mais aprofundados acerca de mecanismos de efetivação e garantia dos direitos fundamentais.

Referências

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **Epistemologia Jurídica y Garantismo**. 1. ed. México: Co-yacan, 2004.

PINHO, Ana Cláudia Bastos de. **Para além do garantismo: uma proposta hermenêutica de controle da decisão penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

ROCHA, Alexandre Almeida. **O modelo normativo garantista do Estado de Direito**. In: CONPEDI/UNINOVE (Org.). *Filosofia do Direito I*. 1. ed. Florianópolis: FUNJAB, 2013. p. 364-386.

ROSA, Alexandre Morais da. Por uma leitura garantista do sistema de controle social. In: GAVAZZONI, Antonio Marcos; MARCELLINO JÚNIOR, Julio Cesar (Org.). **Constituição, Estado e Garantismo**. 1. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2012. p. 109-124.

TRINDADE, André Karam. Revisitando o Garantismo de Luigi Ferrajoli: uma discussão sobre metateoria, teoria do direito e filosofia política. **Revista Direito Franca**, Franca, SP, v. 5, n. 1, 2012.

NECESSIDADE (OU NÃO) DO REGISTRO DO CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA PARA FINS DE ADJUDICAÇÃO¹

Érica Veiga Alves²
Jorge Renato dos Reis³

1 Este artigo faz parte da monografia de conclusão de curso intitulada: Necessidade (ou não) do registro do contrato de promessa de compra e venda para fins de adjudicação

2 Graduanda em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), pesquisadora do grupo de estudos e pesquisas "Intersecções Jurídicas entre o Público e o Privado". E-mail: veigalves@yahoo.com.br

3 Advogado, Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Salerno (Itália). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (mestrado) da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), coordenador do grupo de estudos e pesquisas "Intersecções Jurídicas entre o Público e o Privado". E-mail: jreis@unisc.com.br

Resumo

Este artigo visa verificar a necessidade ou não do registro do contrato de promessa de compra e venda de imóveis para fins de adjudicação, conforme a legislação e a jurisprudência atuais do Brasil, a fim de dar maior segurança jurídica ao referido negócio imobiliário. Por meio do método dedutivo hipotético, a problemática do tema consiste na consideração do disposto nos artigos 1.417 e 1418 do Código Civil Brasileiro e do disposto na súmula 239 do Superior Tribunal de Justiça para que possa verificar-se se há ou não necessidade do registro da promessa de compra e venda para fins de adjudicação por parte do promitente comprador. Logo, tendo em vista o disposto na súmula 239, a qual dispensa a necessidade do registro da promessa de compra e venda para fins de adjudicação, e considerando os princípios norteadores do atual Código Civil, como a operacionalidade e a eticidade, entende-se que, apesar do disposto nos artigos 1.417 e 1.418, não há necessidade do registro da promessa de compra e venda para fins de adjudicação, porque o contrário representaria um retrocesso, o que é proibido pela Constituição Federal e contrário aos princípios do Código Civil.

Palavras-chave: Adjudicação. Promessa de compra e venda. Registro.

Abstract

This article aims to verify the necessity or not of the registration of the contract of promise for the purchase and sale of real estate for the purpose of adjudication, in accordance with the current legislation and jurisprudence of Brazil, in order to give greater legal certainty to said real estate business. By means of the hypothetical deductive method, the problematic of the subject is to consider the provisions of Articles 1,417 and 1418 of the Brazilian Civil Code and the provisions of Precedent 239 of the Superior Court of Justice, so that we can verify whether or not there is a need to record the promise of purchase and sale for the purpose of award by the promising buyer. Therefore, in view of the provisions of Supreme Court of Justice summary 239, which does not require the registration of the promise of purchase and sale for the purpose of awarding and considering the guiding principles of the current Civil Code, such as operability and ethics, Despite the provisions of articles 1.417 and 1.418, there is no need to register the promise of purchase and sale for the purposes of award, otherwise the reverse would represent a setback, which is prohibited by the Federal Constitution and contrary to the principles of the Civil Code , already mentioned.

Keywords: Adjudication. Promise of purchase and sale. Record.

1 Introdução

O presente trabalho aborda a necessidade, ou não, do registro do contrato de promessa de compra e venda para fins de adjudicação no Brasil, de acordo com a legislação e a jurisprudência atuais. Possui, também, como objetivo a verificação da necessidade ou não do registro do contrato de promessa de compra e venda de imóveis para fins de adjudicação, conforme legislação e jurisprudência atuais, a fim de dar uma maior segurança jurídica ao referido negócio imobiliário.

Portanto, ao considerar o disposto nos artigos 1.417 e 1.418 do Código Civil Brasileiro e o disposto na súmula 239 do Superior Tribunal de Justiça (STJ), há necessidade do registro da promessa de compra e venda para fins de adjudicação pelo promitente comprador?

Considerando que no bojo do mercado imobiliário na economia brasileira há um significativo número de negócios documentados por meio de contratos de promessa de compra e venda; que o contrato de promessa de compra e venda é um dos mais populares contratos do direito brasileiro; que a colisão existente entre o disposto nos artigos 1.417 e 1.418 do Código Civil pátrio e a súmula 239 do STJ; e, especialmente, que o fato de que, apesar de todas as regras de hermenêutica jurídica determinarem a obediência à legislação federal em detrimento da súmula, a jurisprudência dominante determina a aplicação da súmula e não dos artigos de lei é de suma importância para o direito pátrio e para o mercado imobiliário o presente estudo.

Este tem o intuito de verificar se efetivamente há necessidade ou não do registro de promessa de compra e venda, em razão de se buscar a segurança jurídica dos negócios jurídicos imobiliários, muito especialmente dos contratos de promessa de compra e venda. Em linhas gerais, no primeiro item será trabalhado o contrato de promessa de compra e venda na legislação pátria, bem como os direitos reais em virtude do registro no Ofício de Registro de Imóveis competente.

Sendo assim, para que pudesse verificar-se a necessidade de registro da promessa de compra e venda para fins de adjudicação compulsória, na presente pesquisa foi utilizado o método hipotético-dedutivo, o qual resume-se na construção de hipóteses que devem ser testadas nos mais diversos métodos. O método hipotético-dedutivo foi concretizado pelo teste de duas hipóteses: a promessa de compra e venda necessita de registro no Ofício de Registro de Imóveis para fins de adjudicação compulsória ou não necessita de registro – conforme a súmula 239 do STJ.

2 O contrato de promessa de compra e venda de bens imóveis na legislação pátria

É mister para obter uma melhor análise sobre a promessa de compra e venda na legislação pátria entender o seu desenvolvimento ao longo dos anos no Brasil. Contudo, tal instituto jurídico foi a forma que propiciou aos cidadãos brasileiros o sonho tão almejado – o direito de propriedade. Assim, a Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que instituiu o atual Código Civil Brasileiro, veio discutir, juntamente com outras legislações, a promessa de compra e venda de imóveis nos seus artigos 462 a 466, 1.417 e 1.418⁴.

4 Art. 462: O contrato preliminar, exceto quanto à forma, deve conter todos os requisitos essenciais ao contrato a ser celebrado.

Art. 463: Concluído o contrato preliminar, com observância do disposto no artigo antecedente, e desde que dele não conste cláusula de arrependimento, qualquer das partes terá o direito de exigir a celebração do definitivo, assinando prazo à outra para que o efetive.

Parágrafo único. O contrato preliminar deverá ser levado ao registro competente.

Art. 464: Esgotado o prazo, poderá o juiz, a pedido do interessado, suprir a vontade da parte inadimplente, conferindo caráter definitivo ao contrato preliminar, salvo se a isto se opuser a natureza da obrigação.

Art. 465: Se o estipulante não der execução ao contrato preliminar, poderá a outra parte considerá-lo desfeito, e pedir perdas e danos.

Art. 466: Se a promessa de contrato for unilateral, o credor, sob pena de ficar a mesma sem efeito, deverá manifestar-se no prazo nela previsto, ou, inexistindo este, no que lhe for razoavelmente assinado pelo devedor.

Art. 1.417: Mediante promessa de compra e venda, em que se não pactuou arrependimento, celebrada por instrumento público ou particular, e registrada no Cartório de Registro de Imóveis, adquire o promitente comprador direito real à aquisição do imóvel.

Art. 1.418: O promitente comprador, titular de direito real, pode exigir do promitente vendedor, ou de terceiros, a quem os direitos deste forem cedidos, a outorga da escritura definitiva de compra

Entretanto, o Código Civil de 1916 não previa legislação específica sobre o tema, com exceção do extinto artigo 1.088 – que foi tema dos primeiros debates doutrinários sobre a promessa de compra e venda no Brasil – o qual deu origem a toda evolução da matéria em questão. O revogado artigo não foi trazido pelo nosso atual Código Civil Brasileiro, contudo, cabe ressaltar que não é matéria inovadora à título de legislação.

Não obstante, é notável a relevância da promessa de compra e venda na legislação pátria, tendo em vista que tal modalidade de contrato tornou-se extremamente corriqueira no dia a dia do brasileiro. Talvez, por esta razão, o legislador, ao acompanhar a origem e a evolução histórica de tal instituto, insere no atual Código Civil Brasileiro o tema com considerável relevância. O autor Costa (2002, p. 39) traz onde pode-se encontrar, no novo Código Civil Brasileiro, o assunto em abordagem. A promessa de compra e venda de imóveis é regulada no novo Código Civil sob dois aspectos e em lugares diferentes: como direito obrigacional, sob o título “Do contrato preliminar”, nos artigos 462-466; e como direito real de aquisição nos artigos 1.417 e 1.418.

Por certo, pode-se perceber que desde a origem do contrato de compra e venda – com o seu primórdio no extinto artigo 1.088 do Código Civil de 1916, já revogado, e passando pelo Decreto-lei nº 58 de 1937, no qual o instituto da compra e venda possui suas origens –, após diversas legislações, pode-se apontar o atual Código Civil Brasileiro, o qual, por alguns doutrinadores, ainda se mantém atual e moderno, entretanto, por outros, é alvo de críticas, como trazendo em seu cerne princípios elementares do Código de Defesa do Consumidor.

O atual Código Civil Brasileiro traz o princípio constitucional da proteção do consumidor, desta maneira, a parte do código em questão que consiste em dispor sobre contratos em geral visa constantemente proteger o contratante considerado hipossuficiente do negócio jurídico, dando seguimento, assim, à toda a evolução histórica e cultural da legislação pátria atual que

trata da matéria de promessa de compra e venda de imóveis no país.

Não obstante, tendo como escopo a progressão histórica em questão, Nerilo (2002, p. 237) cita a *vacatio legis* do atual Código Civil Brasileiro. As disposições constantes no diploma civil que entraria em vigor podem ser consideradas uma real revolução pela sua incorporação dos princípios básicos do Código de Defesa do Consumidor em seu texto, como, por exemplo, quando o diploma civil cita a necessidade de que o contrato promova equilíbrio entre as partes.

Entretanto, com a vigência do atual Código Civil Brasileiro, o ordenamento jurídico pátrio passou a perceber inovações relevantes referentes ao contrato de promessa de compra e venda de imóveis. Tais mudanças constam nos artigos 1.125, VIII; 1.417 e 1.418, juntamente com o artigo 108 e com outras legislações infraconstitucionais não revogadas por tal diploma.

Portanto, a promessa de compra e venda, bem como seus efeitos e sua execução têm dado origem a diversas correntes de jurisprudências, na atualidade, e acabou merecendo atenção do legislador, o qual passou a efetuar sucessivas alterações na legislação pátria referente ao contrato de promessa de compra e venda, incluindo uma das mais relevantes, o atual Código Civil de 2002 em seus artigos 1.417 e 1.418, que versam sobre o direito do promitente comprador – conforme já mencionado anteriormente.

Essas regras afetaram algumas posições jurisprudenciais, e exigiram uma nova análise dos doutrinadores quanto ao modo como o tema era embasado nas legislações que vigoravam anteriormente ao Código Civil de 2002. Um clássico exemplo é a súmula 239 do STJ, que dispensa o registro da promessa de compra e venda no Ofício de Registro de Imóveis para fins de adjudicação compulsória. No entanto, quando se trata de contrato de promessa de compra e venda de imóveis, há ainda outras legislações, além do atual Código Civil Brasileiro, que podem ser abalizadas como pertinentes, como é o caso da Lei nº 6.766/79, a qual refere-se à promessa de compra e venda de imóveis loteados.

e venda, conforme o disposto no instrumento preliminar; e, se houver recusa, requerer ao juiz a adjudicação do imóvel.

Entretanto, nesse caso, apenas para os contratos de compra e venda feitos partir de 1979 é permitido usar a promessa de compra e venda – de imóvel devidamente quitado, acompanhado do comprovante do recolhimento do imposto devido para que se possa, efetivamente, dar a transmissão da propriedade. Tal disposição não constava em legislações anteriores e, por essa razão, tal norma só tem aplicabilidade desde a vigência da lei 6.766/79. Compete constar também que, para contratos celebrados em data anterior à norma supracitada, a escritura pública é mister.

3 Os direitos reais sobre imóveis a partir do competente registro no ofício de registro de imóveis

O contrato de promessa de compra e venda de bens imóveis pode ou não ser levado a registro, esta é uma decisão a ser feita pelas partes do negócio jurídico. Entretanto, caso decidam dirigir-se ao Ofício de Registro de imóveis, as partes que optam por efetuar de fato o registro têm uma vantagem, que é a publicidade que garante a oponibilidade *erga omnes*, conforme previsto no artigo 25 da Lei nº 6.766/79 e no artigo 15 do Decreto-Lei nº 58/37⁵.

Assim, estando o contrato de promessa de compra e venda, com o registro efetuado no cartório de registro imobiliário, há a possibilidade da adjudicação compulsória ser oposta contra terceiros. Na ação de adjudicação compulsória, o juiz tem papel de proferir uma sentença que irá substituir a vontade do promitente comprador do contrato, e essa irá, posteriormente, valer

⁵ Art. 25 Da Lei nº 6.766/79: São irrevocáveis os compromissos de compra e venda, cessões e promessas de cessão, os que atribuam direito a adjudicação compulsória e, estando registrados, confirmam direito real oponível a terceiros.

Art. 15 do Decreto-Lei Nº 58/37: Os compromissários têm o direito de, antecipando ou ultimando o pagamento integral do preço, e estando quites com os impostos e taxas, exigir a outorga da escritura de compra e venda.

como título para que seja efetuado o registro do contrato de promessa de compra e venda no Ofício de Registro de Imóveis.

Pode-se verificar, então, que esta ação de adjudicação compulsória não possui natureza condenatória para o promitente comprador (que compõe o polo passivo da ação neste caso). Entretanto, caso a ação seja julgada procedente, o juiz, ao proferir a sentença, irá outorgar ao promitente comprador.

Em contraponto, caso o contrato de promessa de compra e venda ainda não esteja registrado, o mesmo não exterioriza a eficácia do direito real do negócio jurídico contratado. Entretanto, embora desprovido de eficácia real, era pacificamente entendido – mesmo antes do atual Código Civil – que o promitente comprador poderia exigir o cumprimento da obrigação, fazendo-se valer do artigo 466-B da Lei nº 11.232/05⁶.

Então, com a súmula 239 do STJ “o direito à adjudicação compulsória não se condiciona ao registro do compromisso de compra e venda no cartório de imóveis”, sendo de enorme valia para esclarecer, do ponto de vista processual, que tornou-se irrelevante se a ação é fundada em direito real ou pessoal, visto que a quitação do preço é que autoriza ao promitente comprador propor a ação de adjudicação compulsória.

Não obstante, hoje, sendo o entendimento do tema pacífico, com o marco da súmula supracitada, o Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior cita:

Sabemos que as pessoas, quanto mais simples, menos atenção dão à forma e à exigência de regularizar seus títulos. A experiência revela que os contratos de promessa de compra e venda de imóveis normalmente não são registrados. Não há nenhum óbice em atribuí-lhes eficácia entre as partes, possível mesmo a ação de adjudicação, se o imóvel continua registrado em nome do promitente vendedor. (2008, p. 487).

Por conseguinte, é notório que, após a vigência do atual Código Civil Brasileiro, mesmo a jurisprudência tendo se torna-

⁶ Se aquele que se comprometeu a concluir um contrato não cumprir a obrigação, a outra parte, sendo isso possível e não excluído pelo título, poderá obter uma sentença que produza o mesmo efeito do contrato a ser firmado.

do resistente a outorgar ao promitente comprador o exercício do direito de adjudicar compulsoriamente, hoje, esse ponto não é mais divergente.

Após o registro da promessa de compra e venda no Ofício de Registro de Imóveis, pode-se apontar efeitos relevantes como, por exemplo, o efeito *erga omnes* – uma vez que, diante o compromisso devidamente registrado, é viabilizado ao negócio jurídico direitos reais, além da publicidade do contrato a terceiros. Com a conclusão do registro pode-se pensar também em cessão de direitos do negócio jurídico, independentemente de o promitente vendedor consentir ou não – tendo essa cessão plena eficácia. Outro efeito interessante que cabe ressaltar é que, no caso de que futuramente seja decretada a insolvência civil – popularmente conhecida como falência – de qualquer uma das partes (tanto do promitente comprador, como do promitente vendedor) não irá ocorrer, diante da declaração do estado de insolvência, a dissolução do compromisso – conforme disciplina o artigo 30 da lei nº 6.766/79⁷. Também é sabido que, a partir do registro da promessa de compra e venda, não há espaço para qualquer discussão sobre o promitente comprador exercer o seu direito de adjudicar compulsoriamente, conforme citado.

Relevante, inclusive, é o aspecto do contrato registrado para que, caso haja necessidade, a notificação do promitente comprador, na eventualidade deste ser inadimplente, possuirá a faculdade de purgar a mora dentro do prazo estipulado legalmente. Por fim, é sábio citar, ainda, que com o registro do contrato de promessa de compra e venda, está garantido o direito de seqüela do promitente comprador efetuar a defesa do bem por meio de embargos de terceiro, conforme foi disposto na súmula 84 do STJ – a qual teve papel importante para pacificar o tema em questão⁸.

7 Art. 30: A sentença declaratória de falência ou da insolvência de qualquer das partes não rescindir os contratos de compromisso de compra e venda ou de promessa de cessão que tenham por objeto a área loteada ou lotes da mesma. Se a falência ou insolvência for do proprietário da área loteada ou do titular de direito sobre ela, incumbirá ao síndico ou ao administrador dar cumprimento aos referidos contratos; se do adquirente do lote, seus direitos serão levados à praça.

8 Admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda de compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido do registro.

Por fim, pode-se concluir que o instituto jurídico da promessa de compra e venda, por ser demasiadamente usual e comum na atualidade, é, sem sombra de dúvida, um contrato de objetiva realização para um futuro contrato de promessa de compra e venda. Este instituto, quando celebrado com validade, produz efeitos para todas as partes contratantes, gerando efeitos obrigacionais entre si.

Igualmente, o atributo da irretratabilidade e o estabelecimento do direito real – com o devido registro – tornam-se elementos notoriamente importantes para o negócio. Não obstante, a doutrina e a jurisprudência abandonaram a arcaica ideia de que era necessário o registro para que o contrato pudesse ser adjudicado. Como vimos anteriormente, o registro traz efeito de direito real ao contrato e, certamente, é importante no que versa sobre a análise jurídica contratual moderna, mas não é elemento essencial para garantir direitos.

Na atualidade, é necessário que se esclareça às partes a importância que, no âmbito jurídico, o registro no Ofício de Registro de Imóveis possui. É sabido que, infelizmente, boa parte da população – em sua maioria os mais humildes que, em grande parte, não possuem maior conhecimento sobre negócios jurídicos – não se atenta para esta importância. Isso não se dá apenas no instituto da promessa de compra e venda de imóveis, mas também nos outros contratos celebrados que necessitam de registro.

Todavia, os juristas e doutrinadores da hodiernidade têm se atentado para este fato, sendo notado na já citada súmula 239 do Superior Tribunal de Justiça. Com isso, a tendência é que o registro mantenha a sua importância, mas que, para negócios feitos longe dos olhos do Tabelião de Imóveis, os mesmos possam garantir às partes um direito adquirido – que no caso em tela é o de adjudicar compulsoriamente o contrato de promessa de compra e venda sem que este seja necessariamente registrado.

4 Conclusão

As reflexões apresentadas trazem o escopo jurídico nacional acerca da desnecessidade do registro do contrato preliminar de promessa de compra e venda para fins de adjudicação compulsória. Nesse parâmetro, pode-se analisar que tem-se uma norma *contra legis*, tendo em vista que a súmula 239 do Superior Tribunal de Justiça, a qual entrou em vigor no ano de 2000, dá direito de adjudicar compulsoriamente o contrato de promessa de compra e venda, mesmo que este não esteja registrado. Portanto, essa súmula é anterior à vigência do Código Civil de 2002, o qual cita a necessidade de registro para fins de adjudicação.

Nesse sentido, embora seja uma norma considerada por muitos juristas *contra legis*, os tribunais pátrios têm aplicado de forma pacífica a súmula, mesmo ela sendo anterior ao Código Civil Brasileiro, em razão do princípio da função social que o direito exerce.

Pode-se depreender deste estudo que o direito tem que ser exercido, por meio de seus aplicadores, de forma que possa auxiliar de fato a sociedade. Portanto, quando se analisa o caso no qual um contrato de promessa de compra e venda é feito por partes sem conhecimento da legislação e da importância do registro imobiliário, que na maioria das vezes são pessoas mais humildes, elas (aplicando a letra fria do diploma civil) não teriam direito de adjudicação compulsória. Sendo assim, o direito só teria, de fato, eficácia e cumpriria a sua função para os mais afortunados que possuíssem boa instrução e soubessem, efetivamente, da importância do registro do contrato.

É notório que foi-se o tempo em que ser operante do direito consistia em aplicar a letra fria da lei. Atualmente, é preciso ir além. O direito tem que cumprir o seu papel e levar segurança jurídica para todos que dele dependam, mesmo que esses não tenham o devido conhecimento jurídico.

Referências

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Projeto do Código Civil: as obrigações e os contratos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 89, n. 775, p. 18-31, mai. 2000.

BRASIL. Decreto-lei nº 58, de 10 de dezembro de 19/37. Dispõe sobre o loteamento e a venda de terrenos para pagamento em prestações. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 13 dez. 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del058.htm>. Acesso em: 14 out. 2017.

_____. Lei nº 11.232, de 22 de dezembro de 20/05. Altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, para estabelecer a fase de cumprimento das sentenças no processo de conhecimento e revogar dispositivos relativos à execução fundada em título judicial, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 23 dez. 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/11232.htm>. Acesso em: 14 out. 2017.

_____. Lei nº 6.766, de 19 de dezembro de 19/79. Dispõe sobre o Parcelamento do Solo Urbano e dá outras Providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 20 dez. 1979. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6766.htm>. Acesso em: 14 out. 2017.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil Brasileiro de 2002. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 14 out. 2017.

_____. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil Brasileiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. **Coleção de Leis do Brasil**, 1º jan. 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 14 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula 239. **DJe**, 25 fev. 2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2011_18_capSumula23.pdf>. Acesso em: 14 out 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula 84. **DJ**, 02 jul. 1993. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2011_18_capSumula23.pdf>. Acesso em: 14 out 2017.

tronica/stj-revista-sumulas-2009_6_capSumula84.pdf>. Acesso em: 14 out 2017.

COSTA, Dilvanir José da Costa. Inovações principais do novo código civil. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, Belo Horizonte, n. 41, p. 129-179, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Curso de direito civil brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

NERILO, Lúcia Fabrete Lopes. A Trajetória histórico-evolutiva dos contratos até o Novo Código Civil. **Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina**, Florianópolis, v. 14, p. 237, 2002.

A NATUREZA JURÍDICA, ALGUMAS (DES) SEMELHANÇAS COM OUTROS INSTITUTOS E AS IMPLICAÇÕES REGISTRAS DECORRENTES DA NORMATIZAÇÃO DO DIREITO DE LAJE

Catharine Black Lipp João¹

¹ Mestranda em Direitos Indisponíveis e Pós-Graduada em Direito Público pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). Advogada. E-mail: catharinejoao@gmail.com

Resumo

O presente artigo pretende apresentar alguns aspectos relevantes às disposições legais do novo direito real, inserido no Código Civil pela Lei 13.465, de 11 de julho de 2017, qual seja o Direito de Laje. Para tanto, será, de início, abordado o contexto de instituição da nova figura no ordenamento jurídico como instrumento de concretização do direito fundamental social à moradia. A partir disso, analisar-se-ão os elementos que regulam a temática, com o intuito de examinar qual seria a natureza jurídica do referido direito, entre os quais será também observado o tratamento conferido ao instituto pelo Registro de Imóveis. Por fim, algumas considerações serão feitas sobre pontos de proximidade e de afastamento com o direito real de superfície e as figuras dos condomínios. O Método de abordagem é o indutivo e a técnica de pesquisa é bibliográfica.

Palavras-chave: Direito de laje. Direitos reais. Moradia. Propriedade. Urbanização.

Abstract

The present article intends to present some relevant aspects related to the legal provisions of the new real right included in the Civil Code by Law 13.465, of July 11, 2017, which is that of the slab right. To do so, it will be, at first, approached the context of institution of the new figure in the legal system, as an implementation instrument of the fundamental social right to housing. From this, the elements that regulate the subject will be analyzed in order to examine what would be the legal nature of this right, among which will also be observed the treatment conferred to the institute by the land register. Finally, some considerations will be made on points of proximity and distance with the real right of surface and the figures of the condominiums. The method of approach is the inductive one and the research technique is bibliographical.

Keywords: Housing. Property. Real Rights. Slab Right. Urbanisation.

1 Considerações iniciais

Nota-se que, para que se possa refletir sobre as condições para uma “cidade sustentável” deve-se, antes, observar que os aspectos específicos do processo de urbanização brasileiro, em um contexto de desigualdades sociais e de limitado acesso à propriedade, “fazem com que o enfrentamento da precariedade habitacional, da informalidade urbana e do passivo ambiental e social, seja o desafio ambiental urbano prioritário” (FERREIRA; FERRARA, 2015, p. 38).

Há muito, é uma realidade nas favelas brasileiras, a pactuação, a qual envolve o direito de adquirir ou de construir sobre a laje de cobertura ou do subsolo de outra construção por meio de um “negócio jurídico originalmente de cunho eminentemente social” (LIMA, 2017, p. 480). À laje faltava o reconhecimento como direito e a regulação efetiva das relações sociais que sobre ela eram então estabelecidas de modo inseguro e propício a gerar conflitos entre as partes contratantes. Inclusive, diversas implicações no dia a dia dos adquirentes de lajes nas favelas também resultavam do fato de que não eram considerados proprietários de endereços residenciais oficiais, devido às dificuldades

de encontrar trabalho no mercado formal, de abrir conta bancária, de ter acesso a crédito, de receber correspondência, de ter acesso à Justiça [...], dentre outros direitos que o Estado, por determinação constitucional, lhes deveria assegurar. (CORRÊA; MENEZES, 2016, p. 88).

Nesse sentido, mostrou-se necessário “formular e implantar políticas de regularização fundiária desses assentamentos ilegais, como é o caso das favelas brasileiras, visando a promover a urbanização das áreas e reconhecer os direitos dos moradores” (BARBOSA, 2010, p. 237). Assim, de modo a compatibilizar o direito com as demandas da atual realidade social do país, no que diz respeito às condições espaciais de inúmeras moradias, o legislador instituiu o direito real de laje no Código Civil.

Com essa inovação no diploma civil, buscou-se trazer para a formalidade a situação de moradia daqueles cidadãos que faticamente já viviam dessa maneira à margem da sociedade, atuando não apenas como instrumento de regularização urbanística, mas como meio de dignificação dessas moradias e daqueles que passarão a ser, enfim, por direito reconhecidos, seus titulares.

O presente artigo busca examinar os principais aspectos de regulação trazidos pela lei para a constituição desse novo direito, baseando-se em uma análise da sua natureza jurídica, da sua concretização efetiva perante o Registro de Imóveis e de algumas comparações com outros institutos jurídicos.

2 Direito à moradia

A partir da alteração trazida pela Emenda Constitucional nº 26, de 2000, encontra-se presente no rol do artigo 6º da Constituição Federal o direito à moradia como direito fundamental social. Em atenção à dupla dimensão dos direitos fundamentais, Sarlet esclarece, que, por um lado, “na sua condição como direito de defesa (negativo) a moradia encontra-se protegida contra a violação por parte do Estado e dos particulares, no sentido de um direito da pessoa a não ser privada de uma moradia digna” (2015, p. 344), enquanto, por outro, “na condição de direito positivo, também o direito à moradia abrange prestações fáticas e normativas, que se traduzem em medidas de proteção e de caráter organizatório e procedimental” (SARLET, 2015, p. 346). A respeito dos direitos sociais, esclarece Bobbio que estes “exigem, para sua realização prática, ou seja, para a passagem da declaração puramente verbal à sua proteção efetiva [...] a ampliação dos poderes do Estado” (BOBBIO, 2004, p. 35).

Pelo exposto, depreendem-se duas considerações básicas, quais sejam as de que a) o direito à moradia é um direito de todos os indivíduos; e b) o Estado deve garantir prestações fáticas e normativas para a proteção e regulação desse direito. Por conseguinte, a partir do reconhecimento de que “as exigências de

direitos sociais tornaram-se tanto mais numerosas quanto mais rápida e profunda foi a transformação da sociedade” (BOBBIO, 2004, p. 37), cabe ao Estado acompanhar tais transformações que se manifestam com o fim de prestar faticamente e/ou de normatizar os direitos sociais a elas correspondentes.

Na prática, em face da crescente e desordenada ocupação urbana, destaca-se que, embora não seja atual o último censo demográfico realizado pelo IBGE, “em 2010, 6% da população do País (11.425.644 pessoas) morava em aglomerados subnormais” (BRASIL, 2011, p. 38). Assim, diante da realidade social contemporânea, exigiu-se a concretização de intervenções públicas e de prestações normativas por parte do Estado para fins de regularização dessa nova espécie de habitação que há muito já se observa.

Claro está que “o Estado deve intervir no mercado para facilitar as transações sobre os direitos de propriedade, dotando a sociedade de determinados mecanismos que, por um lado, garantam o direito de propriedade e, por outro, facilitem tais transações” (LIMA, 2017, p. 260). É nesse contexto que surgiu, recentemente, como um dos meios legais de proteção do direito fundamental social à moradia, a criação do instituto a ser apresentado no presente artigo, o direito de laje.

3 O direito de laje

Em virtude da Lei 13.465, de 11 de julho de 2017, fruto da conversão da Medida Provisória 759/2016, o Código Civil conta atualmente com uma nova espécie de direito real inserida no rol do artigo 1.225, no inciso XIII, o direito real à laje. As bases para o conceito do referido instituto estão previstas no artigo 1.510-A caput e §1º. Trata-se de unidade imobiliária autônoma, distinta daquela originalmente construída sobre o solo, que compreende a superfície superior ou inferior desta construção pública ou privada e tomada em projeção vertical. Importa notar que o direito de laje engloba não apenas a popular noção da laje enquanto andar verticalmente ascendente (o conhecido

puxadinho), mas também o subsolo do terreno. Contempla-se, portanto, tanto a laje aérea (ou laje em sobrelevação), quanto a subterrânea (ou laje em infrapartição).

Observa-se que “ao se mencionar ‘laje’ o interlocutor é capaz de exemplificar e visualizar o que se expressa, dando um primeiro (e fundamental) passo para a operabilidade” (FARIAS; DEBS; DIAS, 2018, p. 25). De acordo com Oliveira, o legislador optou pela adoção desse termo, na medida em que tal “nomenclatura atécnica atende a um objetivo maior: aproximar o Direito do homem comum” (2017, p. 5). Ao fazê-lo, a lei está a

respeitar a origem do instituto, nascido que foi diretamente dos meandros das relações sociais, denominado de forma que o povo, o homem/mulher comum compreende, com clareza e objetividade, dignificando, sobremaneira, o novo direito real. (FARIAS; DEBS; DIAS, 2018, p. 25).

Feitas breves considerações para ilustrar no que consiste faticamente o direito de laje, faz-se necessário analisar a natureza jurídica do instituto. Para tanto, importa verificar que o artigo 1.510-A do Código Civil caracteriza a laje como “unidade distinta” (caput), “unidade imobiliária autônoma” (§1º), com “matrícula própria” (§3º) e com autonomia tributária (§2º). Nesse contexto, diante da constituição de uma unidade imobiliária autônoma em relação às edificações já existentes no terreno, percebe-se

o completo afastamento do princípio da gravitação jurídica, de modo que a titularidade do solo não implicará a titularidade da nova construção, nem o contrário, a titularidade da nova construção não implicará a titularidade de fração ideal do solo. (FIUZA; COUTO, 2017, p. 3).

Sobre isso, a *mens legis* é clara ao facultar aos titulares da laje o seu uso, gozo e disposição, conforme previsto no §3º do artigo 1.510-A, em semelhança à redação contida no caput do artigo 1.228. Característica relevante diz respeito ao fato de que a unidade imobiliária autônoma terá matrícula própria perante o Registro de Imóveis, em conformidade com o princípio da unidade de matrícula ou unicidade matricial do Direito Regis-

tral Imobiliário. Tal princípio “determina que cada imóvel tenha apenas uma matrícula e que cada matrícula diga respeito apenas a um imóvel” (PADOIN, 2011, p. 90), em consonância com o artigo 176, §1º, I da Lei 6.015/73 que dispõe sobre os registros públicos.

Essa autonomia registral da laje é expressa no §3º do artigo 1.510-A do Código Civil e regulada no §9º do artigo 176, da Lei dos Registros Públicos, nos seguintes termos: “a instituição do direito real de laje ocorrerá por meio da abertura de uma matrícula própria no registro de imóveis e por meio da averbação desse fato na matrícula da construção-base e nas matrículas de lajes anteriores, com remissão recíproca” (BRASIL, 1973).

Portanto, o direito de laje, no que diz respeito à sua natureza jurídica, trata-se efetivamente de “um novo direito real sobre coisa própria, ao lado do direito real de propriedade” (OLIVEIRA, 2017, p. 6). Com a formulação do direito de laje como sendo um direito real de propriedade, ao lajeário, segundo a lição de Rizzardo, “inclusive lhe assiste reivindicar o imóvel adquirido a partir da laje, incidindo o direito de sequela, e reconhecendo-se o uso das ações possessórias, com a reintegração e a manutenção de posse” (2017, p. 267).

Ainda no que diz respeito ao direito de laje, prevê o artigo 1.510-E do Código Civil que, salvo nos casos em que este for instituído como laje subterrânea (ou em infrapartição) e nos casos em que a construção-base não for reconstruída em 5 anos, a ruína da construção-base implicará na sua extinção, sendo que, diante disso, o parágrafo único assegura ao lajeário o direito à eventual reparação civil pelos danos contra o culpado pela ruína.

Também merece destaque a previsão do §6º do artigo 1.510-A, relativa à possibilidade de lajes sucessivas, desde que sejam respeitadas as posturas edilícias e urbanísticas vigentes e que haja autorização expressa dos titulares tanto da construção-base quanto das demais lajes. Classifica-se que “a laje de primeiro grau é a que, em primeiro lugar, repousa sobre ou sob a construção-base. A de segundo grau é a que segue após a laje de primeiro grau. E assim sucessivamente” (OLIVEIRA, 2017, p. 8).

No que diz respeito às regras urbanísticas que podem ser dispostas pelos Municípios, conforme o §5º do artigo em questão, Oliveira esclarece que aquilo que se “pode restringir é o uso da laje ou edificações sobre elas, mas não impedir a mera constituição de um direito real de laje” (2017, p. 9). Assim, caso futuras construções venham a construir desatendendo a legislação municipal, isso poderá implicar na impossibilidade de serem averbadas, salvo mediante apresentação de “Habite-se” ou documento semelhante pelo Município.

Ainda, sobre o registro das lajes sucessivas, observa-se que só será possível

registrar um direito real de laje de segundo grau se, na matrícula da laje anterior, já tiver sido averbada alguma construção. Não se pode estabelecer direitos reais de lajes sucessivos no espaço aéreo sem a existência material e concreta de uma construção. (OLIVEIRA, 2017, p. 8).

Tanto o é que, como visto, diante da não reconstrução da construção-base objeto de ruína, extingue-se o direito de laje. Por outro lado, sendo o caso de laje subterrânea, não há necessidade de se exigir uma prévia averbação de uma construção na laje anterior.

Além disso, embora a instituição do direito real de laje não enseje a incidência de tributos, “a transferência deste direito a terceiro pelo titular registral, estará sujeita a tributação, nos moldes das legislações estaduais e municipais” (FIUZA; COUTO, 2017, p. 15), sendo certo que “se o direito de laje for transferido a título gratuito, estará sujeito à incidência de ITCMD. Se for onerosa a transmissão, haverá incidência de ITBI” (FIUZA; COUTO, 2017, p. 15).

4 Direito de laje e direito de superfície

Reconhece-se que, antes do surgimento das referidas inovações legislativas a respeito do direito de laje, a solução para os casos era dada a partir das disposições referentes ao direi-

to de superfície, com base na pioneira tese de Mazzei (2007). Sobre isso, “a solução, a seu tempo, era fundamental para se tentar dar aos alijados mecanismos para a tutela de seu direito e um mínimo de possibilidade de aproveitamento econômico e transmissão com validade jurídica. Mas não era o suficiente” (FARIAS; DEBS; DIAS, 2018, p. 23). No entanto, ainda existam autores que compreendem que o direito de laje “constitui uma espécie do já consagrado direito real de superfície (artigos 1.369 a 1.377 do CC)” (VALENTE, 2017). Para Stolze e Viana o direito de laje trata de

direito real sobre coisa alheia - com amplitude considerável, mas que com a propriedade não se confunde -, limitado à unidade imobiliária autônoma erigida acima da superfície superior ou abaixo da superfície inferior de uma construção original de propriedade de outrem. (2017, p. 3).

Ocorre que, diante do que fora anteriormente abordado, não parece que esta seja a compreensão mais adequada. Nos termos legais, o direito de superfície é temporário, pois se dá por tempo determinado (artigo 1.369), ou, admitindo-se a previsão do Estatuto da Cidade, por prazo indeterminado a ser extinto pelo termo da condição resolutiva (artigo 23, I, Estatuto da Cidade), diferentemente do direito de laje, o qual é marcado pela perenidade, conforme se depreende do artigo 1.510-E. A esse respeito, ensina Rizzardo que o direito de laje se distingue do direito de superfície na medida em que este “envolve também o direito de plantar, tendo prazo determinado ou indeterminado, mas nunca sendo definitiva a transferência, diferentemente do direito de laje” (2017, p. 266).

Não obstante a própria existência de previsão expressa dos poderes inerentes à propriedade, a abertura de matrícula autônoma estabelecida para o direito de laje também demonstra a inadequação de atribuir-se a natureza de direito real sobre coisa alheia para o instituto, tendo em vista que, nos casos de direito de superfície, “todos os atos relacionados à propriedade do solo e à propriedade superficiária permanecerão inscritos em matrícula única” (FIUZA; COUTO, 2017, p. 4).

5 Direito de laje e a figura dos condomínios

Salienta-se que o direito de laje não se confunde com a figura do condomínio, tendo em vista que, de acordo com o §4º do artigo 1.510-A, “a instituição do direito de laje não implica a atribuição de fração ideal de terreno ao titular da laje ou a participação proporcional em áreas já edificadas” (BRASIL, 2002). Ao passo que, no condomínio geral, ao condômino corresponde uma fração ideal sobre todo o bem, e no condomínio edilício, ao condômino corresponde uma fração ideal sobre a parte comum. No entanto, há pontos do direito de laje que a ela se relacionam, quais sejam a pluralidade de titulares, as partes estruturais que servem a todo o edifício (artigo 1.510-C, §1º) e o direito de preferência entre os titulares (artigo 1.510-D).

Relativamente ao condomínio edilício, o próprio caput do artigo 1.510-C expressamente considera as suas normas, no que couberem, aplicáveis ao direito de laje. Sobre o condomínio geral, em que é assegurado o direito de preferência na alienação de uma fração ideal aos demais condôminos (artigo 504), percebe-se correspondência no que toca à preferência na alienação de um dos direitos reais de lajes ao titular da construção-base e aos demais titulares de lajes (artigo 1.510-D, §1º, §2º). Neste ponto, destaca-se que tal direito de preferência é, inclusive, protegido pelos incisos X e XI, do artigo 799, do Código de Processo Civil, os quais consideram como incumbência do exequente requerer a intimação dos titulares das lajes e da construção-base nos casos de penhora. O objetivo das disposições processuais é “oportunizar a ressalva dos direitos dos titulares, oportunizando, inclusive, a faculdade de pagamento da dívida, para se ressarcir, posteriormente, no bem penhorado, com o que se evitará a alienação a terceiros” (RIZZARDO, 2017, p. 267).

6 Considerações finais

Claro é que a instituição dos direitos de propriedade “se destina ao respeito dos direitos privados, da identificação proprietária, da designação proprietária e dos meios de defesa da propriedade” (LIMA, 2017, p. 260). Nesse contexto, pode-se considerar que a informalidade da propriedade é um fator que contribui para a insustentabilidade urbana (FERREIRA; FERRARA, 2015, p. 38).

A partir da investigação feita sobre o conteúdo, previsto na lei 13.456/2017, relativo ao direito de laje, possibilitou-se a compreensão do novo direito real como direito de propriedade, refutando-se a sua concepção enquanto direito de superfície ou condomínio – embora guardem com eles alguma relação. Dessa forma, o direito promoveu a condição de proprietário ao lajetário a partir da constituição da sua laje aérea ou subterrânea em matrícula própria perante o Registro de Imóveis, para os fins de lhe conferir publicidade e oponibilidade perante terceiros.

Portanto, entende-se ser possível que venham a surgir no futuro controvérsias doutrinárias ou judiciais a respeito do novo texto legal ou da sua aplicação prática. É forçoso reconhecer a previsão do direito de laje como um avanço legislativo em prol da tipificação de uma realidade social, da formalidade proprietária, da redução de incertezas e da regularização fundiária urbana. Em outras palavras, a inovação legislativa “representa a voz democrática dos brasileiros por um Direito Civil capaz de respaldar políticas públicas destinadas a garantir a ocupação formal dos imóveis” (OLIVEIRA, 2017, p. 2).

Referências

- BARBOSA, Kênia de Souza. Dinâmica urbana e a legalização da produção do espaço (i)legal. In. Congresso Brasileiro de Direito Urbanístico, 5, 2010, Manaus. **Anais... 2010**. Porto Alegre: Magister, 2009.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE. **Censo demográfico 2010**. aglomerados subnormais. primeiros resultados. Rio de Janeiro, p. 1-259, 2011. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/92/cd_2010_aglomerados_subnormais.pdf>. Acesso em: 15 mai. 2018.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 13 out. 1988.
- BRASIL. Emenda Constitucional nº 26, de 14 de fevereiro de 2000. Altera a redação do art. 6º da Constituição Federal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 15 fev. 2000.
- BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 jan. 2002.
- 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 13.456, de 26 de junho de 2017. Altera o Programa de que trata a Lei nº 13.189, de 19 de novembro de 2015, para denominá-lo Programa Seguro-Emprego e para prorrogar seu prazo de vigência. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 27 jun. 2017.
- BRASIL. Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017. Dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana, sobre a liquidação de créditos concedidos aos assentados da reforma agrária e sobre a regularização fundiária no âmbito da Amazônia Legal; institui mecanismos para aprimorar a eficiência dos procedimentos de alienação de imóveis da União; altera as Leis nos 8.629, de 25 de fevereiro de 1993, 13.001, de 20 de junho de 2014, 11.952, de 25 de junho de 2009, 13.340, de 28 de setembro de 2016, 8.666, de

21 de junho de 1993, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 12.512, de 14 de outubro de 2011, 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), 11.977, de 7 de julho de 2009, 9.514, de 20 de novembro de 1997, 11.124, de 16 de junho de 2005, 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 10.257, de 10 de julho de 2001, 12.651, de 25 de maio de 2012, 13.240, de 30 de dezembro de 2015, 9.636, de 15 de maio de 1998, 8.036, de 11 de maio de 1990, 13.139, de 26 de junho de 2015, 11.483, de 31 de maio de 2007, e a 12.712, de 30 de agosto de 2012, a Medida Provisória no 2.220, de 4 de setembro de 2001, e os Decretos-Leis nos 2.398, de 21 de dezembro de 1987, 1.876, de 15 de julho de 1981, 9.760, de 5 de setembro de 1946, e 3.365, de 21 de junho de 1941; revoga dispositivos da Lei Complementar no 76, de 6 de julho de 1993, e da Lei no 13.347, de 10 de outubro de 2016; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 12 jul. 2017.

BRASIL. Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 31 dez. 1973.

BRASIL. Medida Provisória nº 759, de 22 de dezembro de 2016. Dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana, sobre a liquidação de créditos concedidos aos assentados da reforma agrária e sobre a regularização fundiária no âmbito da Amazônia Legal, institui mecanismos para aprimorar a eficiência dos procedimentos de alienação de imóveis da União, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 23 dez. 2016.

CORRÊA, Claudia Franco; MENEZES, Juliana Barcellos da Cunha e. A regularização fundiária nas favelas nos casos de "direito de laje": construindo pontes entre o direito inoficial e o direito vigente. In: CONPEDI (org.). **Direito urbanístico, cidade e alteridade**. Florianópolis: CONPEDI, 2016. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/y0ii48h0/929a805v/1P20biS8TwWo-xxf8.pdf>>. Acesso em: 16 mai. 2018

FARIAS, Cristiano Chaves de; DEBS, Martha El; DIAS, Wagner Inácio Dias. **Direito de laje: do puxadinho à digna moradia**. Salvador: JusPodivm, 2018.

FERREIRA, João Sette Whitaker; FERRARA, Luciana. A formulação de uma nova matriz urbana no Brasil, baseada na justiça socioambiental. In: BRASIL, Ministério do Meio Ambiente (Org.) **Sustentabilidade urbana: impactos do desenvolvimento econômico e suas consequências sobre o processo de urbanização em países emergentes**. Brasília: MMA, 2015.

FIUZA, César Augusto de Castro; COUTO, Marcelo de Rezende Campos Marinho. Ensaio sobre o direito real de laje como previsto na Lei 13.465/2017. **Revista Eletrônica de Direito Civil**, Rio de Janeiro, a. 6., n. 2., p. 1-21. 2017. Disponível em: <<http://civilistica.com/ensaio-sobre-o-direito-real-de-laje/>>. Acesso: 15 mai. 2018.

LIMA, Frederico Henrique Viegas de. Direito de laje: características e estrutura. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, v. 83, p. 477-494, jul./dez. 2017a.

_____. Direito de laje: uma visão da catedral. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, v. 82, p. 251-280, jan./jun. 2017b.

MAZZEI, Rodrigo Reis. **O direito de superfície no ordenamento jurídico brasileiro**. 2007. 406 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp040916.pdf>>. Acesso em: 15 mai. 2018.

OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. **Direito real de laje à luz da lei nº 13.465, de 2017: nova lei, nova hermenêutica**. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, jul. 2017 (Texto para Discussão nº 238). Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td238/view>>. Acesso em: 15 mai. 2018.

PADOIN, Fabiana Fachinetto. **Direito notarial e registral**. Ijuí: Unijuí, 2011.

RIZZARDO, Arnaldo. O direito real de laje. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 986, p. 263-275, dez. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

STOLZE, Pablo; VIANA, Salomão. Direito Real de Laje - Finalmente, a Lei! **Revista de Direito UNIFACS - Debate Virtual**, Salvador, n. 207, p. 1-11, 2017. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/5066/3225>>. Acesso em: 15 mai. 2018.

VALENTE, Rubem. **O direito real de laje no ordenamento jurídico brasileiro**. 2017. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2017/06/19/o-direito-real-de-laje-no-ordenamento-juridico-brasileiro/>>. Acesso em: 15 mai. 2018.

SEGURANÇA JURÍDICA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Alexandre Prevedello¹

Pedro Guilherme Ramos Guarnieri²

1 Mestrando em Direito na Fundação Escola Superior do Ministério Público do RS (FMP). Assessor de Desembargador no Tribunal de Justiça do RS (TJRS). Especialista em Processo Civil (UFRGS) e em Direito Constitucional (UNISUL). Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7268769170091911>. E-mail: aleprevedello@hotmail.com.

2 Mestrando em Direito na Fundação Escola Superior do Ministério Público do RS (FMPRS). Secretário de Desembargador no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS). Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/3045935219418725>. E-mail: pedroguarnieri05@gmail.com.

Resumo

Este ensaio investiga, mediante uma abordagem dedutiva, a configuração do princípio da segurança jurídica no âmbito do Novo Código de Processo Civil (2015). Primeiro, conceitua-se e delimita-se o alcance do princípio da segurança jurídica no direito pátrio para, em um segundo momento, examinar-se as alterações promovidas pelo novo regramento nos principais institutos processuais que o concretizam (preclusão, coisa julgada, formalismo processual e sistema de precedentes). Conclui-se que as modificações em tais institutos podem ser consideradas (com exceção da norma veiculada no artigo 525, §15º) positivas para o fim específico de estabilidade, confiabilidade e efetividade das situações processuais e, assim, para o objetivo geral de proteger e preservar as justas expectativas das pessoas.

Palavras-chave: Segurança jurídica. Processo civil. Coisa julgada. Preclusão. Precedentes.

Abstract

This essay investigates, through a deductive approach, the configuration of the Principle of Legal Certainty in the scope of the New Code of Civil Procedure (2015). First, it is conceptualized and delimited the reach of Principle of Legal Certainty in the Brazilian law, in order to - secondly - examine the changes introduced by the new regulation in the main procedural institutes that make it concrete (preclusion, res judicata, procedural formalism and system of precedents). It is concluded that modifications in such institutes can be considered positive (except for the norm published in article 525, §15) for the specific purpose of stability, reliability and effectiveness of process situations and, therefore, for the general objective of protecting and preserve people's fair expectations.

Keywords: Legal Certainty. Civil Procedure. Res judicata. Preclusion. Precedents.

1 Considerações iniciais

Com o advento da Constituição Federal de 1988 houve o incremento dos litígios judiciais pela facilitação do acesso à justiça e pela positivação de novos direitos, especialmente em matérias referentes a direitos individuais homogêneos e direitos coletivos, os quais exigiam soluções jurídicas semelhantes que não ocorreram, ensejando outro acréscimo, mas com aspecto negativo: insegurança jurídica resultante da disparidade de posicionamento nas decisões de juízes e Tribunais.

A segurança jurídica é intrínseca ao Estado Democrático de Direito e consubstancia-se em um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (mencionada expressamente no preâmbulo e no *caput* do artigo 5º da CF/88), tendo por objetivo a garantia da estabilidade do ordenamento jurídico e a proteção da legítima confiança (previsibilidade da manifestação do Poder Público).

Por sua vez, o direito fundamental à segurança jurídica no processo civil manifesta-se do início ao fim deste, inclusive após a decisão judicial definitiva, tendo por escopo a garantia da estabilidade, a confiabilidade e a efetividade das situações jurídicas processuais. Logo, o direito fundamental à segurança jurídica constitui matéria relevante na teoria geral do processo civil, pois se relaciona diretamente com outros direitos fundamentais processuais (v.g., ampla defesa, contraditório e fundamentação das decisões). Aquele também é indispensável para delimitação de vários institutos, em especial a coisa julgada, a preclusão e a forma processual e fundamenta o sistema de precedentes judiciais, cuja instauração definitiva ocorreu no CPC/2015.

O desenvolvimento deste trabalho, que utilizará uma abordagem dedutiva, ocorrerá em duas etapas. Primeiro, buscar-se-á conceituar e delimitar o princípio da segurança jurídica no direito pátrio. Após, examinar-se-á os principais institutos que concretizam o princípio da segurança jurídica no processo civil, enfatizando algumas das alterações promovidas pelo novo regramento em vigor desde 2016.

2 Princípio da segurança jurídica

A finalidade do direito é a justiça, mas a formulação das normas jurídicas nem sempre tem como escopo principal concretizá-la. A positivação do direito, em geral, tem como objetivo garantir segurança e certeza na vida social (direito como instrumento de segurança), na importante lição de Silva (2009, p. 15).

A justiça e a segurança são, portanto, os valores que embasam a existência do direito, havendo correspondência entre ambos – “segurança não é renúncia à justiça, mas sua promoção” (ÁVILA, 2014, 673) –, pois o direito seguro (segurança do direito positivado) nem sempre será justo – como ocorre nos sistemas autoritários. Por outro lado, o direito inseguro será necessariamente injusto, na medida em que não assegura o princípio da igualdade, motivo da procura pelo “direito seguro legítimo, que é aquele que vale para todos” (SILVA, 2009, p. 15).

Assim, a segurança jurídica³ é intrínseca ao Estado Democrático de Direito, tendo, conforme ensina Canotilho (2003, p. 264), um objetivo duplo de garantia da estabilidade do ordenamento jurídico e da proteção da legítima confiança, circunstâncias que garantem a previsibilidade acerca da atuação do Poder Público se efetivamente concretizadas.

O princípio da segurança jurídica é direcionado aos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário⁴, pretendendo-se examinar a atuação do Estado-Juiz em relação ao seu dever de

3 A expressão segurança jurídica, para Barroso (2009, p. 139-140), significa: “1. a existência de instituições estatais dotadas de poder e garantias, assim como sujeitas ao princípio da legalidade; 2. a confiança nos atos do Poder Público, que deverão reger-se pela boa-fé e pela razoabilidade; 3. a estabilidade das relações jurídicas, manifestada na durabilidade das normas, na anterioridade das leis em relação aos fatos sobre os quais incidem e na conservação de direitos em face da lei nova; 4. a previsibilidade dos comportamentos, tanto os que devem ser seguidos como os que devem ser suportados; 5. a igualdade na lei e perante a lei, inclusive com soluções isonômicas para situações idênticas ou próximas”.

4 Nesse sentido, Ávila (2014, p. 282) define segurança jurídica como “uma norma-princípio que exige, dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, a adoção de comportamentos que contribuam mais para a existência, em benefício dos cidadãos e na sua perspectiva, de um estado de confiabilidade e de calculabilidade jurídica, com base na sua cognoscibilidade, por meio da controlabilidade jurídico-racional das estruturas argumentativas reconstrutivas de normas gerais e individuais, como instrumento garantidor do respeito à sua capacidade de – sem engano, frustração, surpresa e arbitrariedade – plasmar digna e responsabilmente o seu presente e fazer um planejamento estratégico juridicamente informado do seu futuro”.

concretizá-la no processo civil, registrando que a inexistência de menção expressa na CF/88 acerca da correspondência entre segurança e processo não afasta o reconhecimento do *direito fundamental à segurança jurídica no processo civil*.

3 Segurança jurídica no processo civil

Todo ramo do direito possui normas concernentes a resguardar a segurança jurídica. A adequada delimitação de sua eficácia e funcionalidade é imprescindível para que o ordenamento jurídico de um determinado Estado seja considerado estável, previsível e coerente. Isso significa que a “segurança jurídica no processo é elemento central na conformação do direito ao processo justo”, cujo âmbito de proteção é a segurança no processo e pelo processo a partir do direito “à certeza, à estabilidade, à confiabilidade e à efetividade das situações jurídicas processuais” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2014, p. 759), isto é, o estudo das dimensões da segurança jurídica frente às normas do processo civil.

Nesse sentido, exige-se respeito, consoante Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2014, p. 759), à (a) preclusão; (b) à coisa julgada; (c) à forma processual em geral; e (d) ao precedente judicial. Tais institutos jurídicos sofreram modificações significativas no novo Código de Processo Civil (BRASIL, 2015), cujo objetivo foi sistematizar o direito processual civil ao modelo constitucional vigente. Logo, impende examinar brevemente cada um desses institutos jurídicos e apontar, na medida do possível, alguns avanços e retrocessos decorrentes das novas normas que os compõem. Inicia-se pela preclusão.

3.1 Preclusão

A preclusão, definida ordinariamente como a perda de uma faculdade processual e, assim, a impossibilidade de realização do ato no mesmo processo, contribui para o seu transcurso de maneira ordenada e eficiente ao tornar “*certa e estável* dentro

do processo a situação jurídica consolidada, outorgando *expectativa legítima* às partes no não retrocesso do procedimento e *direito à observância do resultado da preclusão*” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2014, p. 760).

Inserida em um ambiente colaborativo, adotado expressamente pelo novo CPC, a preclusão relaciona-se com outros institutos que versam sobre a proibição de comportamentos incompatíveis⁵, tais como, na classificação proposta por Cabral (2014, p. 130-138), a) a boa-fé processual e a segurança das expectativas; b) o princípio da proteção da confiança; c) a proibição do comportamento contraditório (*nemo potest venire contra factum proprium*); e, ainda, a denominada (d) *Verwirkung*⁶.

Destaca-se a alteração do regime das preclusões quanto ao momento da impugnação de decisões interlocutórias na etapa de conhecimento (artigo 507 c/c artigo 1.009, §1º) e, assim, do período em que se consideram preclusas⁷, de modo a atribuir maior dinâmica ao processo.

Outra novidade é a possibilidade de o juiz dilatar os prazos instrutórios desde que antes de encerrados (artigo 139, VI, e parágrafo único). A opção legislativa privilegia o direito à prova e assegura acréscimo de qualidade quando da resolução da causa; assim, “o dispositivo se coloca mais a favor da segurança jurídica (na acepção de certeza maior do direito a ser declarado em sentença) do que a favor da *efetividade*” (RUBIM, 2016, p. 157).

5 Com efeito, “a preclusão é técnica, pois, a serviço do direito fundamental à segurança jurídica, do direito à efetividade (como impulsionadora do processo) e da proteção à boa-fé. É importante essa observação: como técnica, a preclusão deve ser pensada e aplicada em função dos valores a que busca proteger” (DIDIER JR., 2015, p. 419).

6 Segundo Cabral, “trata-se da extinção de uma posição processual pela inatividade prolongada em exercê-la, ou seja, a inadmissibilidade, fundada na boa-fé objetiva, do exercício de um direito em virtude de seu retardamento desleal por longo período de tempo. É a omissão reiterada que se torna vinculante pela criação de expectativa pela manutenção daquele comportamento omissivo”. (2014, p. 137).

7 Se sujeitas à interposição de agravo de instrumento e a parte não praticou o ato, a preclusão é imediata; se não sujeitas ao recurso será diferida, ocorrendo apenas ao final do procedimento, caso a questão não tenha sido suscitada em apelação ou em contrarrazões.

3.2 Coisa julgada

O instituto da coisa julgada material diz respeito à estabilidade das relações sociais (pacificação social pela eliminação definitiva da controvérsia) e suscita debates que vão desde a sua definição normativa (princípio ou regra⁸) até as decisões que ensejam sua intangibilidade.

O legislador atual conceituou a coisa julgada material no artigo 502, revelando-se expressiva a exclusão da menção à sentença como o único provimento judicial capaz de produzi-la. Alcança-se, portanto, as “decisões de mérito não mais sujeitas a recurso” (BRASIL, 2015), tendo tal modificação o objetivo principal de incluir as decisões proferidas com fundamento nos artigos 355 e 356. O novo ordenamento também regulamentou a chamada relativização/desconsideração da coisa julgada no artigo 525, §12 a 15, reiterando o regramento na impugnação apresentada pela Fazenda Pública – artigo 535, §§ 5º a 8º.

Os §12 a 14º do artigo 525º visaram sanar algumas controvérsias que decorriam da redação constante no CPC/73 (artigos 475-L, §1º, e 741); com tal propósito consta que a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) pode ter sido proferida em controle difuso ou em controle concentrado (§12), assim como deve ser anterior ao trânsito em julgado da decisão exequenda¹⁰ (§14) e é passível de modulação dos efeitos no tempo pelo próprio STF (§13), em atenção à segurança jurídica.

8 Tratando a coisa julgada como princípio e, assim, passível de ponderação em caso de conflito com outros princípios, Cf. Rocha, 2009, p. 166-191. Em sentido contrário, a coisa julgada como regra decorrente do princípio da segurança jurídica e, assim, não sendo objeto de ponderação, Cf. Ávila, 2014, p. 709-710.

9 O Supremo Tribunal Federal já reconheceu a constitucionalidade dos §§12 e 14 do artigo 525 do CPC/2015, sustentando o Relator, Ministro Teori Zavascki, que a regra faz um adequado balanceamento da tensão existente entre os princípios da coisa julgada e da supremacia da Constituição (ADI 2.418-DF, julgada em 04 de maio de 2016).

10 Reichelt (2016, p. 173-174) propõe a desconsideração do marco temporal (trânsito em julgado da decisão exequenda) no caso de não ter havido modulação dos efeitos pelo STF nos moldes do §13 do artigo 525, pois em tal hipótese os efeitos da declaração de inconstitucionalidade retroagem de modo a alcançar fatos anteriores ao trânsito em julgado. Em sentido contrário, o STF tem decidido que a superveniência de decisão de inconstitucionalidade “não se revela apta, só por si, para desconstituir a autoridade da coisa julgada, que traduz, em nosso sistema jurídico, limite insuperável à força retroativa resultante dos pronunciamentos que emanam, ‘in abstracto’, da Suprema Corte” (RE 589513, julgado em Plenário em 17 de março de 2016).

Reichelt refere que uma abordagem sistemática permitiria a desconsideração da coisa julgada sempre que a sentença exequenda destoasse das demais espécies constantes do rol do artigo 927, pois “também elas acabam por se impor de maneira vinculante” (2016, p. 178-179).

A viabilidade de tal proposição dependerá da interpretação da súmula 343 do STF¹¹, pois, se o critério for o da mera inexistência de controvérsia ao tempo da sentença exequenda (sem o concomitante emprego dos adjetivos de violação grave, aberrante e intolerável quanto à interpretação atribuída na decisão objeto de rescisão), a pacificação da jurisprudência por uma das hipóteses constantes do rol do artigo 927 ensejará não só o ajuizamento como a procedência da ação rescisória fundada no artigo 966, V, que, assim, consubstanciar-se-á em mero rito de passagem obrigatório, circunstância que reforçaria a possibilidade jurídica de estender-se o disposto no artigo 525, §12, às demais hipóteses previstas no artigo 927.

Por sua vez, o §15 do artigo 525 dispõe que, se a decisão de inconstitucionalidade ocorrer em momento posterior ao trânsito em julgado, ao vencido será possível propor ação rescisória no prazo de dois anos contados do trânsito em julgado da decisão proferida pelo STF, o que significa a inexistência de prazo fixo, pois o termo inicial depende de evento futuro e incerto.

Referida regra tem sofrido questionamentos quanto à sua constitucionalidade material, pois “acaba com o controle difuso de constitucionalidade dos tribunais e dos juízes”, além de “colocar a coisa julgada sob condição ou em estado de provisoriedade” e, ainda, fundar-se a ação rescisória “na retroatividade do direito superveniente” em manifesta afronta ao artigo 5º, XXXVI, da CF/88 (MARINONI, 2016, p. 275-307).

O destino da ação rescisória ajuizada com amparo no artigo 966, V, também dependerá da interpretação da súmula 343 do STF, pois, se mantido o entendimento de que não há

11 Súmula 343 do STF: Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais.

interpretação controvertida de norma constitucional¹² e, assim, cabível ação rescisória ainda que a decisão rescindenda tenha sido baseada em interpretação controvertida anterior à orientação fixada pelo STF, o julgamento terá de ser necessariamente de procedência¹³.

Há outras alterações importantes quanto ao regramento ordinário da coisa julgada, como (a) a que versa sobre os seus limites objetivos (extensão às questões prejudiciais – artigo 503, §§ 1º e 2º); assim como (b) a coisa julgada processual (artigo 486, §1º); e, ainda, (c) a coisa julgada parcial (artigo 356, cuja problemática já existe no tocante à contagem autônoma do prazo e a regra do artigo 975).

3.3 Formalismo processual

As formas processuais relacionam-se principalmente com as invalidades e fundamentam-se nos princípios da segurança jurídica e da igualdade no processo, tendo, ainda, como objetivo a proteção das partes da arbitrariedade judicial¹⁴.

12 É importante recordar que a súmula 343 do STF foi criada em 13 de dezembro 1963 e decorria, em síntese, de dois argumentos jurídicos: a) o sistema jurídico poderia conviver com duas ou mais linhas de interpretação, desde que não houvesse um entendimento aberrante; b) a necessidade de estabilização das decisões judiciais, sob pena da ação rescisória tornar-se mais um recurso. Nos últimos anos o STF não a adotava quando houvesse violação de norma constitucional, admitindo, portanto, a ação rescisória (nesse sentido o AR 1478, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado pelo Tribunal Pleno, em 17 de novembro de 2011, DJe 31 de janeiro de 2012), ante a força normativa da constituição e a necessidade de máxima efetividade de suas normas, e porque o ajuizamento da ação rescisória seria uma oportunidade para o STF exercer seu papel de guardião da Constituição, unificando os entendimentos e preservando o princípio da isonomia. Entretanto, no julgamento do RE 590.809, Rel. Min. Marco Aurélio, em 22 de outubro de 2014, houve modificação de tal posicionamento para adoção do verbete n. 343 da súmula, inclusive quando a controvérsia de entendimento for baseada na aplicação de norma constitucional. No mesmo sentido foi o julgamento do AR 1415, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, DJe 28 de agosto de 2015.

13 Nesse contexto, sendo possível uma interpretação extensiva para a aplicação do disposto no artigo 525, §12, aos demais casos previstos no artigo 927, não há óbice à adoção do mesmo raciocínio para a hipótese prevista no §15, aumentando consideravelmente a insegurança jurídica pela ausência de estabilidade das decisões judiciais.

14 Nas palavras de Oliveira, “trata-se de disciplinar a desordem e emprestar previsibilidade ao procedimento. O formalismo atua, portanto, de um lado como garantia de liberdade do cidadão em face do eventual arbítrio dos órgãos exercentes do poder do Estado, e de outro como anteparo aos excessos de uma parte em relação à outra, vale dizer, buscando o equilíbrio formal entre os contendores” (2003, p. 217).

O CPC/2015, examinado sistematicamente (e não apenas o título próprio denominado “Das Nulidades”, artigo 276/283), trouxe alterações expressivas que influenciam diretamente o sistema de invalidades. É possível referir, conforme Cabral (2016, p. 117-140), (a) o contraditório como influência e vedação de pronúncia de invalidade de ofício, inclusive das nulidades absolutas – artigos 7º, 9º e 10; (b) a boa-fé e cooperação e sua relação com as invalidades; (c) a vontade e a interpretação dos atos processuais – artigos 322, §2º, e 489, §3º; e (d) o princípio da prevalência da decisão de mérito – artigos 139, IX, 64, §4º, 282, §2º.

Ainda, há (e) o sistema de liberdade das formas, com os negócios jurídicos processuais (artigos 190/200) e com a possibilidade de o juiz realizar a gestão do procedimento (artigo 139, VI); (f) a mudança na redação do artigo 277 do CPC e o fim das nulidades absolutas; (g) as preclusões das invalidades, independentemente do vício, ante o princípio da validade *prima facie* dos atos processuais (artigo 278, parágrafo único e artigo 357, §1º); e, por fim, se tem (h) a causalidade e os deveres de fundamentação, exigindo-se um acentuado ônus argumentativo para superar a validade *prima facie* dos atos do processo (artigo 489, §1º).

3.4 Sistema de precedentes

O novo Código de Processo Civil instaura o sistema de precedentes judiciais de modo definitivo, buscando enfatizar os princípios da igualdade¹⁵ e da segurança jurídica, ou seja, o “legislador decidiu impor – ou pelo menos tentar –, por meio de lei, uma nova cultura no Brasil” (KREBS, 2015, p. 179). Isto é, “na linha evolutiva do direito ocidental, encaminhou-se para a aproximação entre o *civil law* e o *common law*, em matéria de

15 “O valor constitucional tutelado pelo sistema de precedentes das Cortes Supremas não é a unidade do direito, antigo mito através do qual se esconderam instâncias autoritárias dos mais variados gêneros, porém a igualdade, realizada empiricamente mediante a vinculação dos tribunais e juízes ao ‘direito’ delineado pela Corte, dependente da evolução da vida social, aberto ao dinamismo de um sistema voltado à atuação de princípios fundamentais munidos de inesgotável carga axiológica e atento à devida percepção das diferenças” (MARINONI, 2013, p. 280).

reconhecer força de fonte de direito ao precedente jurisprudencial” (THEODORO JUNIOR, 2016, p. 371).

O artigo 927 do novo CPC refere o caráter vinculante dos precedentes mencionados¹⁶, cuja *ratio decidendi* (ou *holding*)¹⁷ deverá ser observada por todos os juízes e tribunais; tarefa complexa ante a existência de razões paralelas de caráter meramente persuasivo (denominadas de *obiter dicta*) e que não representam qualquer regra vinculante¹⁸.

Dentre as inúmeras novidades desse microsistema de precedentes judiciais vinculantes, registra-se o incidente de resolução de demandas repetitivas (artigo 976/987) processado nos tribunais locais. A doutrina, examinando apenas a sua estruturação, o tem considerado como uma contribuição positiva ao ordenamento¹⁹.

4 Conclusão

Os institutos jurídicos que concretizam o direito fundamental à segurança jurídica no processo civil brasileiro sofreram profundas transformações com o advento do CPC/2015, exigindo especial atenção dos operadores para que se cumpra o objetivo de proteger e preservar as justas expectativas das pessoas.

É possível referir que, em geral, as mudanças foram positivas, pois, ao mesmo tempo em que se dinamizou e agregou efetividade ao processo, houve o cuidado em institucionalizar

contrapartidas em favor das razões subjacentes ao princípio da segurança jurídica, evitando-se que o seu núcleo fosse atingido, com exceção do disposto no artigo 525, §15º, o qual veicula norma jurídica inequivocamente inconstitucional.

Este breve estudo, com limitações decorrentes do espaço, serviu também para demonstrar a necessidade de uma investigação mais aprofundada sobre o tema da segurança jurídica no âmbito do processo civil, de modo a delimitar sua eficácia e atribuir-lhe maior funcionalidade. Este serviu, da mesma maneira, para demonstrar o modo de compreender e assegurar meios garantidores da observância da segurança jurídica no âmbito do processo civil, para que este seja, de fato, uma manifestação legítima e confiável do Poder Público.

Referências bibliográficas

ÁVILA, Humberto. Teoria da segurança jurídica. -3. ed. – São Paulo, SP: Malheiros Editores, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. Em Algum Lugar do Passado: Segurança Jurídica, Direito Intertemporal e o Novo Código Civil. In: Rocha, Carmen Lúcia Antunes (org.) Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Sepúlveda Pertence. 2. Ed., rev. e ampl. 1. Reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 13 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.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula 343. **DJ**, 13 dez. 1963.

CABRAL, Antonio do Passo. Coisa julgada e Preclusões Dinâmicas. Entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis, 2ª Ed.. Salvador: Jus Podivm, 2014.

16 “É certo que nem todas as figuras elencadas no art. 927 do CPC são, efetivamente, decisões proferidas por órgãos jurisdicionais, e, portanto, não poderiam ser consideradas moldadas de maneira estrita ao conceito de precedente. É o que acontece, por exemplo, com os enunciados de súmula vinculante e as súmulas editadas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça” (REICHELDT, 2016, p. 226).

17 Marinoni (2013. p. 219-231) enfrenta as dificuldades na conceituação e na identificação da “razão de decidir” e do significado de *obiter dictum*, na medida em que ambos se relacionam.

18 O caráter vinculante não significa a observância inquestionável da *ratio decidendi* a todos os casos similares, impondo-se a sua não aplicação se presentes particularidades relevantes que diferenciem o caso concreto (*distinguish*) ou a própria superação do entendimento consolidado (*overruling*), circunstância que ensejará a necessidade de um reforço argumentativo por todos os atores processuais e não só pelo órgão julgador (art. 489, §1º, VI, do CPC).

19 Cf. CAMBI; FOGAÇA, 2015; TESHEINER; VIAFORE, 2015.

_____. Teoria das nulidades processuais no direito contemporâneo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 41, n. 255, p. 117-140, maio 2016.

CAMBI, Eduardo Augusto Salomão; FOGAÇA, Mateus Vargas. Incidente de resolução de demandas repetitivas no novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v.40, n.243, maio 2015.

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

DIDIER JR, Fredie, *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento* / – 17. Ed. – Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015.

KREBS, Hélio Ricardo Diniz. *Sistemas de precedentes e direitos fundamentais*. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme Bittencourt. A intangibilidade da coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade: impugnação, rescisória e modulação de efeitos. *Revista de processo*, São Paulo, v.41, n.251, (jan. 2016) p. 275-307.

_____. **Precedentes obrigatórios**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**. 2. ed. ver. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

REICHELT, Luis Alberto. Reflexões sobre a relativização da coisa julgada no novo código de processo civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 41, n. 255, p. 167-180, mai. 2016a.

_____. Precedentes Judiciais. In: *Primeiras linhas de direito processual civil* / Luis Alberto Reichelt, Felipe Camilo Dall'Alba, coordenadores; Artur Thompsen Carpes ... [et al.]. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016b.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. O princípio da coisa julgada e o vício de inconstitucionalidade. In: ROCHA, Carmen Lúcia Antunes (Org.). **Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada**. Estudos em homenagem a José

Sepúlveda Pertence. 2. ed., rev. e ampl. 1. Reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

RUBIM, Fernando. *Atos processuais*. In: REICHELT, Luis Alberto, DALL'ALBA, Felipe Camilo (Coord.). **Primeiras linhas de direito processual civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme Bittencourt; MITIDIERO, Daniel Francisco. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SILVA, José Afonso da. *Constituição e Segurança Jurídica*. In: ROCHA, Carmen Lúcia Antunes (Org.). **Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada**. Estudos em homenagem a José Sepúlveda Pertence. 2. ed., rev. e ampl. 1. Reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

TESHEINER, José Maria Rosa; VIAFORE, Daniele. O incidente de resolução de demandas repetitivas no novo Código de Processo Civil. **Revista Brasileira de Direito Processual**, Belo Horizonte, v. 23, n. 91, jul./set. 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Jurisprudência e precedentes vinculantes no novo código de processo civil: demandas repetitivas. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 41, n. 255, p. 359-372, maio 2016.

OS EMPREGADOS HIPERSUFICIENTES À LUZ DA LEI Nº 13.467/2017: DA CONSTITUCIONALIDADE DA ALTERAÇÃO LEGISLATIVA

Suiara Haase Pacheco¹

¹ Advogada especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade IDC - Instituto de Desenvolvimento Cultural - e pela Fundação Escola da Magistratura do Trabalho – FEMARGS -, mestranda pela Fundação Escola Superior do Ministério Público – FMP. Endereço eletrônico: suiara.pacheco@zavagnagraha.com.br

Resumo

O presente estudo busca, em breve síntese, trazer a discussão sobre a constitucionalidade do parágrafo único do artigo 444 e do artigo 507-A da CLT, recentemente trazidos pela Reforma Trabalhista (Lei n. 13.467, que entrou em vigor em 14 de novembro de 2017), que regulamentaram de maneira diversa contratos de empregados que, pelos referidos dispositivos legais, seriam hipersuficientes. Pretende-se estimular o debate quanto à aplicação dos referidos dispositivos ante o risco de permitir-se que um número assombroso de trabalhadores fiquem desamparados, sendo-lhes retirados e sonogados direitos trabalhistas básicos. O artigo traz uma breve revisão histórica das relações laborais quanto aos níveis de subordinação e aborda os possíveis argumentos quanto à constitucionalidade, ou à inconstitucionalidade, dos novos dispositivos legais.

Palavras-chave: Constitucionalidade. Empregados hipersuficientes. Justiça social. Reforma trabalhista.

Abstract

The study intends to bring the discussion about the constitutionality of the articles 444 and 507-A of the Labor Law in Brazil, recently brought by the Labor Reform in Brazil and which regulates differently the contracts of employees that, by the aforementioned legal provisions, would be hypersufficient. The aim of this work is to stimulate the debate on the application of these articles, considering the risk of allowing an astonishing number of workers to be unprotected, with basic labor rights evaded. The study provides a brief historical review of labor relationships and its levels of subordination. It shows the possible arguments regarding the constitutionality or unconstitutionality of these new legal provisions.

Keywords: Constitutionality. Hypersufficient employees. Social justice. Labor law.

1 INTRODUÇÃO

A atual reforma trabalhista, Lei nº 13.467, que entrou em vigor em 14 de novembro de 2017, trouxe novos e diferenciados tratamentos aos altos empregados (os “empregados hipersuficientes”). Foi acrescido ao texto legal dispositivo prevendo a possibilidade do uso da arbitragem “nos contratos individuais de trabalho cuja remuneração seja superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social” (BRASIL, 2017b)².

O artigo 444 da CLT ganhou um parágrafo no qual consta a previsão de possibilidade de “o empregado portador de diploma de nível superior e que perceba salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social” negociar livremente junto ao empregador os termos de seu contrato, ainda que contrariando o disposto na norma coletiva de sua categoria³. Por sua vez, a Constituição da República de 1988, em seu artigo 7º, XXXII, prevê a impossibilidade de “distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos”. O texto se repete no artigo 3º, parágrafo único, da CLT.

A referida disposição não é novidade trazida pela atual Carta Magna, trata-se de princípio já insculpido na Constituição Federal de 1934 (artigo 12, §2º), na Constituição de 1946 (artigo 157, §1º) e, até mesmo, nas Constituições de 1967 e 1969 (DELGADO, 2015, p. 378). Ainda, diante de tal previsão constitucional, a própria CLT e a jurisprudência massiva de nossos

2 CLT - Art. 507-A: Nos contratos individuais de trabalho cuja remuneração seja superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social, poderá ser pactuada cláusula compromissória de arbitragem, desde que por iniciativa do empregado ou mediante a sua concordância expressa, nos termos previstos na Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996.

3 CLT - Art. 444: As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes. Parágrafo único. A livre estipulação a que se refere o caput deste artigo aplica-se às hipóteses previstas no art. 611-A desta Consolidação, com a mesma eficácia legal e preponderância sobre os instrumentos coletivos, no caso de empregado portador de diploma de nível superior e que perceba salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.

tribunais, inclusive do TST, aceita o tratamento diferenciado, ainda que em certa medida, dos chamados “altos empregados”.

O principal exemplo de tal diferenciação está na redação dos artigos 62, II, da CLT, que afasta a obrigação do controle de jornada e, segundo entendimento dominante, do recebimento de horas extras⁴. O mesmo ocorre com o previsto no artigo 224, também da CLT, ao disciplinar tratamento diferenciado aos empregados ocupantes de cargos e funções de confiança no segmento bancário (BRASIL, 1943).

O mero tratamento diferenciado dos empregados hipersuficientes, assim, por si só, não pode ser entendido como violador dos preceitos constitucionais. Os dispositivos trazidos pela Reforma Trabalhista, os quais visam a regulamentação dos “altos empregados”, contudo, se aplicados de maneira genérica (como disposto no texto normativo), afrontam outros dispositivos constitucionais e princípios básicos que regulamentam as relações trabalhistas, como será aqui brevemente estudado.

2 A subordinação na relação empregatícia ao longo da história

A evolução histórica do trabalho e do direito do trabalho nos mostra que a relação de subordinação e a estruturação dos meios de produção hoje são totalmente diversas às existentes há meio século, o que nos obriga a refletir se a atual legislação é capaz de atender a todos os tipos de contrato de trabalho hoje existentes.

Com o cristianismo, o trabalho intelectual, que na era greco-romana era conceituado, passou a ser tratado com menor prestígio, sendo os trabalhos manuais estimulados:

É, portanto, com o cristianismo que o trabalho é resgatado e o ócio assume uma conotação negativa, pecaminosa,

4 CLT - Art. 62: Não são abrangidos pelo regime previsto neste capítulo: [...] II - os gerentes, assim considerados os exercentes de cargos de gestão, aos quais se equiparam, para efeito do disposto neste artigo, os diretores e chefes de departamento ou filial.

reprovável. Jesus era um artesão, os seus apóstolos eram pescadores, São Paulo chegará a sustentar que “quem não trabalha não tem direito a comer”. (DE MAIS, 2001, p. 79-80).

Com o século das Luzes, houve uma verdadeira emancipação intelectual do homem, sendo retomado o prestígio à busca pelo conhecimento e a maior distinção de tratamento entre o trabalho técnico e o manual.

O fim do feudalismo foi outro marco de forte alteração das relações de trabalho. Sob os fundamentos da revolução burguesa, a subordinação ao senhor feudal foi substituída pelas relações contratuais, sendo estimulada a total liberdade de negociação (CAMINO, 2011, p. 36). A revolução industrial, por sua vez, com o aumento desenfreado da produção e do consumo, trouxe uma legião de trabalhadores incluídos em um círculo produtivo destinado exclusivamente à acumulação de riqueza de seus empregadores.

A ausência de regulação estatal fez do trabalho uma mercadoria, sendo mais um elemento de produção. Houve, na mesma época, forte separação entre a figura do empregador e do operário, sendo a dependência e a forte subordinação elementos extremamente aparentes nos contratos de trabalho (ANTUNES, 1999, p. 22-23). O empregador detinha total controle do tempo, do trabalho e da vida de seus operários, estipulando jornadas exaustivas, explorando mão de obra infantil e determinando livremente o valor dos salários. A ordem, à época, era de que todos devessem ser livres (e, assim, livres para qualquer contratação). Se o trabalhador não estivesse satisfeito com as condições de trabalho, tinha total liberdade para desvincular-se e, portanto, igualmente livre, era o dono dos fatores de produção para estipular as regras do contrato. Não havia, assim, distinção entre igualdade formal e material (DE LA CUEVA, 1981, p. 9-12).

Com o passar dos séculos, as relações de trabalho e de subordinação entre empregado e empregador permanecem em constante mutação. Ao longo do século XX, o sistema de gestão empresarial e da força de trabalho prevalecente nos países mais

desenvolvidos tinha como característica a minuciosa separação de tarefas e a rotinização do processo laborativo. O trabalhador era posicionado em seu lugar na produção fabril, treinado para uma exclusiva tarefa, a qual era executada em série, em uma produção massificada, sem a necessidade de especialização, estudo, ou conhecimento apurado sobre a atividade: era o modelo posteriormente denominado de fordismo, ou taylorismo.

A partir dos anos 1970, com a terceira revolução tecnológica, o fordismo foi substituído pelo toyotismo, ou ohnismo, no qual a subcontratação de empresas é estimulada. A estas são delegadas tarefas intermediárias, deixando à empresa principal a delegação de produção apenas do produto final a ser comercializado. Este novo sistema de gestão da força de trabalho trouxe, mais uma vez, novas alterações nas relações entre operários e empregadores. O trabalhador, neste novo sistema, é multifuncional (DELGADO, 2015, p. 48-49). As relações de subordinação passam por igual transformação, os trabalhadores buscam maiores qualificações, não havendo mais um grande soberano na fábrica, responsável por toda a produção, e estando o trabalho industrial dividido.

Atualmente, nosso modelo de sociedade é caracterizado por uma grande especialização e divisão do trabalho. A produção e comercialização de bens, hoje, envolve a descentralização da cadeia produtiva. Uma empresa calçadista, por exemplo, depende do trabalho dos operários e gerentes de fábrica, mas depende, também, da contratação do trabalho de escritórios de publicidade e marketing, escritórios de advocacia, de setores jurídico, financeiro e administrativo internos, dentre outras variadas espécies de trabalho, as quais dão ensejo a diferentes níveis de subordinação, que, por sua vez, merecem ser estudados e regulamentados.

3 A (in)constitucionalidade do parágrafo único do artigo 444 e do artigo 507-a da CLT

Na atual realidade do mercado de trabalho, observamos, rotineiramente, a busca de empregadores pelo recrutamento de mão de obra extremamente especializada. São empregados que, muitas vezes, desde sua contratação, já impõem condições para a realização do contrato: há trabalhadores que possuem grande autonomia e ingerência na execução do trabalho. A existência de micro e pequenos empresários, muito abundante no Brasil, igualmente, faz gerar relações diversas de subordinação.

A reclamação trabalhista de nº 0021261-02.2016.5.04.0009, que tramita perante a 9ª Vara do Trabalho de Porto Alegre (RS), é um exemplo. Trata-se de caso em que um empregado, que exercia a função de chaveiro, ingressou com ação contra o dono do estabelecimento, seu patrão, também chaveiro. Ainda que aquele cumprisse uma jornada de trabalho com horários fixos, usando das ferramentas e da motocicleta fornecida pelo empregador, os lucros da empresa eram divididos na proporção de 30% a 50%, ficando a cargo do empregador os custos com a manutenção da sede – onde, aliás, este também residia. Nesta relação, restou demonstrado que o poder de gerência do dono do estabelecimento era extremamente reduzido. A subordinação existente era extremamente mitigada.

É evidente, portanto, que a espécie de subordinação existente nos casos referidos acima em nada se assemelha à subordinação, por exemplo, de um ferramenteiro contratado por uma metalúrgica, inserido em um sistema complexo de produção, recebendo ordens diretas e indiretas de seu empregador.

O direito do trabalho no Brasil, no entanto, continua disciplinando as relações de emprego em duas únicas frentes: o empregador, detentor dos meios de produção, e o empregado, subordinado e hipossuficiente.

Enquanto a sociedade industrial simplifica enormemente a dinâmica social, empurrando os contendores para os dois polos opostos, burguesia e proletariado, a sociedade pós-industrial coloca em jogo novos sujeitos, fraciona os dois precedentes, desincorpora-os e diversifica-os com base nas tecnologias, na organização do trabalho, no mercado, no

sexo, na idade, no profissionalismo, na raça, na religião, na região, na escolaridade, nos gostos e assim por diante. (DE MAIS, 2001, p. 139).

Os artigos que regulamentam a relação dos empregados hipersuficientes aqui estudados disciplinam que dentre os pontos possíveis de negociação individual estão inclusos diversos tópicos referentes à jornada e ao salário, tais como a definição sobre o banco de horas, intervalos, teletrabalho, sobreaviso, remuneração por produtividade, entre outros.

Há quem sustente – e este foi o posicionamento da Anamatra na 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, ocorrida em outubro de 2017⁵ – que a Constituição Federal limitou as matérias referentes à jornada e ao salário à competência de transação exclusiva do sindicato, mediante negociação coletiva, portanto.

O artigo 7º da Constituição Federal, em seu inciso VI, preconiza ser direito dos trabalhadores “irreducibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo”. Disciplina, o inciso XIII do mesmo artigo, ser a jornada de 8 horas diárias e 44 horas semanais direito dos trabalhadores, “facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho” (BRASIL, 1988).

Quanto à negociação da jornada, em particular, o entendimento, a nosso sentir, não aparenta ser majoritário nos tribunais regionais e, inclusive, no TST, que têm reiteradas decisões acolhendo a constitucionalidade do artigo 62, II, da CLT⁶.

5 A Anamatra aprovou emendas específicas sobre o tema, uma delas dispõe que “É inconstitucional a prevalência de acordos individuais sobre acordo e convenção coletiva em razão do salário do empregado com diploma de nível superior, quando estabelecerem condições inferiores, pois fere princípios como o da proteção e da irrenunciabilidade (artigo 7º, caput, CF). Esses acordos individuais também violam o princípio da isonomia entre empregados que realizem trabalho técnico, manual e intelectual, previsto no artigo 7º, XXXII, da CF além disso, a constituição federal reconhece as convenções e acordos coletivos de trabalho (artigo 7º, XXVI) e proíbe qualquer tipo de alteração contratual individual que leve a redução salarial e a redução e compensação de jornada, salvo por acordo ou convenção coletiva (art.7º, inciso VI e XIII)” (ENUNCIADOS, 2017).

6 Cita-se a seguinte decisão como exemplo: **EXERCÍCIO DE CARGO DE CONFIANÇA. GERENTE DE FILIAL. EXCEÇÃO PREVISTA NO ART. 62, II, DA CLT. HORAS EXTRAS.** Demonstrada a concessão de poderes de mando, gestão e especial fidúcia, incide a exceção prevista no art. 62, II, da CLT à espécie, não fazendo jus o empregado às horas extraordinárias postuladas (BRASIL, 2017a).

Se o entendimento consolidado é de que a lei pode prever a ausência de controle de jornada e, portanto, do recebimento de horas extras a cargos de confiança, nos parece que o mesmo entendimento devesse prevalecer quanto à possibilidade de a lei autorizar a estipulação sobre a mesma matéria (jornada) por meio de negociação coletiva, se fosse este o único fundamento.

No que tange à negociação de salário, o inciso V, do artigo 7º, da CF, prevê ser direito dos empregados o recebimento de “piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho” (BRASIL, 1988). Pode-se, assim, argumentar que a possibilidade de transação de parcelas salariais por meio de contrato individual seria contraditória à proteção constitucionalmente conferida.

O posicionamento quanto à inconstitucionalidade do parágrafo único, do artigo 444 da CLT, pela afronta ao inciso V, do artigo 7º, da CF, pode ser rebatido pelo argumento de que o trabalhador, no momento da contratação, pode vir a negociar parcelas salariais, abrindo mão de algumas em benefício de outras. Se isso vir a ocorrer, com total autonomia de vontade, não vemos como sustentar a violação ao inciso V, do artigo 7º, da CF, tendo em vista que a remuneração superior e condizente ao valor e à complexidade do trabalho foi respeitada pela negociação individual.

A análise quanto à constitucionalidade do parágrafo único, do artigo 444 da CLT, deve se dar, portanto, pela perspectiva do Princípio da Proteção, do não-retrocesso social, do Princípio da Isonomia e pelo disposto na Convenção n. 111 da OIT⁷.

Insta questionar se o empregado que possua diploma de nível superior e que perceba salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social é, de fato, um empregado hipersuficiente (DORNELES, 2013, p. 300).

O temor de ser dispensado e descartado em um mercado de trabalho mais restrito, percebendo seguro-desemprego de

valor muito inferior ao seu salário, é um exemplo de elemento que interfere na autonomia de vontade do empregado – ainda que seja um indício deste vício de consentimento e deva ser analisado dentro de um conjunto de provas.

A resposta a tal questionamento, portanto, impacta diretamente a análise da afronta – ou da falta dela – e os princípios da proteção, do não retrocesso social e da isonomia.

A mesma lógica deve ser aplicada quando da análise do disposto no artigo 507-A da CLT, incluído pela Lei nº 13.467/2017: tem, de fato, o empregado hipersuficiente, total autonomia para optar pela arbitragem para a solução de seus conflitos? Age o empregado em condições de igualdade às do empregador ao optar pela arbitragem? A resposta aos questionamentos deve ser feita caso a caso.

Aparentemente, a exemplo, um atleta profissional que possui total assessoria – muitas vezes com uma equipe de profissionais contratados para intermediar as negociações contratuais, assegurando direitos e benefícios – tem uma autonomia anormal em uma relação de emprego (grande parte destes contratos, aliás, tem as regras ditadas pelo próprio atleta). Assim, ainda que tenha um contrato de trabalho subordinado, com obrigação de horário e compromissos com seu empregador, havendo, inclusive, fixação de metas por produção, este tipo de empregado possui autonomia e ingerência sobre as regras de sua contratação.

Outro exemplo da condição diferenciada em que se encontram alguns, ainda que poucos, trabalhadores hipersuficientes foi trazido pelas decisões proferidas na reclamação trabalhista promovida pela viúva do ex-locutor Lombardi. Por mais que tenha sido demonstrado que a emissora obrigou o trabalhador a rescindir seu contrato de emprego para prestar serviços por meio de empresa individual, a conhecida “pejotização”, além da prova de outros elementos que configurariam a relação empregatícia, o Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região (SP) manteve a decisão de primeiro grau e julgou improcedente a demanda. Em um de seus fundamentos, a Turma sustentou que Lombardi era um artista “com ampla e efetiva liberdade nego-

7 A Convenção n. 111 da OIT (artigo 2º), ratificada pelo Brasil, determina que seus países-membros devam adotar uma política nacional destinada a promover a igualdade de oportunidade e de tratamento em matéria de emprego e profissão, objetivando a eliminação da discriminação.

cial” e que trabalhava “em condições de patente superioridade econômica e social” (JT, 2017).

É evidente, contudo, que a grande maioria dos empregados considerados pelos artigos 444, parágrafo único, e pelo artigo 507-A da CLT não detêm a autonomia negocial que detém um renomado jogador de futebol, ou uma figura pública, como o ex-locutor Lombardi. Os novos dispositivos incluídos à CLT, portanto, não podem ser aplicados de maneira indistinta, bastando que sejam satisfeitos os requisitos quanto à remuneração e à existência de curso superior, a exemplo, sob pena de tratarmos como hipersuficientes empregados que, em verdade, não possuem condições de negociação em igual patamar de seus empregadores.

4 Conclusão

Ainda que o tratamento igualitário de todas as espécies de relação de trabalho – adotando uma premissa radical de que a figura do empregado hipersuficiente inexistente – não pareça ser a melhor resposta aos anseios sociais e ao próprio princípio da isonomia, o mero fato de um empregado possuir remuneração diferenciada, ou ensino superior, não é capaz de, por si só, enquadrá-lo como um empregado hipersuficiente, o qual tem total autonomia de negociar as cláusulas e condições de seu contrato de trabalho.

Muitas vezes, justamente por representar uma mão de obra qualificada e de pequena disponibilidade, o trabalhador se depara com reduzidas vagas disponíveis no mercado. Sem emprego e acostumado a um elevado custo de vida, o trabalhador fica sem muitas alternativas quando de sua contratação e tende a aceitar as condições impostas pelo empregador. O mesmo aplica-se ao empregado já contratado, que teme ser lançado ao mercado de trabalho.

A situação de tais trabalhadores é ainda mais perversa se pensarmos na triste realidade que enfrenta o empregado que, na expressiva maioria dos casos, não ingressa em juízo temen-

do fazer parte da conhecida “lista negra” que circula entre os ofertantes de cargos como os de diretoria, gerência, ou que representem um segmento de mercado mais fechado.

Por tais razão, assim, é que, ainda que se considerem constitucionais os artigos 444, parágrafo único, e 507-A da CLT, é indispensável que a eles se inclua um requisito essencial: o da real autonomia na negociação das cláusulas contratuais, sem o que se dispensará a um empregado hipossuficiente, a quem o estado deve garantir total resguardo de seus direitos trabalhistas e previdenciários, tratamento exclusivamente destinado aos poucos e raros empregados hipersuficientes que existem no mercado de trabalho brasileiro.

Referências bibliográficas

- ALEXY, Robert. **Teroria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1993.
- ANTUNES, Ricardo. **Os sentidos do trabalho**. São Paulo: Boitempo Editorial, 1999.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2006.
- BRASIL. Acórdão do processo 0021519-37.2015.5.04.0012. Órgão julgador: 7ª Turma. Redator: Emilio Papaleo Zin. 25 mai. 2017a. Disponível em: <<https://www.trt4.jus.br/portais/trt4/acordaos>>. Acesso em: 24 mai. 2018.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 13 out. 1988.
- BRASIL. Decreto-lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 09 ago. 1943.

BRASIL. Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nos 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho.

Diário Oficial da União, Brasília, DF, 14 jul. 2017b.

CAMINO, Carmen. **Autonomia da vontade no direito do trabalho (do chão de fábrica ao serviço público)**. 2011. 120f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2011.

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

CUEVA, Mario de la. **El nuevo Derecho Mexicano Del Trabajo**. 7. ed. Mexico: Editorial Porrúa, 1981.

DE MAIS, Domenico. **O futuro do trabalho: fadiga e ócio na sociedade pós-industrial**. Rio de Janeiro: José Olympio, 2001.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 14. ed. São Paulo: LTr, 2015.

DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de. Hipossuficiência e vulnerabilidade na teoria geral do direito do trabalho. **Revista LTR**, São Paulo, v. 77, n. 3, p. 293–303, mar. 2013.

ENUNCIADOS Aprovados na 2ª Jornada. **Portal da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho**. Brasília, DF, out. 2017. Disponível em: <<http://www.jornadanacional.com.br/listagem-enunciados-aprovados-vis2.asp?ComissaoSel=4>>. Acesso em: 30 abr. 2018.

JT não reconhece vínculo de emprego de Lombardi com empresas do Grupo Silvio Santos. **Portal Tribunal Superior do Trabalho**. 24 out. 2017. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/noticia-destaque/-/asset_publisher/NGo1/content/id/24461738>. Acesso em: 30 abr. 2018.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

A VIOLÊNCIA DE GÊNERO E A PROTEÇÃO LEGAL DAS MULHERES: O PASSADO NO PRESENTE

Paula Ferla Lopes¹

¹ Advogada. Mestranda em direito pela FMP na linha de tutela à efetivação dos direitos transindividuais. Especialista em Direito de Família e Sucessões pela PUCRS. Endereço eletrônico: paulaferlalopes@gmail.com

Resumo

O presente trabalho dedica-se ao estudo da violência praticada contra o gênero feminino, buscando entender a origem desse problema e como ajudar a combatê-lo. Foi pesquisada a figura da mulher e suas mudanças na estrutura familiar ao longo do desenvolvimento da sociedade brasileira, com especial destaque para sua vulnerabilidade e inferioridade hierárquica em relação ao homem. Destaca-se no trabalho a importância de uma proteção legal maior para o gênero feminino, uma vez que, sozinhas, grande parte das vítimas são incapazes de defender-se, sofrendo, diariamente, os mais diversos tipos de violência, tanto no âmbito físico quanto no psicológico, cujos danos podem ser irreversíveis. Método de abordagem exploratório e técnica de pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Femicídio. Gênero. Mulher. Violência. Vulnerabilidade.

Abstract

The present article is dedicated to the study of violence practised against female gender by identifying its origins and ways to prevent it. The main object of research is to analyse how female role in familial structure evolved as a result of social development in Brazil, with special focus on the ideas of women's vulnerability and hierarchical inferiority towards men. As a conclusion, a more comprehensive and adequate legal protection of the female gender is necessary, considering that most of the victims are incapable to defend themselves as they suffer abuse on a daily basis, both physical and psychological. Exploratory method of approach and bibliografy rearch technique.

Keywords: Femicide. Gender. Women. Abuse. Vulnerability.

1 Introdução

A violência contra as mulheres existe desde os primórdios da civilização e perdura até hoje em nossa sociedade contemporânea. O que antes era resultado do patriarcado e legitimado a ser praticado pelos homens, nos dias atuais é visto como crime e ofensa a um bem jurídico. O problema é que, apesar de todos os movimentos de luta e mobilizações feitas pelos mais diversos meios, a violência ao gênero feminino continua presente no cotidiano de todo país, fazendo novas vítimas a cada dia.

O direito penal não pode ficar inerte frente a esse problema de caráter geral que afeta milhares de mulheres todos os anos. Todas as medidas criadas, tais como a Lei Maria da Penha (BRASIL, 2006) e as Delegacias de Defesa da Mulher, ainda que tenham ajudado a combater esse problema, não o erradicaram e, todos os dias, novas violências são cometidas contra mulheres pela simples condição de serem mulheres.

Nesse sentido, o presente artigo busca fazer uma análise crítica a respeito da violência praticada contra o gênero feminino, com o intuito de demonstrar a real necessidade de uma proteção maior para a mulher no ordenamento jurídico brasileiro. Primeiramente, será feito um apanhado histórico, com o intuito de demonstrar o papel da mulher na estrutura familiar brasileira desde os primórdios da sociedade patriarcal até os dias atuais, sob a óptica de sua vulnerabilidade e nas diferenças entre os gêneros masculino e feminino. Após, será feita uma análise, com a juntada de dados, buscando entender as causas, consequências, padrão de vítimas e agressores deste tipo de crime, com especial enfoque no crime de feminicídio e na polêmica discussão acerca de sua criminalização.

2 Gênero feminino: a inferioridade da mulher no contexto social

Temos direito a reivindicar a igualdade quando a desigualdade nos inferioriza; temos direito a reivindicar a diferença quando a igualdade nos descaracteriza.
(Boaventura de Sousa Santos)

Primeiramente, cumpre esclarecer que sexo e gênero feminino são conceitos distintos. Por esse motivo, para fins de melhor entendimento deste trabalho, necessário se faz uma diferenciação no que respeita ao sexo e ao gênero feminino. O primeiro diz respeito ao caráter biológico, ou seja, ao sistema reprodutor feminino, ao passo em que o segundo possui o caráter cultural como fator diferenciador para as categorias de feminino e masculino (GIFFIN, 1994). Dessa forma, o primeiro tem um sentido mais estrito e o segundo, um conceito abrangente.

Nesse sentido, Santos e Izumino (2005) sustentam que o gênero decorre de uma relação socialmente construída entre homens e mulheres e serve como categoria de análise para fins de investigação da construção social do feminino e do masculino. Segundo Andrade,

Gênero é um signo que se tornou teórica e politicamente relevante desde a década de 70 do século passado quando, sob o influxo do movimento feminista e de expressiva revolução de paradigmas nas ciências, estendeu seu significado original de uma classe de algo (música, literatura) ou de seres (animais, vegetais), para designar uma classe de seres humanos (pessoas), configurando-se, doravante, como um conceito de grande valor para a compreensão da identidade, papéis e relações entre homens e mulheres, nas sociedades modernas. Doravante será possível distinguir entre sexo (biológico) e gênero (social) e, a partir da matriz sexo/gênero ressignificar a dicotomia homem/mulher, feminino/masculino, desconstruindo o modelo androcêntrico de sociedade e de saber e os mecanismos que, a um só tempo, asseguravam e ocultavam a dominação masculina, mantendo a diferença de gênero ignorada. (2018, p. 1).

Superado este ponto, é necessário tentar entender a construção cultural da sociedade brasileira. Dessa forma, cumpre esclarecer que a inferioridade feminina sempre foi socialmente aceita, havendo, inclusive, respaldo legal nesse sentido. A sociedade brasileira, com seu modelo tipicamente patriarcal, acabou construindo uma imagem de subjugação feminina à autoridade masculina. Nesse sentido, mulheres sempre foram vistas como propriedades dos homens, a quem deviam total submissão devido à inferioridade de sua condição, sendo, portanto, hierarquicamente inferior a eles (SANTOS; IZUMINO, 2005).

Essa desigualdade de gêneros culturalmente aceita, podia ser vista, também, na própria legislação do país. Nesse sentido, é interessante mencionar a diferenciação entre a mulher honesta, cuja proteção do sistema era devida, da desonesta, que poderia sofrer os mais diversos crimes sem a punição do agressor. Entre essas duas classificações, a única diferença era a reputação sexual da mulher. No caso da primeira, essa seguia o modelo de esposa ou filha recatada, ao passo que, em se tratando da segunda, a mulher não se encaixaria no modelo de moralidade aceito pela sociedade patriarcal, não lhe sendo devida, portanto, a proteção do Estado (ANDRADE, 1996).

A cultura patriarcal, ainda, autorizava tratamentos diversos para homens e mulheres em situações iguais. Exemplo disso é a autorização do assassinato da esposa por seu marido, nos casos em que essa cometesse adultério no período anterior à República. Ademais, o Código Criminal de 1830 entendia como atenuante de pena o homicídio da esposa no caso desta haver cometido adultério (BLAY, 2003). É evidente, todavia, que tais “prerrogativas” não se aplicavam às mulheres.

Apenas com a Constituição de 1988 é que foi assegurada a igualdade entre homem e mulher, conforme seu art. 3º, IV, que assim determina:

Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (BRASIL, 1988).

Todavia, ainda que haja a previsão dessa igualdade formal, constitucionalmente existente, infelizmente, em sentido material, ela ainda não existe.

Dessa forma, considerando a diferença entre o gênero feminino e o masculino, ainda é possível estabelecer uma classificação entre a intensidade dessa diferenciação, podendo dividi-la em processos *micro* e *macro*. Essa classificação observa o alcance da desvantagem das mulheres em relação aos homens para as mesmas situações na sociedade. Nesse passo, no caso de processos *micro*, a desvantagem se dá no âmbito familiar, ou seja, nas relações mais estreitas. Nos processos *macro*, por sua vez, a desvantagem se dá além da esfera doméstica, mas também em outros grupos, tais como organizações e comunidades, podendo chegar até mesmo em sociedades globais (STREY, 2001).

Até hoje, impera um machismo no que diz respeito à criminalidade. Ainda que na letra da lei seja vedado qualquer tipo de discriminação entre homens e mulheres, na prática é diferente. Ainda hoje, determinadas condutas praticadas por homens, tais como a violência doméstica ou até mesmo o homicídio, ainda que não o isentem de pena, podem encontrar formas de justificar a conduta adotada pelo agressor ou assassino. Nesse sentido, dependendo do contexto do caso, há um entendimento cultural de que a mulher teria dado causa ao crime do qual foi vítima, e o marido, conseqüentemente, teria agido dessa forma com o intuito da legítima defesa de sua honra ou de sua família (STREY, 2001).

Nessa mesma linha de raciocínio, interessante é mencionar um grande movimento que surgiu na década de 1970, chamado “Quem ama não mata”. Referido movimento teve seu auge após o assassinato de Angela Diniz por Doca Street. Nesse caso, a vítima pretendia terminar o relacionamento amoroso com o assassino e este, justificando como causa seu extremo amor pela mulher, a matou. A repercussão do caso foi excepcional e o de-

ensor do agente do crime baseou sua defesa na demonstração do bom caráter de Doca, mas, além de tudo, buscou demonstrar que quem dera causa ao ato criminoso teria sido a própria vítima (BLAY, 2003).

Em face dessa gritante situação de vulnerabilidade e, buscando proteger o gênero feminino, foi criada a Delegacia de Defesa da Mulher, cujo objetivo é a repressão da violência praticada contra elas. Todavia, muito embora haja a proteção feminina e, com isso, um avanço nos papéis sociais, os crimes de gênero perduram (BLAY, 2003).

Apesar de todas as dificuldades enfrentadas, as mulheres conseguiram garantir o direito à igualdade e, cada vez mais, vêm crescendo e equiparando-se aos homens em todas as situações da vida. Ainda assim, diariamente o gênero feminino enfrenta situações nas quais ficam explicitadas suas vulnerabilidades frente ao gênero masculino, motivo pelo qual necessária é a sua proteção maior em virtude da violência de gênero cometida contra elas (SANTOS; DA SILVA FILHO, 2014), conforme demonstrar-se-á.

3 Violência de gênero: a necessidade de uma proteção maior para a mulher

Ainda que haja a previsão constitucional da igualdade de gênero, mulheres continuam deparando-se diariamente com situações nas quais ficam expostas suas vulnerabilidades. Tais vulnerabilidades acabam acarretando em uma violência praticada contra elas e, considerando toda a carga física e psicológica dessas agressões, o gênero feminino fica amplamente prejudicado.

No que diz respeito à violência de gênero praticada contra a mulher, vários estudos foram realizados para precisar o padrão de vítimas. Nesse sentido, a conclusão que se teve foi que esse tipo de violência ocorre em todas as classes sociais, mas, ainda assim, prevalece nas mais baixas. Ademais, a maioria das vítimas

são mulheres jovens, as quais estão na faixa etária entre 22 e 30 anos, e com baixa escolaridade (BLAY, 2003).

Os agressores, por sua vez, na maioria dos casos, são conhecidos das vítimas, sendo figuras que estão ou já estiveram presentes na sua vida afetiva, tais como maridos, namorados e companheiros (GIFFIN, 2004). Tal fato decorre de um pensamento que reflete o machismo ainda existente na sociedade, de que os homens possuem o direito de bater e punir fisicamente suas mulheres, o qual, na visão desses, decorre, algumas vezes, de suas próprias crenças religiosas (STREY, 2001).

Cumprido salientar, ainda, que a violência contra as mulheres não se dá apenas na ordem física, mas também no âmbito psicológico. Além das consequências à saúde corporal, não se pode deixar de observar os sérios danos que tais agressões podem causar à mente feminina, acarretando em diversos problemas, tais como depressão, ansiedade, disfunção sexual, desordem da alimentação, problemas múltiplos de personalidade, comportamento obsessivo e compulsivo, entre outros (GIFFIN, 1994).

Essas agressões, além disso, podem causar danos irreversíveis no que respeita à autoestima e autoimagem da vítima, fazendo com que elas desconheçam seus limites pessoais e seus valores. O dano pode chegar a tal grau que as vítimas podem até aceitar a vitimização justamente como algo intrínseco ao gênero feminino (GIFFIN, 1994).

Indo mais além, a violência contra a mulher atinge seu ápice com a morte dessas. Muitos são os casos nos quais as mulheres são assassinadas justamente em virtude de comporem o gênero feminino e a essa prática se dá o nome de feminicídio. Tal crime, da mesma forma que os demais tipos de violência praticados contra a mulher, tem na sua maioria parceiros e ex-parceiros como agressores e ocorre no âmbito familiar. De igual forma, sua prática se dá nas diversas situações nas quais fica demonstrada a vulnerabilidade feminina, tanto no que respeita ao poder quanto no que concerne os recursos que esta possui em face do agressor (GARCIA, 2013).

A criminalização do feminicídio, instituído pelo Projeto de Lei nº 8.305/14, aprovado em 03 de março de 2015, gerou

grandes debates, especialmente no que diz sobre a suposta desigualdade de gêneros, uma vez que tal tipificação teria valorizado mais a vida feminina em face da masculina. A criminalização do feminicídio, entretanto, é uma consequência cultural. A estrutura social existente ainda vê a mulher como um membro inferior ao homem, com menos poder e, conseqüentemente, muito vulnerável frente a esse nas mais diversas situações. Dessa forma, considerando todo o histórico de violência contra o gênero feminino, não há outra solução, se não a criminalização do feminicídio.

Segundo Marques, grandes autoras como Bidaseca e Lagarde referem que

o conceito "femicide" foi desenvolvido em 1974, por Carol Orlock, uma escritora norte-americana e, posteriormente utilizado por Diana Russell de forma pública no Tribunal Internacional dos Crimes contra as Mulheres, em Bruxelas, no ano de 1976, sendo traduzido em 2004, por Marcela Lagarde, no México, como feminicídio, termo atualmente conhecido utilizado na legislação brasileira e de outros países. Lagarde (2012) explica que ao traduzir o termo, considerou que "femicídio" seria o assassinato de mulheres, tal qual o homicídio é assassinato de homens. No entanto ao definir o termo como "feminicídio" ressignifica seu conteúdo e lhe dá dimensão política que aponta a sua existência como fragilidade do Estado de Direito quando este consente com a impunidade. (2015, p. 122).

Sobre esse crime, inclusive, foi realizado um estudo em todas as unidades federativas brasileiras para averiguar a taxa de feminicídios que ocorreram em todo o país e o resultado foi alarmante. Nele, restou constatado que o número de feminicídios aumentou em todos os estados brasileiros nos últimos anos. Ademais, entre os anos de 2001 e 2011 foram computados mais de 50 mil feminicídios no território brasileiro, os quais equivalem, estimativamente, a 5 mil assassinatos por ano (GARCIA, 2013).

A violência contra as mulheres é um grave problema de conhecimento geral, merecendo atenção não só na forma sociológica, mas também do Estado (SANTOS, 2005). Os crimes

praticados contra o gênero feminino são gravíssimos, uma vez que causam danos irreversíveis não somente às vítimas, mas também as suas famílias (GARCIA, 2013). Todavia, essas agressões podem ser diminuídas, mas para isso necessário se faz uma proteção legal maior da mulher, punindo com mais intensidade os crimes cometidos contra e em razão do gênero feminino, a fim de coibir esse comportamento que há muito já deveria ter acabado.

4 Conclusão

Em pleno século XXI, a violência contra a mulher continua sendo um assunto de destaque. Ainda que seja vedado qualquer tipo de discriminação, muitos crimes cometidos contra o gênero feminino continuam sendo praticados. O machismo cego de alguns homens os leva a crer que podem dispor do corpo ou, até mesmo, da vida de suas parceiras ou ex-parceiras, tornando-as um tipo de objeto cuja propriedade é sua.

Consoante demonstrado em todo o trabalho, essa realidade não pode mais prosperar. Nos dias atuais, embora seja um comportamento recorrente, não é mais justificável que tais condutas ocorram. Ao contrário do que muitos homens querem crer, a mulher é um ser independente dele e, na prática, do mesmo jeito que é determinado na letra da lei, deveria possuir os mesmos direitos, sendo vedado qualquer tipo de hierarquia de poder entre homens e mulheres.

Infelizmente, não é isso que ocorre. Os estudos explanados no trabalho apontaram que violência contra mulher existe e, no caso do feminicídio, tal conduta aumenta a cada ano em todo o território brasileiro. Esses dados demonstram que a proteção das mulheres, ainda que exista em determinados mecanismos legais, não é suficiente para erradicar o problema.

Nesse contexto, a criminalização do feminicídio se mostra uma medida mais do que adequada, necessária. Não se trata, pois, de valorizar mais o gênero feminino em face do masculino, mas reconhecer a vulnerabilidade feminina, da qual muitas vezes o agressor se utiliza para cometer atos de violência. O contexto cultural, bem como o modelo de sociedade sobre o qual o país se desenvolveu, com a subjugação da mulher e a sua conseqüente desvalorização frente ao homem, justificam a necessidade de uma proteção maior daquela em detrimento desse.

Por fim, é evidente que a solução ideal seria a desnecessidade de qualquer medida protetiva em favor da mulher, entretanto, não é isso que a realidade em que se vive permite. A construção cultural do país que inferioriza o papel da mulher acabou por gerar esse desnivelamento hierárquico de um gênero frente ao outro. Conforme dito anteriormente, ainda que nos dias atuais não se possa mais falar em desigualdade, principalmente no âmbito doméstico, ela existe e, dessa forma, atenção especial merece lhe ser dada, a fim de garantir todos os mecanismos possíveis para defender aquela que, sozinha, não consegue.

Referências

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Criminologia e Feminismo: da Mulher como Vítima à Mulher como Sujeito de Construção da Cidadania**. Porto Alegre, 1996.

_____. SEXO E GÊNERO: A mulher e o feminino na criminologia e no sistema de Justiça Criminal. **Boletim IBCCRIM**, n. 137, abr. 2004. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigos/166-137-Abril-2004>. Acesso em: 20 mai. 2018.

BLAY, Eva Alterman. Violência contra a mulher e políticas públicas. **Estudos avançados**, São Paulo, v. 17, n. 49, p. 87-98, set./dez. 2003.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 8.305/2014. Altera o art. 121 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos. **Câmara dos Deputados**, Brasília, DF, 17 dez. 2014.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 13 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao-compilado.htm>. Acesso em: 05 jun. 2015.

BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 08 ago. 2006.

GARCIA, Leila Posenato et al. Violência contra a mulher: feminicídios no Brasil. **IPEA**, 2013. Disponível em: <http://monitoramentocedaw.com.br/wp-content/uploads/2013/09/130925_sum_estudo_femicidio_leilagarcia.pdf>. Acesso em: 06 jun. 2015.

GIFFIN, Karen. Violência de gênero, sexualidade e saúde. **CADERNOS DE SAÚDE PÚBLICA**, v. 10, n. supl 1, p. 146-155, 1994.

HIRATA, Helena; LABORIE, Françoise et al. **Dicionário Crítico do feminismo**. São Paulo: UNESP, 2009.

MARQUES, Clarice Pires. **Direito e feminilidade: crítica ao discurso jurídico colonial na lei do feminicídio**. [recurso eletrônico]. Porto Alegre: Editora Fi, 2016.

SANTOS, Cecília Macdowell; IZUMINO, Wânia Pasinato. Violência contra as Mulheres e Violência de Gênero: Notas sobre Estudos Feministas no Brasil. **E.I.A.L.**, v. 16, p. 147-164, 2005.

SANTOS, Leonardo Carminatti Molina; DA SILVA FILHO, Jadir Rafael. A Tipificação do Femicídio no Ordenamento Jurídico Brasileiro. **ETIC-Encontro de Iniciação-ISSN 21-76-8498**, v. 10, n. 10, 2014.

STREY, Marlene. Violência e gênero: um casamento que tem tudo para dar certo. In: GROSSI, Patrícia Krieger; WERBA, Graziela C. (Org.). **Violências e gênero**: coisas que a gente não gostaria de saber. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2001.

MEIO AMBIENTE COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Gisele Santos Cabral¹

¹ Advogada. Mestranda em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). Especialista em Direito Público pela FMP. Especialista em Direito do Consumidor pela UFRGS. Especialista em Gestão Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). Graduada em Direito pela FMP. E-mail: giselesc.farm@gmail.com

Resumo

O presente artigo trata da constitucionalização do meio ambiente e do meio ambiente como direito fundamental. Na primeira seção, pesquisou-se a respeito da questão ambiental no momento posterior à segunda metade do Século XX. Na segunda, foi feita uma análise da evolução histórica do Direito Ambiental. Em seguida, discorreu-se sobre a proteção ambiental no direito comparado, verificando-se a proteção ambiental nas constituições das nações e, logo após, analisou-se o direito ambiental nas Constituições Brasileiras. Na seção seguinte, adentrou-se no tema propriamente dito, examinando a questão através do direito fundamental ao meio ambiente. Conclui-se ser justificável a equiparação do meio ambiente como direito fundamental.

Palavras-chave: Constituição. Constitucionalização. Direitos fundamentais. Meio ambiente.

Abstract

The present article deals with the constitutionalization of the environment and the environment as a fundamental right. In the first chapter, the environmental question was researched at a later time in the second half of the 20th century. In the second chapter, an analysis was made of the historical evolution of Environmental Law. Then, environmental protection in comparative law was discussed, with environmental protection being verified in the constitutions of nations. After, the environmental law was analyzed in the Brazilian Constitutions. In the next chapter, entered into the subject itself, examining the issue through the fundamental right to the environment. It is concluded that the equation of the environment as a fundamental right is justifiable.

Keywords: Constitution. Constitutionalisation. Fundamental rights. Environment.

1 Introdução

A presente investigação versa sobre a constitucionalização do meio ambiente e sua equiparação a um direito fundamental. Tem-se como objetivo central a demonstração acerca da justificação do meio ambiente como direito fundamental.

O meio ambiente, a partir da Conferência de Estocolmo em 1972, passou a fazer parte das Cartas Constitucionais das Nações, sendo objeto de tutela constitucional. Nesse contexto surgiu a indagação: o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é direito fundamental? Este questionamento discorre em torno da natureza individual dos direitos fundamentais, contrapondo-se com a característica difusa do direito ao meio ambiente equilibrado.

Para responder a tal indagação utilizou-se o método bibliográfico. Em primeiro lugar, analisou-se a evolução histórica do direito ambiental. Em seguida, verificou-se o meio ambiente nas constituições por meio do direito comparado. Por conseguinte, foi examinada a Constitucionalização do meio ambiente e, por fim, adentrou-se na questão do meio ambiente como direito fundamental. Dessa forma, o problema foi enfrentado entre a colisão do caráter individual dos direitos fundamentais e a natureza difusa do direito ambiental.

Assim sendo, o que pretende-se demonstrar é que o meio ambiente ecologicamente equilibrado é direito fundamental e encontra justificativa no ordenamento jurídico brasileiro.

2 Evolução histórica da legislação ambiental

Em um primeiro momento, não havia uma efetiva preocupação com o meio ambiente. Os recursos naturais eram usados de forma livre, sem haver um decisivo cuidado com o possível esgotamento destes. Entretanto, a evolução econômica dos povos, a partir da segunda metade do século XX, trouxe como

consequência desses povos, o comprometimento dos bens ambientais.

Nos anos 1960, o meio ambiente já apresentava sinais de degradação, porquanto as florestas já encontravam-se devastadas, ocasionando a extinção de várias espécies da fauna e da flora. O ar, por sua vez, havia tornado-se poluído, ocasionando diversos problemas respiratórios para homens e animais. Os mares e rios eram destinatários de diversas formas de dejetos, causando a mortandade de peixes e tornando a água imprópria para o consumo e, ainda, havia o grave problema do lixo industrial. Dessa forma, surgiu a conscientização das nações a respeito da necessidade da tutela do meio ambiente.

Com efeito, o problema da tutela jurídica do meio ambiente é demonstrado no momento em que o dano ao bem ambiental passa a ameaçar não apenas a qualidade de vida humana, mas chega até o ponto extremo de ameaçar sua sobrevivência (BAPTISTA, 2015, p. 16).

Com o avanço científico e econômico dos povos, surgiu a necessidade de uma política pública em nível internacional que atentasse para os problemas ambientais, a fim de garantir a preservação do planeta e a sobrevivência das diversas formas de vida que nele habitam. Assim, começaram os movimentos que deram origem à Conferência de Estocolmo e, posteriormente, ao ingresso das questões ambientais nas Constituições das nações.

O marco inicial moderno acerca da proteção ambiental ocorreu na metade do século XX com a Conferência Científica da ONU sobre a conservação e a utilização de recursos, em 1949, e com a Conferência sobre a Biosfera, em 1968, ainda com estudos muito superficiais. No ano seguinte, em 1969, reuniu-se um grupo denominado "Clube de Roma". Tal grupo era formado por profissionais de diferentes áreas cujo objetivo fora debater problemas inquietantes à humanidade, tais como pobreza, degradação ambiental, segurança no trabalho, entre outros (BATISTA, 2016, p. 161).

Em período anterior, de acordo com Silva (2009, p. 83) já havia referências esparsas sobre questões ambientais nas Constituições

da Alemanha, de 1949, e da Suíça, de 1874. Entretanto, conforme chama atenção Miranda (2000, p. 533), entre os anos 1940 e 1950 e na primeira metade da década de 1970 as referências constitucionais eram escassas e esparsas, não aparecendo integradas a uma visão globalizante. Dessa forma, não era possível extrair das normas todas as suas virtualidades, mesmo sendo múltiplas as medidas legislativas e administrativas e não desconhecidas os casos judiciais respeitantes à questão de ambiente.

Foi, portanto, a partir da Declaração de Estocolmo que os problemas ambientais realmente passaram a chamar atenção das nações. Esta declarava que a proteção ao meio ambiente era uma questão fundamental para o bem-estar dos povos e o desenvolvimento econômico das nações. Pela lição de Gavião Filho,

O grande mérito da Declaração de Estocolmo de 1972 foi o de proclamar pela primeira vez, o direito humano ao meio ambiente, ali se encontrando todos os elementos para se reconhecer o direito fundamental ao ambiente, é dizer, "a equiparação do meio ambiente à liberdade, à igualdade, como os três direitos fundamentais de todo o ser humano [...]. (2005, p. 22).

A declaração de Estocolmo foi o ponto de partida para a concepção atual da questão ambiental. Dessarte, ocorreu o despertar ecológico dos povos, e as nações passaram a inserir a questão ambiental nas suas Cartas Constitucionais.

Assim, uma vez que a vida humana começou a estar ameaçada na sua qualidade de vida, doenças surgiram em decorrência das questões ambientais, espécies nativas foram extintas, paisagens naturais foram comprometidas, em grande parte, em razão da exploração desenfreada dos bens naturais, despertou-se uma maior preocupação com as questões ambientais e, assim, o meio ambiente passou a integrar as Cartas Constitucionais das nações.

1.1 Proteção ambiental e direito comparado

Com a conscientização das nações para as questões ambientais, as Constituições passaram a prever a tutela ao meio ambiente em seus dispositivos. Assim, conforme Silva (2009, p.

2009), ocorreu a concepção contemporânea das questões ambientais, aparecendo na Constituição Portuguesa, de 1976, e na Constituição Espanhola, de 1978.

Da mesma forma, a Constituição do Chile, de 1972, assegurou a todos um ambiente livre de contaminações. A Constituição do Panamá, também datada em 1972, estabeleceu como dever fundamental do Estado propiciar um ambiente sadio e livre de poluição. A Constituição da Iugoslávia, de 1974, estabeleceu que o homem tem direito a um ambiente sadio. Também, na Grécia, a Constituição de 1975, estabeleceu a obrigação do Estado para a proteção do ambiente natural e cultural. Portugal, por sua vez, em 1976, inscreveu como direito fundamental do homem a qualidade do meio ambiente e outros direitos sociais (MILARÉ, 2015, p. 163).

A Constituição da Bulgária, de 1971, do mesmo modo, assegurou a proteção, a salvaguarda da natureza e das riquezas naturais, da água, do ar e do solo; a Constituição da União Soviética (revogada), de 1977, também havia a previsão de proteção e uso racional da terra, do solo, dos recursos hídricos, da flora e da fauna para conservar limpos o ar e a água, assegurando a reprodução das riquezas naturais e o melhoramento do meio ambiente. Da mesma forma, a Carta Constitucional do Chile, de 1981, também prescreveu o direito de viver em um meio ambiente livre de contaminação, asseverando ser dever do Estado velar para que esse direito não fosse afetado. Ainda, a constituição Chinesa, datada de 1982, dispõe sobre a proteção dos bosques e florestas e estimula o reflorestamento (SILVA, 2009, p. 44).

Dessa forma, ao ingressar em diversas Cartas Constitucionais, o meio ambiente passou a ser objeto recebedor de maior atenção por parte do poder público. As nações que em período anterior apenas priorizavam o desenvolvimento econômico passaram a considerar o meio ambiente como fundamental para a qualidade de vida e desenvolvimento humano. O Brasil também seguiu a tendência mundial, assegurando, na Constituição de 1988, em seu artigo 225, a tutela ao meio ambiente.

1.2 Questão ambiental nas constituições brasileiras

Seguindo a tendência mundial, o meio ambiente também passou a ser protegido pela Constituição Federal Brasileira de 1988. As Constituições Brasileiras anteriores à de 1988 tratavam as questões ambientais apenas de formas gerais.

Segundo Milaré (2015, p. 169), a Constituição do Império de 1824 não fazia qualquer referência à matéria, cuidava apenas da proibição de indústrias contrárias à saúde do cidadão. Já a Carta da República de 1891 atribuía competência legislativa à União para legislar sobre suas minas e terras. A Constituição de 1934, por sua vez, dispensou proteção às belezas naturais, ao patrimônio histórico, artístico e cultural e conferiu à União competência em matéria de riquezas do subsolo, mineração, águas, florestas, caça, pesca e suas explorações. Seguindo na mesma linha, a Carta Constitucional de 1937 também preocupou-se com a proteção dos monumentos históricos, artísticos e culturais, incluindo legislação sobre minas, água, caça, pesca e suas explorações. Do mesmo modo, a Constituição de 1946 manteve a defesa do patrimônio histórico, paisagístico e cultural e a legislação sobre minas, água, caça, pesca e suas explorações. De natureza igual, a Constituição de 1967 manteve as mesmas tendências, e a Carta de 1969 acrescentou que “o mau uso da terra impedirá o proprietário de receber incentivos e auxílio do Governo”.

Muito embora se tenha visto algumas leves tendências à proteção ao meio ambiente em período anterior a 1988, a Constituição de 1988 foi, no entanto, a primeira a tratar de forma explícita das questões ambientais. Da mesma forma, foi a primeira Constituição em que a expressão “meio ambiente” foi mencionada. Para Silva (2009, p. 84), esta é uma Constituição eminentemente ambientalista, pois assumiu o tratamento da matéria em termos amplos e modernos. Ainda, a questão ambiental permeia todo o seu texto, correlacionada com os temas fundamentais da ordem constitucional. Ao ingressar na Carta Constitucional de 1988, o meio ambiente passou a ser equiparado a um direito fundamental.

3 Meio ambiente como direito fundamental

A Constituição de 1988, ao conferir, em seu artigo 225, *caput* e seus parágrafos, a proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, conferiu de forma positivada a proteção ao meio ambiente. Ainda, entendeu o constituinte ser o meio ambiente direito de *todos*, ressaltando o caráter difuso do bem ambiental. Em síntese, o meio ambiente passou a ter características individuais e coletivas ao mesmo tempo, portanto, este passou a ser direito fundamental.

Mais do que um direito fundamental, o direito ao meio ambiente equilibrado constitui, para alguns autores, um princípio (BAPTISTA, 2015, p. 16). Para Canotilho, a compreensão antropocêntrica de ambiente justifica a consagração do direito ao ambiente como um direito constitucional fundamental. Assim afirma o doutrinador:

Por outro lado, trata-se de um direito positivo a uma acção do Estado, no sentido de defender o ambiente e de controlar as acções de degradação ambiental, impondo-lhes as correspondentes obrigações políticas, legislativas, administrativas e penais. Nessa vertente, que é a que avulta nesse preceito, estamos perante um genuíno direito social. (CANOTILHO, 2007, p. 845).

Em outras palavras, entende o doutrinador a importância do papel do Estado no sentido de estabelecer políticas públicas a fim de proteger o meio ambiente. Da mesma forma, sustenta ser a tutela ambiental centrada no homem e não no ambiente em si.

Na mesma linha, Hartmann (2010, p. 35) também defende uma visão antropocêntrica do direito ambiental na Carta da República. O autor sustenta que ao menos que se adote uma visão antropocêntrica, torna-se incompatível afirmar que o ambiente deve ser preservado em razão do interesse do homem. Assevera, ainda, que a proteção ambiental está estritamente ligada ao interesse do bem comum, sendo apropriado que seja tratado por um órgão com legitimidade política.

Para Mello (2018, p. 27), a Carta Federal, no artigo 225, assegura ao cidadão o direito ao meio ambiente sadio e equi-

librado. Trata-se de direito fundamental de terceira geração, fundado a partir dos valores de solidariedade e fraternidade que devem permear as gerações, dotado de altíssimo teor de humanismo e universalidade. Assim leciona:

Este ponto é de alta importância: o direito aproveita ao ser humano considerado tanto em individualidade quanto em coletividade, devendo ser comprometido como bem maior imprescindível à sobrevivência, valor ético essencial da humanidade, de modo que a proteção não cabe apenas ao Estado, mas à todos. (MELLO, 2018, p. 27).

Dessa forma, resta evidenciado o caráter dúplice do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, ou seja, o caráter individual e social, uma vez que, juntamente com o direito à vida, à igualdade e à liberdade, está caracterizado pelo seu aspecto social, transcendendo a individualidade.

Pela lição de Canotilho (2007, p. 844) o direito fundamental ao meio ambiente é um *direito negativo*, ou seja, um direito à abstenção, por parte do Estado e de terceiros. Em outras palavras, ou autor refere-se a uma abstenção a práticas nocivas a bens ambientais. Este também assevera ser um direito positivo, de ter a garantia de um ambiente ecologicamente equilibrado.

De acordo com Gavião Filho (2005, p. 47) a partir da ideia do ambiente como direito fundamental podem ser extraídas diversas posições jurídicas definitivas e *prima facie*, as quais são justificadas pelo interesse da integridade do ambiente, que é um bem coletivo.

A abordagem ecológica do Direito Constitucional é justificada em razão da importância que a qualidade e o equilíbrio ambiental tem para a promoção dos direitos fundamentais. Direitos como a vida, a integridade física, a propriedade, a saúde, a educação, a moradia, a alimentação e o saneamento básico estão diretamente relacionados com o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, princípio este consagrado no artigo 225, *caput*, da Constituição Federal (SARLET, 2012, p. 29-30).

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, ao ingressar na Carta Constitucional de 1988, trouxe a consciência da necessidade de conviver em harmonia com o meio

ambiente. Ao expressar que “todos tem direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo, essencial a sadia qualidade de vida” deixou-se de forma manifesta que se trata de norma de direito fundamental. Sendo assim, torna-se plenamente justificável a equiparação do direito ao meio ambiente equilibrado a um direito fundamental.

4 Conclusão

O direito à proteção ambiental significou grande avanço na legislação ambiental constitucional. Dessa forma entende-se caber ao Estado e à coletividade tutelar sobre o meio ambiente por meio de políticas públicas a fim de que este possa ser efetivamente protegido para as presentes e futuras gerações.

Tem-se, desse modo, o objetivo de ultrapassar o individualismo para chegar-se a uma sociedade que coopera com o Estado frente aos problemas ambientais. Há, portanto, um dever transindividual, baseado na ponderação dos interesses econômicos, sociais, visando não apenas o bem estar, mas a sobrevivência do planeta e das diversas formas de vida que nele habitam. Para tanto, se faz, necessária a justificção racional do uso de recursos naturais.

Referências

BAPTISTA, Olívia Cerdoura Garjaka. Direito Fundamental ao meio ambiente saudável. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 91, a. 23, p. 16-27, abr-jun-2015.

BATISTA, Eduardo Uszacki. A utilização da função extrafiscal dos tributos como mecanismo de efetivação do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. **Revista Fórum de Direito Tributário**, Belo Horizonte, v. 14, p. 159-181, nov./dez. 2016.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 13 out. 1988.

CANOTILHO, José Joaquim, Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. v. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. **Direito Fundamental ao Ambiente**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

HARTMANN, Ivar Alberto Martins. **e-codemocracia: proteção ao meio ambiente no ciberespaço**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. A vaquejada, a interpretação constitucional e o direito fundamental ao meio ambiente. **Fórum de Direito Urbano e Ambiental**, Belo Horizonte. v. 17, n. 97, p. 25-33, jan./fev. 2018.

MILARÉ, Édis. **Direito do Meio Ambiente**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional: Direitos Fundamentais**. Tomo IV. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ambiental: Constituição, direitos fundamentais e proteção ambiental**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Direito Constitucional Ambiental**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. Fundamentos Constitucionais da Proteção Ambiental. In: DAIBERT, Arlindo (Org.). **Direito Ambiental Comparado**. Belo Horizonte: Forum, 2008. p. 83-101.

DIREITO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR E JURISDIÇÃO: A (NÃO) NECESSIDADE DE APLICAÇÃO DOS TERMOS DA LEI Nº 8.429/92 AO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

Vinícius Filipin¹

¹ Mestrando do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). Especialista em Direito do Estado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da FMP. Professor Convidado do Programa de Pós-Graduação em Direito Administrativo e Gestão Pública da FMP. Advogado. E-mail: vini.filipin@gmail.com.

Resumo

Este artigo tem como objetivo abordar a aplicação, no âmbito do direito administrativo disciplinar, da pena de demissão em razão de ato de improbidade administrativa perpetrado por agentes públicos. Parte-se, para tanto, do estudo doutrinário acerca do Direito Administrativo Disciplinar, bem como das responsabilidades dos servidores públicos. Segue-se, por fim, à compreensão da repercussão das decisões nas esferas de responsabilidade dos servidores, destacando-se a administrativa, para que então perceba-se a possibilidade, ou não, da aplicação da pena disciplinar de demissão em desfavor de servidor público que tenha cometido ato de improbidade administrativa.

Palavras-chave: Direito administrativo disciplinar. Responsabilidade dos servidores públicos. Improbidade administrativa.

Abstract

This article aims to present the application, on the disciplinary administrative law, of the penalty of dismissal caused by administrative improbity performed by public agent. Therefore, it is based on the study of doctrine on Disciplinary Administrative Law, as well as on the responsibilities of public servants. Finally, aims to understand the consequences of decisions in the spheres of responsibility of the public servants, administrative, in particular, so that it becomes possible to perceive the possibility or not to dismiss a public servant who has committed an act of administrative improbity.

Keywords: Disciplinary Administrative Law; Responsibilities of Public Servants; Administrative Improbity.

1 Introdução

Para que as atividades desenvolvidas pela Administração Pública sejam possíveis, imprescindível é que a ela sejam atribuídos prerrogativas ou poderes que, ao cabo, permitam alcançar seus próprios fins. A este conjunto de prerrogativas ou poderes dá-se o nome de poderes administrativos ou poderes da Administração, os quais relacionam-se, exatamente, com o desempenho da função administrativa. Esta função, na lição de Canotilho (1998, p. 488-489), pode ser compreendida sob os mais variados aspectos, tanto no sentido de atividade e tarefa quanto no sentido da dimensão ou aspecto que uma norma jurídica é apresentada, também equivalendo ao “poder”, à “competência” e, por fim, como “relação referencial entre uma norma de competência e os fins dessa mesma norma”.

Os poderes da Administração Pública decorrem, em verdade, dos princípios que moldam a função administrativa estatal, e àquela são inerentes, pois são requisitos que legitimam a sobreposição da lei aos interesses particulares. Nesse sentido, a doutrina administrativista brasileira costuma apontar a existência de pelo menos cinco espécies de poderes da Administração, a saber, o discricionário, o regulamentar, o de polícia, os decorrentes da hierarquia e o poder disciplinar. O presente artigo abordará os dois últimos poderes, pois são precípuos ao próprio direito administrativo disciplinar, objeto deste estudo.

Com efeito, poder disciplinar (ou a disciplina) tem como pressuposto o poder hierárquico (hierarquia). No entanto, com ele não se confunde, uma vez que poder disciplinar é consequência do poder hierárquico. Vale dizer, a disciplina impescinde da hierarquia, pela qual torna-se cogente a obediência aos deveres funcionais, sob pena de aplicação de penas disciplinares presentes nos estatutos funcionais.

Função, portanto, é expressão do poder estatal que, conforme Grau (1998, p. 176-177), preordena-se “às finalidades de interesse coletivo”, sendo “objeto de um dever jurídico”. Segundo Medauar (2016, p. 110), o poder administrativo tem

especial nuance mediante a noção dessa função, pois verte a um fim específico, do qual decorrem não apenas prerrogativas ou poderes, mas obrigações, deveres e sujeições. Portanto, conforme ensina Taborda (2005, p. 266), a cada função administrativa (ou atividade estatal) atribui-se uma especificidade resultante, materialmente, de seus resultados, mas também pelas formalidades que implica e a competência para que seja emanada, dotando-se, assim, de caráter contínuo e duradouro.

Logo, poder hierárquico é, como ensina Madeira (2004, p. 83), aquele do qual dispõe o Estado para distribuir e escalonar as funções de seus órgãos, ordenar e rever a atuação de seus agentes, estabelecendo a relação de subordinação entre os servidores de seu quadro de pessoal. Igualmente, o poder disciplinar é classificado em um sistema de maior amplitude, o qual se pauta, obrigatoriamente, pela legalidade, até porque a apuração de responsabilidade deve, no Estado Democrático de Direito que impera, encontrar seu balizador na segurança jurídica, a qual garante a convivência estruturada e pacífica da sociedade, denotando uma administração em consonância com os preceitos democráticos que prestigiam direitos e garantias fundamentais.

Nesse sentido, a presente pesquisa tem por objetivo analisar a improbidade administrativa sob o ponto de vista de suas sanções, em especial as de âmbito administrativo. Parte-se da já sabida responsabilidade dos servidores públicos, os quais sujeitam-se às sanções de ordem civil, penal e administrativa. Contudo, considerar-se-á as pertinentes discussões doutrinárias quanto à natureza jurídica da improbidade administrativa e suas sanções positivadas na Lei n. 8.429/92, o que importa no questionamento quanto à legitimidade ou legalidade da aplicação da pena de demissão, no âmbito administrativo disciplinar, motivada pela prática de ato de improbidade administrativa, tenha esta relação com a Lei Geral e sua processualidade ou não.

2 A demissão como penalidade disciplinar na hipótese de improbidade administrativa

A partir do direito administrativo disciplinar, os servidores públicos estão sujeitos às sanções pela prática de determinados atos. Assim, o poder disciplinar confere à Administração Pública um instrumento de controle, tendo por escopo inibir e punir infrações. Não obstante, é imprescindível considerar que, mais do que parte de um sistema de controle interno, ou mais que um poder-dever discricionário, o poder disciplinar enquadra-se em um sistema de maior amplitude no qual seu maior condutor é, indubitavelmente, a legalidade, porquanto inexista espaço para que situações juridicamente indefinidas sejam cometidas — o que, por óbvio, não encontra espaço em um Estado Democrático de Direito.

Na clássica lição de Cavalcanti, o poder disciplinar reúne “todo o regime jurídico relacionado com as sanções internas aplicadas” (1966, p. 105) que são, hodiernamente, aplicadas aos servidores públicos. É sabido, aliás, que os agentes públicos e, em particular, os servidores públicos, estão sujeitos a consequências que se dividem, basicamente, em três, quais sejam a decorrente da responsabilidade civil, a da responsabilidade penal e, por fim, a da responsabilidade administrativa (disciplinar e funcional).

A responsabilidade administrativa consiste, portanto, na situação de submissão perante o Estado e a sociedade, a qual importa no dever do servidor de responder pelos efeitos dos atos praticados. Esta responsabilidade traduz-se em diversos deveres, tais como prestar contas e esclarecimentos quantos aos próprios atos. No entanto, sua manifestação mais grave é, indubitavelmente, aquela que consiste no sancionamento administrativo. Com efeito, a Administração Pública possui o dever de apurar a responsabilidade administrativa, mesmo que a responsabilidade civil ou a penal sejam satisfeitas com, respectivamente, a reparação material do dano e o trânsito em julgado do processo criminal.

Logo, a verdade deve ser buscada de modo efetivo pela Administração, sob pena, inclusive, de responsabilidade, em assim não agindo. Por consequência, é seu dever, igualmente, aplicar a punição sempre que cabível, porquanto seu interesse seja indisponível, não havendo de se falar em conveniência e oportunidade em proceder ou não à apuração.

O direito administrativo disciplinar cumpre, na lição de Bacellar Filho (2013, p. 38-39), a duas funções. De um lado, a previsão geral e abstrata de hipóteses de fatos que são considerados ilícitos administrativos com suas respectivas sanções. De outro, as condições e formalidades intrínsecas à averiguação destes ilícitos por parte da Administração, da prática de certo fato por agente determinado com sua correspondente reação.

Assim, torna-se necessária a referência ao direito administrativo disciplinar material ou substancial, bem como ao direito administrativo disciplinar formal ou processual, as quais ligam-se em complementação recíproca. O direito administrativo disciplinar mantém, portanto, o processo administrativo disciplinar pressuposto de sua própria justificativa teórica e normativa. Isto porque a Constituição Federal de 1988 coloca que o direito administrativo disciplinar só pode ocorrer por intermédio de processo, certo de que *nulla poena sine iudicio*: não há pena sem processo.

Como visto, os servidores públicos (agentes públicos, no sentido geral) são responsáveis civil, penal e administrativamente pelos atos ilícitos praticados. Estes atos ilícitos, contudo, muitas vezes são confundidos em uma só ação. Vale dizer que, quando um servidor público motiva um ato, este mesmo evento poderá submetê-lo à responsabilidade no âmbito civil, penal e administrativo, cada qual perquirida pelo órgão competente. O mesmo vale em se tratando de ato de improbidade administrativa, pela qual, não restam dúvidas, a responsabilidade do servidor é atingida, de forma independente, em todas as searas. Tanto é verdade que a própria Lei nº 8.429/92 expressamente prevê que as penalidades de que trata o artigo 12 serão aplicadas “independentemente das sanções penais, civis e administrativas” (BRASIL, 1992).

Tal preceito, cuja natureza revela-se, no entender de Garcia e Alves (2013, p. 678), como eminentemente material, busca suprimir qualquer dúvida que haja no sentido de que a aplicação de uma sanção em uma seara não afasta sanções passíveis nas demais, quando motivadas pelo mesmo ato (ou, ao menos, que seja relacionada faticamente).

No entanto, no que concerne às sanções passíveis de aplicação ao ímprobo, a independência entre as instâncias apresenta-se absoluta, mas é tão somente relativa quanto à responsabilidade de interpenetração dos efeitos da decisão proferida em uma seara nas demais. Trata-se, com efeito, de um dos temas mais relevantes dentro da responsabilidade dos servidores públicos, o qual cuida, justamente, da repercussão do decisório penal no âmbito da Administração, em especial no aspecto administrativo.

3 Improbidade administrativa e a independência entre as instâncias: a repercussão de decisões e a não violação do princípio do non bis in idem

Nesta correlação entre responsabilidade penal e a actio civilis ex delicto, Garcia e Alves (2013, p. 679-680) ensinam que os vários sistemas legislativos estudados pela doutrina penal dão conta de, pelo menos, quatro grandes grupos, quais sejam o da solidariedade, o da confusão, o da livre escolha e, por fim, o da independência.

Nos países que seguem, neste particular, o da solidariedade correm duas ações diferentes, sendo uma penal e a outra civil, porém em um mesmo processo diante de um mesmo juiz, que é o criminal. Já no sistema de confusão, prosseguem os autores, há uma única ação, civil e penal, o que possibilita um direito amplo de pedir ao judiciário a reparação total do prejuízo causado pelo crime. No sistema de livre escolha, por seu turno, dá-se à parte a faculdade de cumular as duas ações no processo

penal, operando-se o brocardo *electa una via non datur recursus alteram*. Por fim, no sistema de independência, a ação civil só pode ser processada no juízo cível, podendo este escolher pela suspensão do processo civil até o julgamento final do criminal (GARCIA; ALVES, 2013, p. 679-680).

A repercussão da decisão penal na esfera administrativa, por seu turno, exige melhor atenção. Isto porque diversas questões são suscitadas quando do cotejo deste assunto. Para melhor entendimento, Di Pietro (2017, p. 785) sugere separar em duas hipóteses profundamente diversas: a primeira diz respeito às infrações praticadas pelos agentes públicos que são, ao mesmo tempo, definidas em lei como ilícito penal e ilícito administrativo, ao passo que a segunda é no caso da infração praticada constituir apenas ilícito penal.

Nos crimes funcionais, ou seja, naqueles tipificados na lei penal e na lei administrativa, a repercussão da sentença dependerá de suas consequências. Em sendo condenatória, a decisão penal terá de refletir na esfera da Administração. Ou seja, se o juiz reconhece que o agente público praticou crime conexo à função, é dever da Administração Pública considerar a conduta como ilícita administrativamente também. Neste caso, por haver decisão definitiva quanto ao fato e à autoria, aplica-se o artigo 935 do Código Civil, pelo qual a existência do fato ou sobre quem seja seu autor não poderá ser questionada quando estas questões estiverem decididas no juízo criminal. Vale dizer, a instância penal obriga a administrativa.

No tocante aos crimes não funcionais, que são aqueles que não implicam em conexão entre ilícito penal e ilícito administrativo, situação diversa é assistida, pois, nestes casos, a decisão absolutória proferida pelo juiz penal, seja qual for a fundamentação de sua sentença, repercute sobre a esfera administrativa, pois, nesta matéria, a competência é exclusiva do Poder Judiciário. Assim, tem lugar a noção acerca da falta residual, que ocorre quando o servidor é punido administrativamente caso, para além do fato pelo qual restou absolvido, remanesça outra infração administrativa.

Com efeito, predomina no ordenamento jurídico brasileiro o fato de que as esferas civil, penal e administrativa (disciplinar) são independentes entre si, razão pela qual as decisões não influem umas nas outras, ressalvados os casos e circunstâncias já apontados, pelos quais a sentença penal condenatória projetará efeitos nas outras instâncias.

No entanto, há de se cuidar para essa noção não se confunda com a que impõe o princípio do *non bis in idem*, pelo qual ninguém será punido duas vezes pelo mesmo fato. Isto porque o entendimento é unânime no sentido de que o princípio do *non bis in idem* só é violado quando alguém é responsabilizado pela prática de um mesmo fato mais de uma vez na mesma instância. Assim, não há de se falar em proibição de cumulação de sanções quando aplicadas penas na seara administrativa, penal e civil, ainda que motivadas pelos mesmos fatos.

Não se pode confundir as sanções da Lei de Improbidade Administrativa com as sanções funcionais das quais tratam os estatutos dos servidores públicos, em especial os servidores federais e estaduais que, conforme já visto, possuem a prática de ato improbidade administrativa como fundamento para imposição de penalidade disciplinar. Isto porque estas sanções dotam-se de natureza administrativa, consistindo em advertência (ou repreensão), suspensão, demissão, cassação de disponibilidade ou aposentadoria ou destituição de função gratificada.

Finalmente, em se tratando de sanções de natureza civil e política, a aplicação não cabe à Administração Pública, ainda que seja plenamente possível (e, em alguns casos, obrigatório) que seja instaurado concomitantemente o processo administrativo para apurar a responsabilidade de servidores envolvidos nos atos de improbidade e aplicadas as penalidades previstas no respectivo estatuto. Até porque é necessário perceber que a Lei n. 8.429/92 não é lei federal, e sim lei nacional, ou seja, é obrigatória a todas as esferas de governo cujos conceitos atinentes aos sujeitos, aos atos e às penas devem ser adotados.

A problemática, contudo, instaura-se quando da consequência causada pela independência das instâncias no sentido de que um agente ímprobo pode (ou deve, eis que se trata, em

verdade, de um poder-dever da Administração Pública) ser punido, pelo mesmo fato, criminal e administrativamente, para além, por óbvio, da reparação civil dos danos causados. Isto porque constitui-se em motivo para aplicação de penalidade administrativa a prática de ato de improbidade, conforme previsão nos estatutos funcionais.

Logo, emerge a discussão quanto à extensão de aplicabilidade dos preceitos da Lei 8.429/92 na seara do direito administrativo disciplinar, sobremaneira a partir de possível revogação tácita dos dispositivos de estatutos de servidores públicos que tipificam a improbidade administrativa de forma genérica. É necessário, assim, tratar da problemática da abstratividade e generalidade na utilização do conceito de improbidade administrativa.

Em se tratando da pena de demissão, objeto deste estudo, é no artigo 132 do Estatuto Federal e no artigo 191 do Estatuto Estadual que suas hipóteses são referidas, em *numerus clausus*. A despeito de eventuais diferenças de ordem terminológica ou lógica na enumeração de incisos, a verdade é que ambos preveem a demissão em hipóteses muito semelhantes. São elas, dentre outras, o abandono de emprego, a inassiduidade, a prática de crime contra a administração pública, a aplicação irregular de dinheiros públicos, a revelação de segredo do qual o servidor se apropriou em razão do cargo e, também, a improbidade administrativa.

A aludida problemática já surge quando percebido que a Lei da Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92), que dispôs sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos que pratiquem ato de improbidade, preconizou, contudo, em seu artigo 20, que a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos em razão do cometimento dos atos de improbidade só seriam efetivadas quando do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Tem-se, assim, o primeiro imbróglio, sendo questionável a legalidade de eventual aplicação da pena de demissão, no âmbito administrativo, por ato de improbidade administrativa, seja o trânsito em julgado da sentença condenatória. A solução parece

estar no que já fora exposto e, também, nos próprios estatutos de servidores, já que prevalece na doutrina e na jurisprudência brasileira, sobretudo dos Tribunais superiores, a tese de que as esferas são independentes, ou seja, a aplicação da sanção administrativa preside de decisão judicial penal, com exceção nos casos de absolvição criminal que negue a existência do fato ou a autoria.

Com efeito, a Lei de Improbidade Administrativa significa um avanço na tutela dos interesses públicos que a Administração Pública deve representar. Isto se dá porque aquela regulou, de forma direta e formal, a matéria até então tratada de modo genérico pelos estatutos, inclusive o dos servidores públicos federais. Daí porque já se sustentou, tanto na doutrina como nos julgados levados ao apreço do Poder Judiciário, que os dispositivos esparsos sobre a improbidade administrativa na legislação infra não mais vigorariam, pois a lei geral os teria revogado tacitamente. Esta tese, contudo, não prospera entre os demais doutrinadores do Direito Administrativo, e também não encontra guarida na jurisprudência dos tribunais brasileiros, que, apoiados no §4º do artigo 37 da Constituição Federal e na própria Lei de Improbidade Administrativa, defendem que a Administração não necessita recorrer ao Judiciário para impor sanção administrativa.

No que tange à possível revogação, ou não, pela Lei de Improbidade Administrativa, da disposição estatutária quanto à improbidade como motivo para aplicação da pena de demissão, entende o Superior Tribunal de Justiça, na esteira das lições doutrinárias já expostas, que aquela lei não revogou, de forma expressa ou tácita, os dispositivos da Lei nº 8.112/90, pois tão-somente buscou definir os desvios de conduta que configurariam atos de improbidade. Por consequência, a Administração Pública, ao exercer seu poder disciplinar, pode, conforme a jurisprudência brasileira, buscar na Lei de Improbidade Administrativa os conceitos por ela introduzidos, para fins de tipificar a conduta de um servidor como ato de improbidade administrativa e, na seara disciplinar, aplicar a pena de demissão.

No entanto, há de se ter cautela, no seio do direito administrativo disciplinar, para que a improbidade administrativa como hipótese de aplicação da pena de demissão não seja utilizada de modo arbitrária e desvirtuada da função precípua de punir o sujeito verdadeiramente ímprobo, entendido este como praticante de ato que seja, de fato, improbidade administrativa.

4 Conclusão

De fato, o estudo do Direito Administrativo é rico e, de certa forma, controverso. Com a realização desta pesquisa, pretendeu-se analisar como o Direito Administrativo Disciplinar se relaciona com o combate à improbidade administrativa e, mais especificamente, como e quando a demissão de servidor público, no âmbito do processo administrativo disciplinar, mostra-se adequada ao ser motivada pela prática de ato de improbidade.

Há de se buscar, portanto, a aplicação do direito administrativo disciplinar, sendo espécie do direito administrativo sancionador, a idônea e verdadeira tutela da probidade administrativa, permitindo que os atos praticados pelos agentes públicos sejam controlados e que crimes, faltas funcionais e infringência a deveres não resultem na impunidade.

Esta busca, pelo exposto, não pode representar, de outro lado, o uso desenfreado, abusivo e vulgar do conceito de improbidade administrativa, principalmente sob o ponto de vista negativo, ou seja, valendo-se de atos ou circunstâncias que não são ímprobos pelo termos legais e científicos que valem no ordenamento jurídico brasileiro, sob pena desvirtuar, em detrimento do imprescindível princípio do devido processo legal, o combate à corrupção e à falta de moralidade que há muito tempo domina este país.

Impõe, pois, que a utilização da improbidade administrativa, no âmbito do direito administrativo disciplinar, tenha de ser feita com cautela, sob pena de ser utilizada de modo arbitrário e desvirtuada da importante função de punir o sujeito verdadeiramente ímprobo, pois, como apontado, a realidade tem

demonstrado a utilização de comandos genéricos e vulgares no uso do termo “improbidade administrativa”, sem que haja respeito à lei geral e suas implicações.

Referências

- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 13 out. 1988.
- BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 jan. 2002.
- BRASIL. Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 19 abr. 1991.
- 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. 1992.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.
- CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Direito e processo disciplinar**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1966.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Forense, 2017.
- GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MADEIRA, José Maria Pinheiro. **Administração pública**: centralizada e descentralizada. 2. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 20. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da Improbidade Administrativa**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A ABERTURA MATERIAL DO SEU CATÁLOGO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Thales Borges Delapieve¹

¹ Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Pós-graduado lato sensu pela Escola Superior da Magistratura do RS. Especialista em processo civil pela PUCRS. Mestrando em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). Email: thales.delapieve@terra.com.br

RESUMO

O presente trabalho tem por finalidade analisar a evolução dos direitos fundamentais e como estes se materializam na Constituição Federal. Da mesma forma, demonstrar-se-á como, por meio da efetivação e ampliação dos direitos fundamentais, o Brasil poderá tornar-se um Estado Democrático e Social de Direito de fato, concretizando a ideia de Estado pensada pelo legislador constituinte originário em 1988. Assim, comprovar-se-á que não é por meio da supressão e relativização de direitos que se pode pensar em um futuro melhor para o Brasil, objetivando a constatação de que é em momentos de crise, como o que está sendo vivenciado, que se testa o quanto é possível enraizar na sociedade uma cultura democrática e de respeito aos direitos fundamentais. O método de abordagem utilizado no trabalho é o crítico-dialético e a técnica de pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Catálogo aberto. Direito constitucional. Direitos fundamentais. Garantias constitucionais. Estado democrático.

Abstract

The purpose of this essay is to analyze the evolution of fundamental rights and how these are materialized in Brazil's Constitution. In this sense, to demonstrate how through the realization of fundamental rights, Brazil can become a Democratic and Social State of Law, thus concretizing the idea of State thought by the original legislators. And through this, prove that it is not with the suppression and relativization of rights that we can hope for a better future for Brazil, coming to the realization that it is in moments of crisis, such as we are experiencing right now, that it is possible to test how much a democratic culture is rooted in a society and its respect for fundamental rights. The method of approach used in this essay is critical-dialectic with a technique of bibliographic research.

Keywords: Open catalog. Constitutional right. Fundamental rights. Constitutional guarantees. Democratic State.

1 Introdução

Com a evolução da sociedade, originaram-se direitos essenciais à existência da própria sociedade e daqueles que nela vivem, denominados direitos fundamentais. Estes direitos derivam diretamente do prisma da dignidade da pessoa humana e dizem respeito àquilo que consagra efetivamente um Estado Democrático de Direito.

No Brasil, a afirmação dos direitos fundamentais, enquanto valor a ser protegido, só foi possível com a redemocratização do país, após mais de 20 anos de ditadura militar, quando foram observados os efeitos nefastos que a ausência de democracia e o desrespeito às liberdades e às garantias individuais acarretam dentro de uma sociedade.

Durante o processo de abertura política, expandiu-se o anseio por dotar o Brasil de uma nova constituição, que substituisse a outorgada em 1967, a qual visava proteger unicamente os interesses da ditadura imposta, por uma nova que defendesse os valores democráticos e liberdades individuais. Conseqüentemente, convocou-se uma assembleia nacional constituinte, cujo longo e extenso trabalho findou na Constituição Federal de 1988, chamada de “Constituição Cidadã”, que representou grande avanço no reconhecimento e na valorização dos direitos fundamentais dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

Prestes a completar 30 anos, a Constituição Federal Brasileira ainda é considerada por muitos como de vanguarda e à frente de seu tempo. Assim, objetiva-se com este trabalho demonstrar a importância dos direitos fundamentais na Constituição Federal, traçando um panorama geral de sua autoridade e como esta se materializa na Constituição Federal de 1988, abordando, posteriormente, o catálogo aberto nela previsto, o qual funciona como mecanismo de efetivação e ampliação dos direitos fundamentais.

Busca-se, portanto, a demonstração do caráter essencial dos direitos fundamentais como ferramentas para efetivação de um Estado Democrático e Social de Direito, conforme pensado

pelo Legislador Constitucional em 1998, bem como a valorização da Constituição e, em especial, a atenção dispensada nesta aos direitos fundamentais, servindo de alerta para que a crise geral enfrentada pelo Brasil não sirva de pretexto para o retrocesso e autoritarismo.

2 Os direitos fundamentais

A noção da Constituição enquanto norma suprema dentro de um ordenamento jurídico está atrelada, fundamentalmente, à ideia de que os valores mais caros aos seres humanos devem ser resguardados no documento jurídico com força vinculativa máxima.

Dessa forma, os direitos e as garantias fundamentais são definidos por Bulos como

[...] o conjunto de normas, princípios, prerrogativas, deveres e institutos inerentes à soberania popular, que garantem a convivência pacífica, digna livre e igualitária, independentemente de credo, raça, origem, cor, condição econômica ou status social.

Sem os direitos fundamentais, o homem não vive, não convive, e, em alguns casos, não sobrevive. (BULOS, 2008, p. 404).

Assim, tem-se que os direitos fundamentais são a base de um Estado Democrático de Direito, substanciais para que o ser humano possa viver e se desenvolver com dignidade.

A amplitude alcançada pelos direitos fundamentais gera profundas discussões em relação aos aspectos ligados à sua natureza e às suas implicações em todo ordenamento jurídico. Conforme aponta Sarlet, a adoção da expressão “direitos e garantias fundamentais” para nomear o Título II da Constituição Federal abrange todas as demais espécies de direitos fundamentais, em específico os direitos e deveres individuais e coletivos, os direitos sociais, a nacionalidade, os direitos políticos e o regramento dos partidos políticos (2015, p. 28).

Em contrapartida, a evolução dos direitos fundamentais implicou em mudança de conteúdo e titularidade, de modo que passou a ser estudada a existência três dimensões dos direitos fundamentais (MENDES, 2013, p. 155), existindo, ainda, parte da doutrina que defenda a existência de uma quarta dimensão, e outros, de posições mais isoladas, a existência de quinta e sexta dimensão.

A primeira dimensão diz respeito aos direitos inspirados pelo pensamento burguês-liberal do século XVIII, os quais buscavam uma esfera de autonomia pessoal resistente às expansões do Poder do Estado. Estes direitos, chamados de direitos de defesa, possuem um cunho individualista e apresentam como característica principal a busca de uma autonomia individual frente ao poder exercido pelo Estado em face do indivíduo.

São enquadrados na primeira dimensão dos direitos fundamentais, os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei –compreendida esta igualdade, enquanto igualdade formal - bem como as chamadas liberdades de expressão coletiva, o direito de votar e ser votado, e algumas garantias processuais, como o devido processo legal, habeas corpus e direito de petição.

Os direitos fundamentais de segunda dimensão, diferentemente do tratamento dado aos de primeira dimensão, são considerados prestações positivas do Estado, e não mais abstrações por parte deste. Assim, afirma Sarlet que

O impacto da industrialização e os graves problemas sociais e econômicos que a acompanharam, as doutrinas socialistas e a constatação de que a consagração formal de liberdade e igualdade não gerava a garantia de seu efetivo gozo acabaram, já no decorrer do século XIX, gerando amplos movimentos reivindicatórios e o reconhecimento progressivo de direitos, atribuindo ao Estado comportamento ativo na realização da justiça social. A nota distintiva destes direitos é a sua dimensão positiva, uma vez que se cuida não mais de evitar a intervenção do Estado na esfera de liberdade individual, mas, sim, na lapidar formulação de C. Lafer, de propiciar um “direito de participar do bem-estar social. (SARLET, 2015, p. 46).

De outro lado, diante das novas reivindicações da humanidade, frente à evolução da tecnologia e aos impactos exercidos sobre o mundo, surgem os direitos fundamentais de terceira dimensão, apontados como direitos de titularidade coletiva ou difusa que destinam-se a proteção de grupos humanos, como a família, o povo ou a nação. Encontram-se consagrados, assim, o direito à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à qualidade de vida, à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural e ao direito de comunicação.

Além dessas dimensões, que são recorrentemente referidas e aceitas pela doutrina e pela maior parte das constituições democráticas modernas, há uma parcela menor de doutrinadores que referem-se à existência de mais dimensões dos direitos fundamentais. Todavia, entende Sarlet que a parcela da doutrina que arrola os direitos contra a manipulação genética, mudança de sexo, etc., como integrantes da quarta dimensão, estão vestindo com uma nova roupagem reivindicações anteriormente deduzidas nos clássicos direitos de liberdade (SARLET, 2015, p. 106).

Assim, observadas a natureza, as características e a evolução dos direitos fundamentais ao longo da história e a sua materialização dentro das constituições democráticas, passa-se a analisar os direitos fundamentais dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

2.1 Os direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro

Durante processo de abertura política, cresceu o anseio por dotar o Brasil de uma nova constituição que defendesse os valores democráticos e as liberdades individuais. Neste contexto, Sarlet refere sobre o processo de elaboração da Constituição:

Em que pesem todos os argumentos esgrimidos impugando a legitimidade do processo Constituinte deflagrado no governo José Sarney, não restam dúvidas de que as eleições livres que resultaram na instalação da Assembleia

Nacional Constituinte (ou Congresso-Constituinte), em 1º de fevereiro de 1987, propiciam um debate sem precedentes na história nacional sobre o que viria a ser conteúdo da Constituição vigente, na redação final que lhe deu o Constituinte. Embora não haja condições de reproduzir com minúcias o desenvolvimento dos trabalhos da Assembleia presidida pelo Deputado Ulysses Guimarães, importa registrar aqui a dimensão gigantesca deste processo. O anteprojeto elaborado pela Comissão de Sistematização, presidida pelo Deputado Bernardo Cabral, continha 501 artigos e atraiu cerca de 20.700 emendas. Menos expressiva mas ainda assim significativa por tratar-se do exercício de modalidade de democracia participativa, é a constatação de que o projeto foi objeto de 122 emendas populares, estas subscritas por no mínimo 30.000 eleitores. (SARLET, 2015, p. 64).

O resultado foi a Constituição Federal de 1988, conhecida como “Constituição Cidadã” por conduzir um novo entendimento para a democracia em substituição aos vastos períodos de instabilidade causados pelas ditaduras. Assim, conforme refere o ministro Cezar Peluso, a nova Constituição representou um grande avanço na construção e manutenção de uma democracia sustentável (PELUSO, 2011).

Dessarte, visando proteger a nova ordem constitucional, os Direitos Fundamentais receberam especial atenção por parte do legislador constitucional originário, que, a partir do artigo 5º da Constituição Federal, elencou diversas garantias para instrumentalizar os direitos fundamentais dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

No artigo 5º e seus incisos, consagram-se as garantias fundamentais gerais que proíbem abusos de poder e toda a forma de violação dos direitos assegurados pela Constituição. Logo após, estão as garantias fundamentais específicas, as quais instrumentalizam os direitos fundamentais e efetivam as garantias fundamentais gerais. É, portanto, por meio das garantias fundamentais específicas que os titulares encontram o procedimento, a forma, a técnica e o meio pelo qual exigir a proteção de seus direitos.

Em relação ao extenso catálogo de direitos fundamentais positivados na Constituição Federal pelo constituinte, verifica-

se uma expansão sem precedentes na história das constituições brasileiras. Foram contemplados os direitos fundamentais das três dimensões comumente aceitas pelos doutrinadores que tratam sobre a matéria e até mesmo alguns dos direitos fundamentais enquadrados na quarta dimensão, ainda que em relação a estes seja necessária uma maior cautela na verificação do seu abrigo constitucional.

Todavia, o trabalho realizado pelo legislador constituinte na elaboração da Constituição de 1988 também é suscetível de críticas. A ausência de uma técnica legislativa adequada e a falta de rigor científico na elaboração do texto constitucional são algumas das considerações a serem feitas, uma vez que encontram-se contradições no catálogo de direitos fundamentais, bem como a ausência de tratamento lógico da matéria, gerando problemas de ordem hermenêutica (SARLET, 2015, p. 68).

No entanto, ainda que existam problemas de ordem técnica na elaboração do texto final da Constituição, estes problemas não são razão para que se deixe de lado a *mens legis*, a qual resguarda a maior quantidade possível de direitos fundamentais e assegura a manutenção do Brasil como um Estado Democrático de Direito fundado na dignidade da pessoa humana.

2.2 Catálogo aberto de direitos fundamentais na constituição de 1988

Para que seja possível entender a ideia do catálogo aberto de direitos fundamentais, deve-se analisar, previamente, o aspecto relativo à dupla fundamentalidade em sentido formal e material, ligado diretamente à noção conceitual de que direitos fundamentais são opções jurídicas reconhecidas e consagradas dentro do direito constitucional de um Estado.

O aspecto da fundamentalidade formal encontra-se atrelado ao direito constitucional positivo, o qual trata da inserção dos direitos fundamentais dentro do ordenamento constitucional de um Estado, seja de maneira implícita ou explícita. Nas palavras de Sarlet:

No seu conjunto, como se percebe, tais elementos apontam para um regime jurídico qualificado, no sentido de reforçado e diferenciado em relação ao que se verifica no caso de outras normas da constituição, que, por exemplo, não são (pelo menos não todas da mesma forma) diretamente aplicáveis e não são, de regra, protegidas na condição de limites materiais ao poder de reforma constitucional. (SARLET, 2013, p. 279).

Por sua vez, a fundamentalidade material diz respeito ao conteúdo dos direitos aos quais integram-se disposições fundamentais acerca da sociedade e do Estado. Assim, o simples fato de a constituição denominar certos direitos como fundamentais não os fazem automaticamente fundamentais em seu conteúdo. Da mesma forma, podem existir direitos fundamentais que não estejam expressamente previstos no Título II da Constituição Federal, em face ao disposto no parágrafo 2º do art. 5, o qual estabelece que os direitos e garantias previstos não excluem outros que possam ser extraídos do regime e dos princípios adotados.

Desse modo, existindo direitos considerados materialmente fundamentais por seu conteúdo diferenciado, os quais estão ligados diretamente à dignidade da pessoa humana e à disposição presente no parágrafo segundo do art. 5º, encontra-se suporte para compreender a abertura do catálogo de direitos fundamentais dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

A ideia de um catálogo aberto, por sua vez, não é novidade dentro da história constitucional do Brasil, encontrando-se esta previsão desde a Constituição de 1891 e mantida em todas as constituições brasileiras seguintes. Essa previsão é inspirada na IX Emenda Constitucional da Constituição dos Estados Unidos da América (SARLET, 2013, p. 280). Ao tratar do catálogo aberto de direitos fundamentais, Moraes assevera que também são direitos fundamentais aqueles direitos e garantias expressos na Constituição Federal, ainda que não se encontrem no art. 5º, desde que estes estejam expressamente previsto no texto constitucional, ainda que de maneira difusa (2007, p. 406).

O Supremo Tribunal Federal, no que lhe concerne, reconheceu a abertura material do catálogo de direitos fundamentais,

bem como a limitação material da reforma constitucional nestes casos, no julgamento da ADI 939-7/DF, em 1994, quando reconheceu como cláusula pétrea a garantia do cidadão prevista no art. 150, III, da Constituição Federal, o qual consagra o princípio da anterioridade tributária.

Na ocasião, o STF entendeu que a tentativa do Poder Público de subtrair a garantia da anterioridade tributária expressa na Constituição poder meio da Emenda Constitucional nº 3, de 1993, deparar-se-ia com obstáculo intransponível, observado o disposto no art. 60, §4º, IV da Constituição Federal.

Igualmente, Branco que direitos não considerados expressamente como fundamentais no Título II da Constituição Federal podem ser assim classificados, a depender da análise do seu objeto e dos princípios adotados pela Constituição, de modo que a sua fundamentalidade decorre da alusão a posições jurídicas relativas à dignidade da pessoa humana (BRANCO apud MENDES, 2013, p. 171).

No mesmo sentido, entende Bulos que a previsão do parágrafo segundo do artigo 5º contempla o princípio da não tipicidade constitucional, tratando-se de um "portal que propicia o ingresso no ordenamento jurídico de normas que disporão sobre outras normas" (BULOS, 2007, p. 554), sendo portal uma norma de sobredireito semelhante à Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro. Para o autor, esta previsão na Constituição trata de norma de competência, a qual tem o objetivo de "fomentar o nascimento de um *ordenamento jurídico supraconstitucional*" (BULOS, 2007, p. 554).

Outra previsão importante está disposta no parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição Federal, o qual estabelece que tratados internacionais sobre direitos humanos aprovados no congresso nacional com quórum qualificado, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. Esta possibilidade é importante do ponto de vista dos direitos fundamentais, considerando que o critério adotado para o reconhecimento de status fundamental é o conteúdo da norma, independentemente de ser ou não produzida por uma fonte constitucional.

3 Conclusão

Ao longo deste trabalho, realizou-se uma análise dos direitos fundamentais. Esta buscou traçar as origens desses direitos e as razões de serem considerados fundamentais dentro dos mais diversos ordenamentos jurídicos. Inicialmente, observou-se a ascendência dos Direitos Fundamentais com a conseqüente noção de fragmentação em diversas dimensões, de acordo com a ideia central da dignidade da pessoa humano enquanto núcleo indissociável de um Estado Democrático de Direito.

Posteriormente, contemplou-se a forma como os direitos fundamentais foram incorporados ao direito brasileiro, focando na perspectiva da Constituição Federal de 1988, uma constituição com viés democrático, fruto dos anseios de uma população que viveu mais de 20 anos oprimida por um regime autoritário e que ansiava por Liberdade e por uma defesa institucional dessa liberdade.

A Constituição Federal consagrou um extenso rol de direitos fundamentais, os quais o legislador constitucional expressamente referiu ao longo do seu artigo 5º, adicionando, todavia, uma previsão de abertura do catálogo por entender que poderiam existir outros direitos fundamentais ainda não contemplados que, em um futuro, não poderiam ser excluídos.

Pode-se concluir, portanto, que o objetivo do legislador constitucional com a inserção de um catálogo aberto de direitos fundamentais foi propiciar a sua expansão e assegurar que nenhum direito fundamental que não tivesse sido positivado fosse destituído de sua fundamentalidade e de status constitucional.

Postas estas considerações, tem-se que tanto os direitos fundamentais previstos expressamente na Constituição Federal de 1988 quanto aqueles implícitos em seu texto, e os demais incorporados a ele pela existência de um catálogo aberto, formam as bases que dão sustentação ao Estado Social e Democrático de Direito pensado pelo legislador constituinte, devendo ser preservados e expandidos e não objeto de supressão e relativização.

Referências

- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 13 out. 1988.
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al. (Coord.). **Comentários à constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.
- PELUSO, Cesar. **Constituição, direitos fundamentais e democracia: O papel das supremas cortes**. 12 mai. 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/eua_cp.pdf>. Acesso em: 04 jun. 2017.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

