

ROGÉRIO GESTA LEAL
ANIZIO PIRES GAVIÃO FILHO
ORGANIZADORES

COLETÂNEA

II SEMINÁRIO INTERNACIONAL
TUTELAS À
EFETIVAÇÃO
DE DIREITOS
INDISPONÍVEIS

PORTO ALEGRE
2018


FMP
Fundação Escola Superior
do Ministério Público



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

COLETÂNEA
II SEMINÁRIO INTERNACIONAL
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: Lucas Machado

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

S471 Seminário Internacional Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis (2. : 2018 : Porto Alegre, RS)
Coletânea do II Seminário Internacional Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis [recurso eletrônico] / Rogério Gesta Leal, Anizio Pires Gavião Filho, organizadores. – Porto Alegre: FMP, 2018. 746 p.

Modo de acesso: <<http://www.fmp.edu.br/publicacoes>>
ISBN 978-85-69568-12-4

1. Direitos Fundamentais. 2. Segurança Pública.
3. Crimes Hediondos. 4. Combate à Corrupção.
I. Leal, Rogério Gesta. II. Gavião Filho, Anizio 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

Dando continuidade ao projeto do Programa de Mestrado em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul em reunir, anualmente, pesquisadores (docentes e discentes) que estejam trabalhando com temas relacionados a sua área de concentração envolvendo a tutelas a efetivação de Direitos Indisponíveis, vem à lume os anais do seu II Seminário Internacional, com artigos dos conferencistas e investigadores, brasileiros e internacionais, que se fizeram presentes, bem como dos artigos selecionados dentre os muitos que foram apresentados nos grupos de trabalho realizados nos dias do evento.

E em boa hora isto ocorre, haja vista os tempos de crises econômicas, políticas e institucionais que temos vivido têm posto ao nosso cotidiano sérios perigos e riscos os mais diversos, inclusive ameaçadores de liberdades e garantias fundamentais. Nestes tempos, a tentação em desconsiderar estas conquistas civilizatórias está num dos seus pontos mais altos, enquanto a efetividade dos tradicionais *checks and balances* dos Poderes do Estado e o controle do Mercado e das relações de poder engendradas está num dos seus níveis mais baixos.¹

São tão graves estes cenários – no Brasil e no exterior -, que muitos têm sustentado a necessidade de repensarmos a flexibilização de alguns direitos fundamentais em face dos estados de exceção e guerra por que passamos. Isto nos autoriza a sustentar que os compromissos políticos normatizados internacional e nacionalmente de preservar e manter prerrogativas da cidadania devem ser conformados com a cautela contra transformar os pactos civilizatórios constitucionalizados em riscos e perigos coletivos trágicos.²

1 Ver o texto de GIDDENS, Anthony. *Runaway world: how globalization is reshaping our lives*. New York: Routledge, 2000. Ver também o texto de SANTOS, Boaventura de Souza. *La caída del angelus novus – ensayos para una nueva teoría social y una nueva práctica política*. Bogotá: ILSA-Universidad Nacional de Colombia, 2003.

2 Ver o texto de BAYER, Peter Brandon. *Sacrifice and Sacred Honor: Why the Constitution Is a "Suicide Pact"*. In <https://www.questia.com/library/journal/1P3-2566159411/sacrifice-and-sacred-honor-why-the-constitution-is>, acesso em 08/01/2018.

Por certo que há tensões múltiplas – *tragic dimensions* – entre valores democráticos e respostas para emergências sociais, institucionais, políticas, econômicas, notadamente quando envolvem exposições coletivas substanciais a níveis de insegurança inéditos, não só quando estamos diante de ameaças terroristas decorrentes dos mais diversos fundamentalismos, mas também quando lidamos com o crime organizado, a lavagem de dinheiro, o tráfico de drogas, de pessoas, de armas, etc., que configuram hoje nichos de Mercado em crescente desenvolvimento descontrolado.³ Por tais razões Philip Heymann sustenta que países democráticos, diante de sérias ameaças ao seu cotidiano, devem manter e proteger a vida e as liberdades necessárias que sustentam esta Democracia, sob pena da perda destes elementos transformarem uma saudável e diversificada nação em território dividido e violento.⁴

Ao mesmo tempo, exigências e crises agudas têm desafiado boa parte dos conceitos da Democracia Constitucional Liberal e Social, muitos deles ampliados no constitucionalismo do século XX, por conta das demandas sociais crescentes e complexas, o que faz surgir, progressivamente, questionamentos sobre qual a extensão, se necessário, da periclitção de valores democráticos fundamentais que podem ser justificadas em nome da sobrevivência da própria ordem democrática constitucional? E se elas podem ser justificadas por argumentos públicos razoáveis sob o ponto de vista da legitimidade democrática, em que medida o governo democrático constitucional pode defender ações de Estado preventivas daqueles riscos e perigos sem transformá-lo em regime autoritário?

Tomemos o exemplo dos limites de poder do governo em situações de extrema instabilidade ou demandas sociais urgentes que levam ao fortalecimento conjuntural de um Poder em relação a outro, como é o caso do Executivo em face do Legislativo, isto em sistemas de governos presidencialistas como o

Brasil; ou das migrações de hegemonia de poder, como aquela que diz com tradições republicanas e presidencialistas distorcidas – também no Brasil –, nas quais histórica e culturalmente o Poder Executivo tem exercido protagonismo quase que totalitário, pela via do exagerado uso de medidas legais excepcionais (*ex vi* as Medidas Provisórias).⁵

O problema é que estas tradições de exceção, contando com a habilidade do governo em agir rapidamente, de forma por vezes pouco transparente, mas decisiva contra ameaças iminentes detectadas (algumas reais, outras muito dimensionadas, outras ainda inexistentes), tem feito com que se justifiquem – não raro de forma equivocada - estes comportamentos como processos quase naturais da Política.

De qualquer sorte, crises tendem a expandir poderes governamentais nas mãos daqueles que tem as competências de responder por elas de forma mais direta e ágil, assim como, por vezes, contrair liberdades individuais. Poderes recentemente criados e aprimorados nestas circunstâncias tem sido afirmados por muitos governos e teóricos como necessários para responder aos desafios impostos a comunidades cada vez mais impotentes diante dos efeitos perversos das relações de Mercado e de Poder hegemônicas.

Determinadas condições de extrema instabilidade política e social criadas por ações violentas e por vezes criminosas, e não precisamos falar de macro problemas internacionais, como o terrorismo, pois no Brasil podemos ficar com a recente experiência da intervenção federal civil no Rio de Janeiro, com as forças armadas⁶, tem gerado percepções e conclusões distorcidas sobre adequadas e permanentes políticas públicas preventivas e curativas de Estado a serem tomadas, marcadas, não raro, por radicalismos disjuntivos associados a discriminações étnicas,

3 Ver o texto de HOWELL, William G. *Presidential Power in War*. In *Annual Review of Political Science*, 2011, 14:89/105.

4 HEYMANN, Philip B. *Terrorism and America: a commonsense strategy for a democratic society*. London: MIT Press, 2000, p.65. Ver também o texto de PINHEIRO, Milton. (org.). *Ditadura: o que resta da transição*. São Paulo: Boitempo, 2014.

5 Ver o interessante texto de EBENSTEIN, William. *Totalitarismo - Novas Perspectivas*. Rio de Janeiro: Bloch, 1967. Ver também o texto de ESPOSITO, Roberto. *Categorias de lo impolítico*. Buenos Aires: Katz, 2006.

6 A intervenção federal no Rio de Janeiro é a primeira na vigência da Constituição de 1988, na qual as polícias civil e militar, mais o corpo de bombeiros, junto com o sistema prisional do Estado ficam sob a responsabilidade de um general do Exército.

religiosas e ideológicas de minorias.⁷ Alguns autores chegam a defender que: *as almost always happens, the individuals whose rights are sacrificed are not those who make the laws, but minorities, dissidents, and noncitizens. In those circumstances, 'we' are making a decision to sacrifice 'their' rights—not a very prudent way to balance the competing interests.*⁸

Esta forma de compreensão destes temas, como quer Stone, se afigura hoje como politicamente incorreta, razão pela quais poucos a sustentam, mas muitos acreditam em suas premissas, basta atentarmos para a forma cotidiana como certos governos tratam problemas sociais graves com regras e procedimentos de exceção. Mas quanto disto pode suportar a ordem constitucional contemporânea?

Um grupo de argumentos tem focado estas discussões sobre a ideia dos riscos de ações irracionais que os governos poderiam provocar se assim agissem, devido ao sentimento de pânico generalizado causado por patologias que afligem o cotidiano de instituições e pessoas.⁹ Outra classe de argumentos sugere que o governo deveria agir sempre racionalmente, mas não para maximizar o bem-estar de toda a política; ao invés disto, ele deveria externalizar parcial ou totalmente os custos de segurança para todos os grupos sociais – e não somente para as majorias, definindo então quais as que iria atender prioritamente.¹⁰

Ambas as perspectivas operam a partir do que podemos chamar de *Teoria das Falhas Democráticas*, a uma, pelo fato de que geralmente não é claro o que é levado em conta para detalhar a relação entre situação de emergência e medidas para efetivamente enfrentá-las; a duas, porque não se afere com

profundidade, anterioridade e permanência como devem ser enfrentadas estas emergências, com que procedimentos mais adequados para os fins de cumprimento com as obrigações constitucionais e infraconstitucionais vigentes.¹¹

Estas conjunturas todas que nos afligem estão presentes, direta ou indiretamente, nos textos presentes nesta obra, evidenciando o acerto epistemológico e civilizatório das escolhas feitas pelo PPGD da FMP, ratificando seu compromisso com a cidadania brasileira.

Uma boa leitura a todos.

Prof. Dr. Rogerio Gesta Leal

Prof. Dr. Anizio Pires Gavião

7 Ver o texto de COLE, David. *Their Liberties, Our Security: Democracy and Double Standards*. In <http://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1928&context=facpub>, 22/01/2018.

8 STONE, Geoffrey R. *Perilous Times: Free Speech in Wartime*. Chicago: Chicago University Press, 2000.

9 Ver o texto de APPADURAI, Arjun. *La nueva lógica de la violencia*. In Revista de Occidente. Madrid: Fundación Ortega y Gasset, número 266-267, julio 2003. p. 67- 82.

10 Ver o texto de BARRETO Roza, Antonio. *Normalidad y excepcionalidad: la indescifrable regularidad contemporánea de la excepción*. 2006. In <http://islandia.law.yale.edu/sela/SELA2006/papers>, acesso em 20/11/2017.

11 Ver o já clássico HOLMES, Stephen & SUNSTEIN, Cass R. *The Cost of Rights*. New York: W. W. Norton & Company, 1999.

Sumário

LITIGACIÓN MASIVA Y SISTEMA EUROPEO DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS

Luis-Andrés Cucarella Galiana..... 15

CONSTRUCCIÓN DE ENEMIGOS EN EL CONTEXTO DE LA SOCIEDAD DEL RIESGO. ANÁLISIS EN PARTICULAR DEL DELITO DE MICROTRÁFICO.

Rodrigo Ríos Álvarez..... 41

TRANSPARÊNCIA E PARTICIPAÇÃO NA GESTÃO PÚBLICA: A UTILIZAÇÃO DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL PARA APERFEIÇOAMENTO DO CONTROLE DAS FINANÇAS PÚBLICAS

Éderson Garin Porto 69

SEGURANÇA PÚBLICA E DIREITO PENAL COMO *ULTIMA RATIO* NA SOCIEDADE DE RISCOS

Rogério Gesta Leal 101

REPENSANDO O “ÚLTIMO” DA FUNDAMENTAÇÃO ÚLTIMA: A ULTIMAÇÃO COMO PROCESSO REFLEXIVO GARANTIDOR DE BOAS RAZÕES NÃO-DEFINITIVAS PARA A HERMENÊUTICA FILOSÓFICA E PARA O DIREITO JURISPRUDENCIAL

Mauricio Martins Reis 131

CRISE CIVILIZACIONAL E RACIOCÍNIO JURÍDICO

Plauto Faraco de Azevedo 155

“AS PLACAS” E A CONDUÇÃO POLÍTICA DO ESTADO: ESTUDO SOBRE A DISTINÇÃO ENTRE A FUNÇÃO ADMINISTRATIVA E A FUNÇÃO DE GOVERNO

Maren Guimarães Taborda 173

A APLICAÇÃO DAS RESPONSABILIZAÇÕES DA LEI ANTICORRUPÇÃO PARA AS ENTIDADES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA

Caroline Fockink Ritt
Chaiene Meira de Oliveira 205

A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA E A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: UMA CRÍTICA À DECISÃO DO HABEAS CORPUS Nº 126.292

Matheus Gonçalves dos Santos Trindade
Karina Mombelli Sant’ Anna 229

A INSTITUCIONALIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DO DISCURSO NA ATUAL SOCIEDADE DE INFORMAÇÃO COMO FORMA DE CONTROLE E PREVENÇÃO DA CORRUPÇÃO E DE GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Alexandre Brandão Rodrigues
Danielle Dornelles 253

A JUSTIÇA RESTAURATIVA E A POSSIBILIDADE DE PERTENCIMENTO DOS ENVOLVIDOS: UMA PERSPECTIVA DE HUMANIZAÇÃO DO SISTEMA PENAL

Karina Sartori Flores
Lucca Silveira Finocchiaro 277

A MORALIDADE E A PROIBIDADE ADMINISTRATIVA À LUZ DA CONCEPÇÃO POLÍTICA DE JUSTIÇA E DA RAZÃO PÚBLICA EM JOHN RAWLS

Vinicius Filipin..... 299

A MUTAÇÃO (IN)CONSTITUCIONAL DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: BREVE ABORDAGEM CRÍTICA SOBRE OS RECENTES ENTENDIMENTOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Rafael Fonseca Ferreira
Juliana Gonçalves de Oliveira 325

A NORMA DO PREJUIZO NAS NULIDADES: UMA ANÁLISE SOBRE SUA CLASSIFICAÇÃO NO PROCESSO PENAL DEMOCRÁTICO

Pietro Cardia Lorenzoni
Mateus Martins Machado..... 347

A NOVA PERCEPÇÃO DO AMBIENTE E A DIVERSIDADE CULTURAL COMO INSURGÊNCIAS AO PARADIGMA MODERNO

Maiara dos Santos Noronha
Raquel Fabiana Lopes SpareMBERger 369

A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR COMO DIREITO FUNDAMENTAL E O PROBLEMA DO SUPERENDIVIDAMENTO

Monique Ferrarese Stedile Ribeiro 389

A RELAÇÃO ENTRE DIREITO E MORAL: HANS KELSEN E RONALD DWORKIN

Monique Ferrarese Stedile Ribeiro 417

A SEGURANÇA SOCIAL NO MERCOSUL E A (IN)EFICÁCIA DO ACORDO MULTILATERAL DO BLOCO PARA A TUTELA DO TRABALHADOR MIGRANTE RESIDENTE NO BRASIL

Eduardo Machado Mildner 439

APONTAMENTOS ACERCA DA CONCESSÃO JUDICIAL INDIVIDUALIZADA DE MEDICAMENTOS NÃO CONSTANTES DAS LISTAS DO SUS FRENTE A QUESTÃO ORÇAMENTÁRIA

Leopoldo Ayres de Vasconcelos Neto
Maria Valentina de Moraes 465

ATIVISMO JUDICIAL E JUSTIÇA ELEITORAL

Rodrigo López Zilio 489

DIREITOS HUMANOS, DIREITOS FUNDAMENTAIS E FUNDAMENTALIDADE

Eduardo de Lima Veiga 509

DO NORMATIVISMO ANALÍTICO À PERSPECTIVA SISTÊMICA: CONTRIBUIÇÕES DA TEORIA DOS SISTEMAS SOCIAIS DE NIKLAS LUHMANN PARA A TEORIA DO DIREITO

Augusto Carlos de Menezes Beber 531

TUTELAS À EFETIVAÇÃO DE DIREITOS PÚBLICOS INCONDICIONADOS: GENOCÍDIO E ETNOCÍDIO: EXPECTATIVA × REALIDADE

Andrea da Silva Ueque 553

IMPLEMENTAÇÃO DO COMPLIANCE NA FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO (FUNAI)

Thomás Henrique Welter Ledesma
Maria Lúcia de Barros Rodrigues 577

LEI ANTICORRUPÇÃO BRASILEIRA: UMA ANÁLISE SOBRE A RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA PESSOA JURÍDICA

Maria Eliza Leal Cabral 601

O CONTROLE JUDICIAL DAS ESCOLHAS ORÇAMENTÁRIAS: APONTAMENTOS ACERCA DOS ARGUMENTOS UTILIZADOS PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (RS) PARA FUNDAMENTAR A INTERFERÊNCIA ATRAVÉS DO COMPROMETIMENTO COM DECISÕES JUDICIAIS

Sabrina Santos Lima
Roberta de Moura Ertel 623

O MÁXIMO EXISTENCIAL COMO FORMA DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO A VAGAS NAS ESCOLAS DE EDUCAÇÃO INFANTIL: UMA ANÁLISE COM BASE NOS JULGADOS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

Carla Luana da Silva
Bruna Henrique Hubner 645

O NOVO MARCO LEGAL PARA REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA E PARA AS POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL

Marcus Aurelio Neves Reis 671

O PAPEL DA JUNTA COMERCIAL NO COMBATE AOS CRIMES DE LAVAGEM DE DINHEIRO

Mario Ederich Filho 697

O TERRORISMO E O NOSSO TEMPO

Eduardo de Lima Veiga 721

PACTO FEDERATIVO E O (SUB) FINANCIAMENTO DAS AÇÕES E DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE SAÚDE NOS MUNICÍPIOS: REFLEXÕES ACERCA DA GESTÃO DA ATENÇÃO BÁSICA

Ana Helena Scalco Corazza
João Felipe Lehmen 741

LITIGACIÓN MASIVA Y SISTEMA EUROPEO DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS¹

Luis-Andrés Cucarella Galiana²

- ¹ El presente trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación número de referencia DER2015-69722-R (MINECO/FEDER), del Ministerio de Economía y Competitividad del Gobierno de España. Ponencia presentada en el Tercer Congreso Internacional: "Trayectorias del Constitucionalismo Mexicano", celebrado en la Universidad Autónoma de Sinaloa, México, los días 2 a 4 de marzo de 2017.
- ² Profesor Titular de Universidad. Acr. Catedrático de Universidad. Doctor en Derecho por las Universidades de Bolonia (Italia) y Valencia (España). Área de Derecho Procesal. Universitat de València (Estudi General).España. luis.a.cucarella@uv.es

1. Introducción

La concreción de los sujetos legitimados activamente para poder obtener la tutela de un derecho, es una cuestión que muchas veces resulta difícil de concretar. A la legitimación ordinaria por titularidad de derecho, muchas veces se añaden otro tipo de legitimaciones para la protección de intereses de grupo, difusos o generales. Son modalidades de legitimación extraordinaria que presentan gran interés, sobre todo, en el tema que nos ocupa en este trabajo. En concreto, nos referimos a la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales.

Si nos quedáramos en la concreción de la modalidad ordinaria, el sujeto legitimado activamente para accionar ante los tribunales, sería el titular del derecho cuya violación se ha producido. Sin embargo, podemos encontrar en los ordenamientos jurídicos, casos de legitimación activa ostentada por sujetos o entidades que no son los titulares del derecho que ha sido violado. Sin embargo, se les legitima en la medida en que hay un interés general en juego.

Así, por ejemplo, si prestamos atención a la regulación española sobre protección de los derechos fundamentales, es evidente que la violación de este tipo de derechos, es algo que no queda entre el sujeto que ha sufrido la violación y el causante de la misma. El interés del que hablamos más arriba implica que haya organismos públicos o entidades que ostenten legitimación activa para el ejercicio de la acción de amparo. En este sentido, el artículo 162.1 b) de la Constitución española de 6 de diciembre de 1978³, legitima al Ministerio Fiscal⁴ y al Defensor del Pueblo para que puedan ejercitar la acción de amparo⁵.

Más allá de la legitimación activa del MF o del Defensor del Pueblo, creemos que también es muy interesante la legitimación activa que el ordenamiento jurídico español atribuye en los casos de conductas discriminatorias por razón de género. En concreto, en virtud del artículo 11 bis de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil⁶, determinados sindicatos y asociaciones cuyo fin principal sea la defensa de la igualdad de trato entre mujeres y hombres, tienen atribuida legitimación activa. Estos sindicatos o asociaciones, según los casos, pueden actuar en defensa de los derechos de las sindicadas o asociadas, es decir, para la tutela de los derechos de las mujeres que pertenecen a ese grupo⁷. No obstante, también ostentan legitimación cuando no se puede concretar la identidad de las mujeres que han sufrido una conducta discriminatoria. Es decir, para la tutela de un interés general o público, pero de carácter difuso⁸.

Como puede apreciarse, hemos expuesto con carácter introductorio nuevas tendencias en materia de protección de intereses de grupo o difusos en materia de protección de derechos humanos. Sin embargo, nos hemos centrado en el ámbito del ordenamiento jurídico interno español. El objeto que nos marcamos en este trabajo pretende ser más amplio y ambicioso. En concreto, queremos analizar las nuevas tendencias sobre la materia en lo que se refiere a la protección supranacional de los

Si la violación se ha producido en un acto del Gobierno, un órgano ejecutivo de las CCAA o de las distintas Administraciones públicas, sus agentes o funcionarios, así como cuando se produce en acto u omisión de órganos judiciales, tienen legitimación activa quien ahí sido parte en el proceso judicial correspondiente, el Defensor del Pueblo y el MF (art. 46.1 b) LOTC). En los casos en que la demanda de amparo la presente un particular o el Defensor del Pueblo, se prevé la intervención necesaria del MF "en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley" (art. 47.2 LOTC).

6 A partir de ahora LEC.

7 El art. 11 bis 1 LEC dispone que "para la defensa del derecho de igualdad de trato entre mujeres y hombres, además de los afectados y siempre con su autorización, estarán también legitimados los sindicatos y las asociaciones legalmente constituidas cuyo fin primordial sea la defensa de la igualdad de trato entre mujeres y hombres, respecto de sus afiliados y asociados, respectivamente".

8 El art. 11 bis 2 LEC dispone que "cuando los afectados sean una pluralidad de personas indeterminada o de difícil determinación, la legitimación para demandar en juicio la defensa de estos intereses difusos corresponderá exclusivamente a los organismos públicos con competencia en la materia, a los sindicatos más representativos y a las asociaciones de ámbito estatal cuyo fin primordial sea la igualdad entre mujeres y hombres, sin perjuicio, si los afectados estuvieran determinados, de su propia legitimación procesal". No obstante, debe tenerse presente que según dispone el art. 11 bis 3 LEC "la persona acosada será la única legitimada en los litigios sobre acoso sexual y acoso por razón de sexo".

3 A partir de ahora CE/1978.

4 A partir de ahora MF.

5 Según dispone el artículo 162.1 b) CE/1978 están legitimados "para interponer el recurso de amparo, toda persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo, así como el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal". La Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (a partir de ahora LOTC), al regular los sujetos legitimados, distingue según el acto contra el que se interponga la demanda de amparo. Si la violación se ha producido en un acto sin valor de ley procedente órganos parlamentarios del Estado o de las Comunidades Autónomas (a partir de ahora CCAA), la legitimación la tiene la persona directamente afectada, el Defensor del Pueblo y el MF (art. 46.1 a) LOTC).

derechos humanos. Es decir, queremos prestar atención a las tendencias existentes en ese ámbito, en el sistema europeo de derechos humanos. El aspecto al que vamos a prestar atención es el relativo a concretar si es posible una acción popular en el sistema europeo de protección de derechos humanos.

Para ello, en primer lugar, incluimos un apartado en el que realizamos una introducción sobre el origen y evolución de este sistema.

Tras ello, hacemos referencia a las líneas generales del proceso seguido ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁹, y el tipo de derechos cuya tutela puede solicitarse a este órgano jurisdiccional.

Con ello, estaremos en condiciones de enfrentarnos al análisis normativo de la legitimación activa para el ejercicio de la acción de amparo europeo. En ese estudio llamará la atención que el sistema europeo no legitima a organismos o entidades públicas para que puedan accionar ante el TEDH solicitando la protección de derechos humanos. Este aspecto, desde nuestro punto de vista, consideramos que no es acertado. Sin embargo, sí reconoce legitimación activa a la víctima y a organizaciones no gubernamentales. Y es precisamente en ese ámbito en el que puede detectarse una nueva tendencia en materia de protección de intereses de grupo o difusos. No obstante, por razones de extensión, en este trabajo solamente vamos a prestar atención a la tutela de los intereses difusos. Es decir, queremos analizar un caso concreto del TEDH en el que se ha permitido el ejercicio de una acción para la protección de intereses difusos. Con ello, se abre la puerta a posibles supuestos de litigación masiva ante este Tribunal.

⁹ A partir de ahora TEDH.

2. El Consejo de Europa y su tribunal para la protección de derechos humanos

2.1. Punto de partida

El fin de la II guerra mundial dio paso a los intentos de reconstruir la vieja Europa. Como figura esencial en dicha reconstrucción, debemos señalar el papel que ha desempeñado el Consejo de Europa¹⁰, cuyo Estatuto está hecho en Londres el 5 de mayo de 1949¹¹.

Los trabajos preparatorios para la creación de este organismo internacional, comenzaron en el Congreso de La Haya de 1948 y en él intervinieron una veintena de países europeos. Son varias las resoluciones adoptadas, pero en lo que nos interesa, se tomó la decisión de crear "una unión económica y política con el fin de garantizar la seguridad, la independencia económica y el progreso social, la convocatoria de una asamblea consultiva elegida por los parlamentos, la elaboración de una carta europea de derechos humanos y de un tribunal para aplicar sus decisiones".

Sin embargo, el enfrentamiento político e ideológico entre los países orientales y occidentales de Europa, determinó que los primeros, quedaran descolgados de este proceso.

El 5 de mayo de 1949, en Londres, tuvo lugar la firma del tratado constitutivo del CE. Son diez los países que lo firmaron: los Reinos de Bélgica, Dinamarca; Países Bajos; Noruega; Suecia y Gran Bretaña e Irlanda del Norte, así como las Repúblicas francesa, irlandesa y el Gran Ducado de Luxemburgo. A día de hoy, son un total de cuarenta y siete países europeos los que forman parte del CE¹².

¹⁰ A partir de ahora CE.

¹¹ A partir de ahora ECE.

¹² Así, a los diez a los que nos hemos referido anteriormente, hay que sumar los que siguen: Albania, Armenia, Andorra, Austria, Azerbaiyán, Bosnia y Herzegovina, Bulgaria, Croacia, Chipre, república Checa, Estonia, Finlandia, Georgia, Grecia, Hungría, Islandia, Irlanda, Latvia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Malta, república de Moldavia, Mónaco, Montenegro, Polonia, Rumanía, Federación Rusa, San Marino, Serbia, República eslovaca, Eslovenia, España, Suiza, Macedonia, Turquía y

Nosotros queremos centrarnos en el papel que desempeña el CE y sobre todo, el Tribunal para la protección de los derechos humanos que se ha creado en el marco de dicho Consejo. Nos referimos al TEDH¹³.

Son muchos los aspectos que pueden tratarse de dicho órgano jurisdiccional. Así, por ejemplo, podría ser objeto de estudio los principios sobre la base de los cuales se estructura el proceso seguido ante el mismo¹⁴, los aspectos relativos a los medios de impugnación que proceden¹⁵, o la sentencia dictada por dicho Tribunal¹⁶. Sin embargo, como ya hemos señalado en la introducción, en este trabajo vamos a centrarnos, sobre todo, en los aspectos relativos a las nuevas tendencias sobre la legitimación para accionar ante el TEDH y solicitar la tutela de intereses o derechos de grupo.

2.2. Finalidad

La finalidad del CE aparece claramente expresada en el artículo 1 ECE. Así, en la letra a) del mismo se subraya que la misma “consiste en realizar una unión más estrecha entre sus miembros para salvaguardar y promover los ideales y los principios que constituyen su patrimonio común y favorecer su progreso económico y social¹⁷”. Como se indica a continuación en la letra b),

Ucrania. Tienen la condición de Estados observadores, la Santa Sede, Canadá, México, Estados Unidos de Norteamérica, Israel y Japón.

13 A partir de ahora TEDH.

14 Sobre los mismos, Cucarella Galiana, Luis Andrés, *Principios relativos a las partes y al procedimiento seguido ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, en “Derecho Procesal Constitucional” (Velandia Canosa, Eduardo Andrés, dir.), et. al. Universidad de Santo Tomás. Legis, Colombia 2015, pp. 181-203.

15 Al respecto, Cucarella Galiana, Luis Andrés, *Recursos y medios de impugnación contra las resoluciones dictadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, en “Derecho Procesal Constitucional” (Velandia Canosa, Eduardo Andrés, dir.), et. al. VC editores, Legis. Colombia 2014, pp. 739-762.

16 Dejamos fuera de nuestro trabajo también, el análisis de otros fenómenos tendentes a crear una jurisdicción penal supranacional, cuya idea adquiere fuerza tras el desarrollo de los juicios de Núremberg y Tokio. Véase sobre los mismos, Gimeno Sendra, José Vicente, “La experiencia de los “juicios de Núremberg” y la necesidad de crear el Tribunal Penal Internacional”. La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, núm. 1, 1998, pp. 1766-1768.

17 En este contexto, creemos que deben tenerse presentes las palabras que preceden al articulado del ECE, pues claramente se subraya la finalidad que se persigue. Así, se afirma que “convencidos de que la consolidación de la paz, basada en la justicia y la cooperación

esta finalidad se pretende alcanzar “a través de los órganos del Consejo, mediante el examen de los asuntos de interés común, la conclusión de acuerdos y la adopción de una acción conjunta en los campos económicos, social, cultural, científico, jurídico y administrativo, así como la salvaguardia y la mayor efectividad de los derechos humanos y las libertades fundamentales¹⁸”.

Para alcanzar los objetivos de la protección real y efectiva de los derechos humanos, el artículo 3 ECE añade que “cada uno de los Miembros del Consejo de Europa reconoce el principio del imperio del Derecho y el principio en virtud del cual cualquier persona que se halle bajo su Jurisdicción ha de gozar de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, y se compromete a colaborar sincera y activamente en la consecución de la finalidad definida en el capítulo primero”.

La sede del CE es Estrasburgo (art. 11 ECE), y sus idiomas oficiales son el francés y el inglés (art. 12 ECE).

2.3. Órganos del CE

Los órganos del CE pueden clasificarse en órganos de naturaleza ejecutiva, deliberante y jurisdiccional. En concreto, se trata del Comité de Ministros¹⁹, la Asamblea Consultiva o Parla-

internacional, es de interés vital para la preservación de la sociedad humana y de la civilización; Reafirmando su adhesión a los valores espirituales y morales que son patrimonio común de sus pueblos y la verdadera fuente de la libertad individual, la libertad política y el imperio del Derecho, principios sobre los cuales se funda toda auténtica democracia. Persuadidos de que para salvaguardar y hacer que se realice progresivamente este ideal y en interés del progreso social y económico, se impone una unión más estrecha entre todos los países europeos animados de los mismos sentimientos; Considerando que, para responder a esa necesidad y a las aspiraciones manifiestas de sus pueblos, a partir de este momento se requiere crear una organización que agrupe a los Estados europeos en una asociación más íntima. Han decidido, en consecuencia, constituir un Consejo de Europa, compuesto de un Comité de representantes de los Gobiernos y de una Asamblea Consultiva, y con tal propósito han adoptado el presente Estatuto”.

18 En general, Casadevall, Josep, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Estrasburgo y su jurisprudencia*. Tirant lo Blanch, Valencia 2012, pp. 25-26 afirma que “el Consejo de Europa pretende también promover la toma de conciencia y puesta en valor de la identidad cultural europeo y su diversidad, hallar soluciones a los problemas actuales de sociedad (la discriminación, la xenofobia, la intolerancia, el medioambiente, la genética, la droga, el sida, el crimen organizado...) y desarrollar la estabilidad democrática en Europa (...)”.

19 Los aspectos relativos al Comité de Ministros se regulan en el capítulo IV ECE (arts. 13-21). El Comité es el órgano que actúa en nombre del CE (art. 13 ECE). Cada miembro tiene un representante en

mentaria²⁰ -estando ambos órganos, asistidos por la Secretaría del Consejo- (art. 10 ECE) y el TEDH.

El capítulo II CEDH (arts. 19-51), tras la enumeración de los derechos que resultan protegidos, incluye la regulación relativa al mecanismo de control. En concreto, se regulan los aspectos referentes al TEDH. En este sentido, el artículo 19 CEDH dispone que “con el fin de asegurar el respeto a los compromisos que resultan para las Altas Partes Contratantes del presente Convenio y sus Protocolos, se instituye un Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en lo sucesivo denominado <el Tribunal>. Funcionará de manera permanente”.

Como puede apreciarse el CEDH ha llevado a la instauración de un órgano jurisdiccional al que le compete el conocimiento de las demandas por violación de los derechos fundamentales protegidos en el ámbito del CEDH y sus protocolos adicionales²¹.

2.4. Características del TEDH

2.4.1. Tribunal permanente

Se trata de un tribunal que respeta claramente las exigencias derivadas del principio del juez ordinario predeterminado por el ordenamiento jurídico²². Nótese, que no se trata de un Tribunal que se crea *ex post facto*, es decir, para el enjuiciamiento de un hecho cuando éste ya se ha producido. Su carácter permanente permite que se trate de un órgano que preexiste a

el Comité de Ministros y cada representante tiene un voto. Dicho representante es el Ministro de Asuntos Exteriores de cada uno de esos Estados (art. 14 ECE).

20 La regulación de la Asamblea Consultiva se incluye en el capítulo V (arts. 22-33 ECE). La Asamblea es el órgano deliberante del CE. Delibera sobre los asuntos que son de su competencia y transmite sus conclusiones al Comité de Ministros (art. 22 ECE).

21 Sobre la competencia de este Tribunal, Cucarella Galiana, Luis Andrés, *Recursos y procesos para la protección de los derechos humanos en el ámbito europeo* (et. al., Martínez Lazcano, Alfonso Jaime, coord.-, Primera Instancia, México, 2014, pp. 66-68).

22 Sobre este principio, Ortells Ramos, Manuel, *Introducción al Derecho Procesal* (et. al.). Aranzadi, 5ª edición, 2016, pp. 109-115.

los asuntos que va a juzgar. Nos encontramos, por lo tanto, ante un tribunal que no puede ser considerado como de excepción²³.

2.4.2. Jurisdicción supranacional

El TEDH es un órgano que se constituye en el ámbito del CEDH y que por lo tanto, tiene el carácter de supranacional. Presupuesto para que este órgano pueda conocer de los diferentes asuntos que le competen y sus decisiones puedan surtir eficacia en cada uno de esos Estados, es que se le reconozca jurisdicción. Es decir, ningún poder fuera de la soberanía de cada uno de los Estados de Europa, puede configurar la Jurisdicción de esos Estados. Ahora bien, nada impide que en el ejercicio de su poder soberano, los Estados renuncien a parte de su soberanía para reconocer jurisdicción al TEDH²⁴.

2.4.3. Funciones jurisdiccionales declarativas

La referencia a las labores jurisdiccionales del TEDH nos conduce a plantearnos cuáles son las funciones que el CEDH le atribuye. Es decir, tenemos que concretar si nos encontramos ante un verdadero órgano jurisdiccional.

De entrada, el hecho de que el CEDH denomine a este órgano como “tribunal”, sumado al hecho de que, se refiera a los integrantes del mismo como “jueces”, pone de relieve el carácter jurisdiccional del órgano. Ahora bien, no basta con la denominación que se le dé, o las palabras que se utilicen, sino que debemos constatar si al TEDH se le atribuyen verdaderas funciones jurisdiccionales. Para resolver esta cuestión, debe tenerse presente el artículo 32 CEDH que dispone que “la competencia del Tribunal se

23 Se evitan así, los problemas que desde un punto de vista procesal, plantearon en su día los tribunales de Nüremberg, o el Tribunal penal internacional constituido para el enjuiciamiento de los crímenes de guerra cometidos en la antigua Yugoslavia.

Sobre los problemas relativos al primero de los tribunales citados, Gimeno Sendra, José Vicente, *op. cit.*, nota 14, pp. 1766-1768.

24 El problema está, como luego veremos, en que creemos que no basta con se reconozca jurisdicción a dicho Tribunal. Los Estados deben ir más allá, y articular mecanismos efectivos para que las sentencias dictadas por este Tribunal puedan surtir eficacia directa en el ámbito interno. Posteriormente analizaremos este problema.

extiende a todos los asuntos relativos a la interpretación y la aplicación del Convenio y de sus Protocolos que le sean sometidas en las condiciones previstas en los arts. 33, 34, 46 y 47". La integración de los citados artículos, evidencia cuáles son las funciones del TEDH. Así, conoce de las demandas que den origen a un proceso declarativo por violación de derechos fundamentales²⁵. Dicha demanda puede presentarla cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares "que se considere víctima de una violación, por una de las Altas Partes Contratantes, de los derechos reconocidos en el Convenio o sus Protocolos" (art. 34 CEDH²⁶).

Se trata efectivamente, de una actuación del TEDH en la que se "juzga" si ha habido una violación de un derecho reconocido en el CEDH o sus protocolos. La actuación del Tribunal es con desinterés objetivo, es decir, actuando por vía de heterotutela²⁷, y con eficacia de cosa juzgada, ya que sus decisiones no son revisadas por ninguna otra instancia nacional o supranacional²⁸. Es el demandante el que determina subjetivamente el proceso y el que lo dota de objeto. Por lo tanto, cuando el asunto llega al TEDH, éste es ajeno a la cuestión sobre la que juzga. No se trata, por lo tanto, de un órgano administrativo que por vía de autotutela imponga su decisión²⁹.

El artículo 33 CEDH pone de manifiesto que el TEDH también tiene competencia para conocer de las demandas que un

25 Sobre esta competencia, Sánchez Legido, Ángel, *La reforma del mecanismo de protección del Convenio europeo de derechos humanos*. Colex 1995, pp. 175-179.

26 Esta disposición añade que "las Altas Partes Contratantes se comprometen a no poner traba alguna al ejercicio eficaz de este derecho".

27 Sobre esta nota característica de la actuación jurisdiccional, Ortells Ramos, Manuel, *op. cit.*, nota 19, pp. 135-141.

28 En general, sobre esta eficacia de la actuación jurisdiccional, Ortells Ramos, Manuel, *op. cit.* nota 19, pp. 130-132.

29 Existen posiciones doctrinales que sostienen que el TEDH, en ocasiones, acaba actuando como un verdadero tribunal constitucional europeo. Se subraya esta posibilidad, sobre la base de que el Tribunal, ha permitido que pueda interponerse una demanda por quien potencialmente sea víctima de una violación que pueda producirse en una norma interna de un Estado. Por esta vía, se sostiene que el TEDH acaba asumiendo una función de control de constitucionalidad de las normas. Véase en este sentido, Rodríguez, Ángel, *Integración europea y derechos fundamentales*. Civitas 2001, pp. 121-122.

También puede verse, Rollnert Liern, Goran, "El protocolo n°11 al Convenio Europeo de los Derechos Humanos y el nuevo Tribunal Europeo de Derechos Humanos: ¿hacia un Tribunal Constitucional Europeo?" *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núm. 13, 1995, pp. 239-257.

Estado parte interponga con otro, cuando se incumpla alguna de las obligaciones derivadas del CEDH o de sus protocolos³⁰.

2.4.4. La función del TEDH no se extiende a la actividad ejecutiva

Si se presta atención al artículo 46.1 CEDH, se constata que las "las Altas Partes Contratantes se comprometen a acatar las sentencias definitivas del Tribunal en los litigios en que sean partes". Y el apartado 2 añade que "la sentencia definitiva del Tribunal será transmitida al Comité de Ministros, que velará por su ejecución". Nótese que el TEDH carece de instrumentos coercitivos para poder exigir, por la fuerza, el cumplimiento de sus decisiones. Es decir, se atribuye al Tribunal la competencia para poder "juzgar", pero no para poder "ejecutar lo juzgado". Es el Comité de Ministros, el que de acuerdo con las funciones que tiene atribuidas, debe velar por la ejecución de las sentencias³¹. Sin embargo, la ejecución forzosa queda en manos del Estado condenado, así como la elección de los medios idóneos para dar cumplimiento a la sentencia, tal y como analizamos más adelante.

3. Las partes procesales

3.1. Requisitos de aptitud: capacidad y postulación

Para la concreción de algunos aspectos relativos a los requisitos de aptitud de las partes, debemos atender al contenido de los artículos 33 y 34 CEDH. De esta manera, en primer lugar,

30 Sobre esta competencia, Sánchez Legido, Ángel, *op. cit.*, nota 27, pp. 171-175.

A las competencias señaladas, debe sumarse que el TEDH también desempeña una función consultiva a petición del Comité de Ministros, sobre cuestiones referentes a la interpretación del CEDH y de sus Protocolos. Sobre la misma, Casadevall, Josep, *op. cit.*, nota 15, p. 79.

31 El art. 46.3 CEDH añade que "cuando el Comité de Ministros considere que la supervisión de la ejecución de una sentencia definitiva resulta obstaculizada por un problema de interpretación de dicha sentencia, podrá remitir el asunto al Tribunal con el objeto de que éste se pronuncie sobre dicho problema de interpretación. La decisión de remisión al Tribunal se tomará por mayoría de dos tercios de los votos de los representantes que tengan derecho a formar parte del Comité".

resulta que tienen capacidad para ser parte los Estados firmantes del CEDH³².

Las personas físicas, organizaciones no gubernamentales o grupos de particulares, también tiene capacidad para ser parte, pero solamente para ocupar la posición activa en los procesos en los que se presenten demandas individuales (art. 34 CEDH).

Las personas físicas que actúen como demandantes deben tener capacidad de actuación procesal. Es decir, deben encontrarse en pleno ejercicio de sus derechos civiles. No obstante, debemos señalar que en el cumplimiento de este requisito, el TEDH adopta una actitud muy flexible³³.

Los aspectos relativos a la postulación procesal no están del todo tratados en el CEDH. No obstante, sí que hay alguna disposición de la que se desprende que las partes deben actuar ante el Tribunal por medio de representante (arts. 38 CEDH³⁴ y 36.1 Reglamento del TEDH³⁵).

32 Téngase en cuenta que su capacidad es tanto para ocupar la posición activa en el proceso, cosa que ocurre cuando un Estado demanda a otro por incumplir alguna de las obligaciones derivadas del Convenio, o para ocupar la posición pasiva. Esta última situación se daría en las demandas interestatales (art. 33 CEDH), así como en las que un individuo interpone frente a un Estado por violación de alguno de los derechos fundamentales reconocidos en el CEDH o en sus Protocolos (art. 34 CEDH).

33 En el caso de que se detectara que alguna de la parte no tiene debidamente integrada su capacidad de actuación procesal, el Tribunal otorga a ese sujeto la posibilidad de subsanar, y en el caso en que no lo haga, incluso procede a nombrar de oficio un representante. En este sentido, Morenilla Allard, Pablo, *et. al*, *Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional*. Colex, Madrid, 2007, p. 855, afirma que “en relación con la *capacidad de las personas físicas*, el Tribunal (y antes la Comisión) interpreta este concepto de manera antiformalista. Poco importa la edad de la persona, su capacidad de obrar, ya que, en todo caso, el Tribunal invitaría a la parte a subsanar esta falta de capacidad procesal, nombrando a un representante, incluso de oficio”.

34 Así se dispone que “el Tribunal procederá al examen del asunto con los representantes de las partes (...)”.

35 A partir de ahora RTEDH.

Así, este artículo permite que las personas físicas, organizaciones no gubernamentales y grupos de individuos, puedan presentar inicialmente su demanda por ellos mismos o a través de un representante. Nótese, por lo tanto, que para la mera presentación de la demanda, no se exige la intervención de persona técnica en Derecho que asesore a la parte en la redacción de su escrito. Por lo tanto, la falta de firma de este profesional, y en definitiva, su falta de intervención, no pueden ser determinantes de una inadmisión a trámite.

En el caso en que la demanda no sea archivada, el Presidente de la Sala correspondiente, puede ordenar a la parte que actúe en el proceso debidamente asistida por persona técnica. No obstante, este requisito también se entiende en sentido laxo, pues la persona que asista a la parte debe ser abogado habilitado para ejercer en cualquiera de los Estados parte, debiendo residir en alguno de esos Estados, o persona autorizada por el presidente de la Sala (art. 36.4 a) CEDH).

3.2. Legitimación en las demandas individuales: la ausencia de legitimación de organismos y entidades públicas nacionales y supranacionales

En cuanto a la legitimación, entendida como la posición jurídica que habilita para poder interponer una pretensión (legitimación activa) o la posición jurídica que habilita para que se pueda interponer contra alguien una pretensión procesal (legitimación pasiva), debemos acudir principalmente al artículo 34 CEDH, para concretarla³⁶.

En las demandas individuales, la legitimación activa la tiene la persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares “que se considere víctima de una violación, por una de las Altas Partes Contratantes, de los derechos reconocidos en el Convenio o sus Protocolos³⁷ (art. 34 CEDH)”.

Nótese, por lo tanto, que el artículo 34 CEDH no menciona expresamente que exista una legitimación activa de organismos públicos, ni nacionales ni del CE, como sujetos legitimados para accionar. Así, desde una perspectiva nacional, el TEDH sostiene que las Administraciones públicas del Estado o de sus autoridades descentralizadas -gocen de mayor o menor autonomía-

36 En el caso de las pretensiones interestatales, la legitimación activa y la pasiva la tienen exclusivamente los Estados parte. Ello no podía ser de otra manera, en la medida en que estamos hablando de demandas que un Estado dirige frente a otro por violar alguno de los derechos del CEDH o sus protocolos, o por incumplir alguna de las obligaciones derivadas del Convenio. En el primero de los casos mencionados, el Estado demandante no requiere la condición de víctima, tal y como se da en el caso de las demandas individuales a las que luego nos referimos. Basta con que conste con otro Estado parte no respeta los derechos contenidos en el CEDH.

En este sentido, Morenilla Allard, Pablo, *et. al.*, *op. cit.*, nota 30, p. 860, afirma que “el mencionado art. 33 legitima activamente a uno o varios Estados para acudir al Tribunal (...) para denunciar el incumplimiento del compromiso adquirido de reconocer en su Jurisdicción el respeto del derecho o libertad reconocido a los individuos dentro de la jurisdicción de ese Estado. No necesita, a diferencia de los particulares, ser una víctima de la violación, sino que la constancia de que por otro Estado parte se incumple su obligación internacional de respetar los derechos fundamentales que el CEDH garantiza objetivamente, le confiere legitimación para denunciar este incumplimiento del Tratado ante el TEDH”.

37 En general, sobre el acceso al individuo a tribunales supranacionales, Richard González, Manuel, “El acceso del individuo a los órganos internacionales de protección de los derechos humanos”, *Hacia una Justicia Internacional*, XXI Jornadas de Estudio, 9 a 11 junio 1999, 2000, pp. 193-203.

no tienen reconocida legitimación activa al amparo de este artículo³⁸.

En este sentido, es muy interesante la decisión del TEDH, caso Gobierno de la Comunidad Autónoma del País Vasco contra España, de 3 de febrero de 2004³⁹. En concreto, el Gobierno de dicha Comunidad autónoma presentó demanda contra España por entender que la reforma de la Ley de Partidos Políticos española, vulneraba varios preceptos del CEDH. En concreto, en los fundamentos de Derecho se afirma que un órgano de un Estado carece de legitimación activa para presentar una demanda individual:

“El demandante alega que incluso tratándose de una persona jurídica de derecho público, no se le puede privar de la posibilidad de solicitar, para la Comunidad autónoma que representa y para el conjunto de grupos y ciudadanos, la protección del Convenio. En su opinión, el efecto útil del Convenio implica, en las circunstancias del caso, el acceso al Tribunal. A este respecto, recuerda que las Comunidades autónomas son titulares en el orden interno de una acción de promoción y defensa de los derechos fundamentales, como se deriva del artículo 9.2 de la Constitución española (RCL 1978, 2836) y del artículo 9.2 a) y b) del Estatuto de autonomía del País Vasco (RCL 1979, 3028 y LPV 1980, 10). En conclusión, considera que debe gozar del derecho a presentar una demanda ante el Tribunal, en aplicación del artículo 34 del Convenio.

El Tribunal recuerda que, según su jurisprudencia constante, deben calificarse de «organizaciones gubernamentales» en contraposición a las «organizaciones no gubernamentales», en el sentido del artículo 34 del Convenio, no solamente los órganos centrales del Estado, sino también las autoridades descentralizadas que ejercen «funciones públicas», cualquiera que sea su grado de autonomía en relación a dichos órganos; sucede lo mismo con las colectividades territoriales (ver, esencialmente, Comuna de

Rothenthurm contra Suiza, núm. 13252/1987, Decisión de la Comisión de 14 de diciembre de 1988, Decisiones e informes (DR) 59, pg. 251; División del municipio de Antilly contra Francia (dec), núm. 45129/1998, TEDH 1999-VIII; Ayuntamiento de Mula contra España (dec), núm. 55346/2000, TEDH 2001-I, y Danderyds Kommun contra Suecia (dec) núm. 52559/1999, 7 junio 2001).

El Tribunal señala que tanto el demandante como la Comunidad autónoma a la que representa son en España autoridades públicas que ejercen competencias y funciones oficiales que les son atribuidas por la Constitución y por la Ley, cualquiera que sea su grado de autonomía. En consecuencia, no pueden considerarse organizaciones no gubernamentales en el sentido del artículo 34 del Convenio.

De ello se deriva que el Gobierno vasco no puede presentar una demanda, en nombre de la Comunidad autónoma del País Vasco, basada en el artículo 34 del Convenio. La demanda debe pues inadmitirse por incompatibilidad «ratione personae» con las disposiciones del Convenio, conforme al artículo 35.4 de éste (ver, por ejemplo, Las Provincias de Bari, Sorrentino y Messeni Nemagna contra Italia, núm. 41877/1998, Decisión de la Comisión de 15 de septiembre de 1998; Hayzitakis, Ayuntamiento de Thermaikos y Ayuntamiento de Mikra contra Grecia (dec), núms. 48391/1999 y 48392/1999, 18.5.2000, sin publicar”).

Desde un punto de vista supranacional, tampoco tienen legitimación activa, por ejemplo, organismos creados en el marco del CE, como el Comité para la prevención de la tortura o las penas inhumanas o degradantes. De igual modo, tampoco tiene legitimación activa el Comisario Europeo para la protección de los derechos humanos. En los últimos tiempos se ha potenciado la intervención del Comisario Europeo en los procesos seguidos

³⁸ Morenilla Allard, Pablo, *et. al.*, *op. cit.*, nota 30, p. 859.

Véase también en este sentido, Martín-Retortillo, Baquer, Lorenzo, “El sistema de protección del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo*, tomo IV. Las garantías de los ciudadanos y el control de las Administraciones Públicas (Cano Campos, Tomás, coord.). Lustel, 2009, p. 361, en la que trata la exclusión de la legitimación de los órganos o entes públicos. En concreto, afirma que “el sistema del Convenio está pensado para defender a los ciudadanos o entidades particulares frente a los Poderes Públicos, pero no para que los Poderes Públicos litiguen entre sí”.

³⁹ Base de datos Aranzadi Westlaw (a partir de ahora BDAW) TEDH 2004\7.

ante el TEDH⁴⁰, o con ocasión de una sentencia dictada⁴¹. Sin embargo, la potenciación de esa figura no ha llevado hasta el punto de legitimarle activamente para el ejercicio de una demanda por violación.

Hacemos esta consideración porque a pesar de que se trata de un proceso dirigido a la protección de derechos o libertades fundamentales, no está previsto un supuesto de legitimación activa por titularidad de un interés general o público⁴².

La legitimación pasiva en las demandas individuales, la tiene exclusivamente el Estado parte en cuyo territorio se haya producido la violación del derecho o la libertad. Como indica la doctrina “el particular causante de la violación carece de legitimación pasiva en este recurso y la víctima de esa vulneración, carece, sin embargo, según el CEDH, de <acción internacional> contra aquél⁴³”.

40 Así, el art. 36.3 CEDH (introducido con el Protocolo número 14 de 13 de mayo de 2004) dispone que “en cualquier asunto que se suscite ante una Sala o ante la Gran Sala, el Comisario Europeo de Derechos Humanos del Consejo de Europa, podrá presentar observaciones por escrito y participar en la vista”. En definitiva, se contempla la posibilidad de que el Comisario pueda intervenir *motu proprio* o por excitación del Tribunal, en cualquier proceso.

Al respecto, es interesante, Morte Gómez, Carmen, *El procedimiento ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, “El procedimiento ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Lecciones de Jurisdicción social*, et. al, 2013, p. 915, en la que afirma que “la primera intervención oral del Comisario ante el TEDH, a invitación de este último, tuvo lugar el 1 de septiembre de 2010 en el caso *M.M.S. c. Bélgica y Grecia*, relativo a la protección de refugiados en Grecia, procedimiento de asilo y protección de los derechos humanos y la recepción y condiciones de detención de los solicitantes de asilo en dicho Estado. El 18 de octubre de 2011 el Comisario presentó por primera vez observaciones sin haber sido expresamente invitado a hacerlo, en el caso relativo al trato dispensado a un minusválido en Rumanía (The Center for Legal Resources on behalf of Valentin Câmpeanu c. Rumanía, demandad n° 47848/08)”.

41 En concreto, el TEDH debe comunicar al Comité de Ministros, a la Asamblea Parlamentaria, al Secretario General del CE, y al Comisario Europeo de Derechos Humanos, la emisión de cualquier sentencia piloto o de otra sentencia que sin ser piloto, haya identificado un problema estructural sistémico en un Estado parte del CE (art. 61.9 RTEDH). En doctrina puede verse, Morte Gómez, Carmen, *op. cit.*, nota. 38, p. 922.

42 En relación con la legitimación activa, debemos subrayar que es preciso que el sujeto que presente la demanda sea víctima de la violación, potencial o real, pero es necesario que sufra o pueda sufrir un menoscabo en el ámbito de algún derecho o libertad reconocido en el CEDH o en sus Protocolos. Morenilla Allard, Pablo, *et. al.*, *op. cit.* p. 859 afirma que “en efecto, <víctima>, en el sentido del art. 34 CEDH, es primordialmente quien se siente lesionado, de modo efectivo y real, en el goce de su derecho fundamental por el acto u omisión invocada, ya sea de manera directa o indirectamente (...)”.

43 Morenilla Allard, Pablo, *et. al.*, *op. cit.*, nota 30, p. 861.

3.3. Intervención de terceros

Entendemos como tercero procesal, en sentido negativo, aquél que no es parte en un proceso seguido ante el TEDH. Pues bien, el artículo 36.1 CEDH establece que “en cualquier asunto que se suscite ante una Sala o ante la Gran Sala, la Alta Parte Contratante cuyo nacional sea demandante tendrá derecho a presentar observaciones por escrito y a participar en la vista⁴⁴”. Para delimitar el ámbito de adecuación de este párrafo, debemos realizar las siguientes precisiones.

En primer lugar, el supuesto de hecho del que se parte es el de que un particular haya presentado una demanda individual por violación de un derecho o libertad reconocidos en el CEDH o en sus Protocolos.

En segundo lugar, la demanda debe haberse presentado contra un Estado distinto al que es nacional el demandante. En este caso, el Estado del que es nacional el particular que demanda, puede intervenir en el proceso para realizar las observaciones a las que se refiere el artículo 36.1 CEDH⁴⁵. Se trata de un supuesto de intervención voluntaria⁴⁶.

De igual modo, recordamos que ya hemos señalado que el Comisario de Derechos Humanos puede presentar observaciones, *motu proprio* o por invitación del TEDH, en cualquier proceso⁴⁷.

44 Sobre la eventual intervención de terceros en el proceso seguido ante el TEDH, puede verse, Morte Gómez, Carmen, *op. cit.*, nota 38, *op. cit.* pp. 914-915.

45 Como indica Morenilla Allard, Pablo, *et. al.*, *op. cit.*, nota 30, p. 862, para “la efectividad de este derecho, el Secretario notifica la resolución de admisibilidad a ese Estado”.

Al respecto, Morte Gómez, Carmen, *op. cit.*, nota 38, p. 915, afirma que “dicho Estado es invitado de oficio presentar observaciones sobre la demanda, si así lo desea”.

46 Si el particular hubiera dirigido contra el Estado del que es nacional, la solicitud de intervención no tendría sentido, pues en la medida en que es ese Estado ya es parte demandada, no es tercero procesal. Su intervención en el proceso ya se ha producido desde el momento en que se admitió la demanda contra él.

47 Al respecto, es interesante, Morte Gómez, Carmen, *op. cit.*, nota 38, p. 915, en la que afirma que “la primera intervención oral del Comisario ante el TEDH, a invitación de este último, tuvo lugar el 1 de septiembre de 2010 en el caso *M.M.S. c. Bélgica y Grecia*, relativo a la protección de refugiados en Grecia, procedimiento de asilo y protección de los derechos humanos y la recepción y condiciones de detención de los solicitantes de asilo en dicho Estado. El 18 de octubre de 2011 el Comisario presentó por primera vez observaciones sin haber sido expresamente invitado a hacerlo, en el caso relativo al trato dispensado a un minusválido en Rumanía (The Center for Legal Resources on behalf of Valentin Câmpeanu c. Rumanía, demandad n° 47848/08)”.

El artículo 36.2 CEDH también contempla un supuesto de llamamiento al proceso de un tercero, realizado por el Presidente del Tribunal. En concreto, “en interés de la buena administración de la justicia, el Presidente del Tribunal podrá invitar a cualquier Alta Parte Contratante que no sea parte en el asunto o a cualquier persona interesada distinta del demandante, a que presente observaciones por escrito o a participar en la vista⁴⁸”.

3.4. Legitimación activa de las organizaciones no gubernamentales para la protección de intereses difusos: el caso Centre de Ressources Juridiques au nom de Valentin Câmpeanu contra Rumanía, sentencia 17 julio de 2014

La sentencia (Gran Sala) del caso Centre de Ressources Juridiques au nom de Valentin Câmpeanu contra Rumanía, de 17 de julio de 2014, es un claro ejemplo del avance en materia de legitimación activa.

La demanda la presenta una organización no gubernamental rumana, en nombre de una persona discapacitada fallecida. En concreto, se dirige contra la República de Rumanía. La demandante considera que el Estado incumplió con sus obligaciones con respecto a la vida de Valentin Câmpeanu, persona enferma y discapacitada que se encontraba bajo la custodia de órganos del Estado.

Para que pueda entenderse el caso, queremos hacer referencia, brevemente, a los antecedentes del mismo. Valentin Câmpeanu nació el 15 de septiembre de 1985, de padre desconocido. La madre le abandonó al nacer. Cinco años después, Câmpeanu fue diagnosticado como VIH positivo, y posteriormente fue diagnosticado de una profunda discapacidad intelectual,

48 Y a su vez, debe tenerse presente que “en cualquier asunto que se suscite ante una Sala o ante la Gran Sala, el Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa podrá presentar observaciones por escrito y participar en la vista” (art. 36.3 CEDH).

En todo caso, como señala la doctrina, Morte Gómez, Carmen, *op. cit.*, nota 38, p. 915, el tercero no adquiere la condición de parte, sino que “se limita a presentar informaciones de carácter general para asistir al TEDH en el examen del caso”.

clasificado como perteneciente al grupo de discapacidad “grave”. Es por ello fue trasladado a un Centro para niños con discapacidad, y más tarde, a un “Centro de Asignación⁴⁹”.

Al alcanzar la edad de 18 años, el enfermo fue trasladado a sucesivos centros de internamiento y hospitalarios, sin que en ninguno de ellos recibiera una atención adecuada a las enfermedades que padecía. De hecho, un año después, se encontraba internado en un centro en condiciones claramente infrahumanas. Así se detecta por el Centro de Ressources Juridiques⁵⁰, que realizó una visita al centro en que se encontraba internado. En el párrafo 23 de la sentencia se recogen de manera muy descriptiva:

“El 20 de febrero de 2004 un equipo de supervisores del CLR visitó el PMH e informó del estado del señor Câmpeanu. Conforme a la información contenida en un informe del personal del CLR en esa visita, el Sr. Câmpeanu estaba solo en una habitación aislada, sin calefacción y encerrado, que contenía sólo una cama sin ninguna ropa de cama. Estaba vestido sólo con la parte de arriba del pijama. En ese momento no podía comer ni ir al cuarto de baño sin ayuda. Sin embargo, el personal del PMH se negaba a ayudarlo, supuestamente por temor al contagio del VIH. En consecuencia, la única nutrición dispensada al Sr. Câmpeanu era glucosa, a través de un goteo. El informe concluyó que el hospital no le proporcionó los servicios más básicos de atención y tratamiento.

Los representantes del CLR declararon que habían solicitado su traslado inmediato al hospital de enfermedades infecciosas en Craiova, donde podría recibir tratamiento adecuado. Sin embargo, el gerente del hospital había decidido contra esa solicitud, creyendo que el paciente no era un “caso de emergencia, sino un caso social”, y que en cualquier caso él no resistiría el viaje”.

Con 19 de años de edad, Valentin Câmpeanu falleció⁵¹. A partir de ahí, CLR interpuso varias denuncias ante la Jurisdicción

49 Véase párr. 7 de los antecedentes de hecho.

50 A partir de ahora CLR.

51 En el párr. 24 se indica que “Valentin Câmpeanu murió en la tarde del 20 de febrero de 2004. Conforme a su certificado de defunción, emitido el 23 de febrero de 2004, la causa inmediata de la muerte fue insuficiencia cardiorrespiratoria. El certificado también señaló que la infección por el VIH

y las autoridades administrativas sobre las circunstancias que rodearon el fallecimiento de Câmpeanu. Sin embargo, ninguna prosperó. De igual modo, CLR también denuncia la muerte de 17 pacientes, en circunstancias parecidas a las del Sr. Câmpeanu.

Finalmente, presentó demanda ante el TEDH en nombre de Valentín Câmpeanu.

La primera línea de defensa que utiliza el Gobierno de Rumanía, es la de sostener la falta de legitimación activa de CLR para presentar la demanda en nombre del fallecido.

Al respecto, sostiene, por un lado, que no es víctima directa de la supuesta violación. Así, en el párr. 82 de la sentencia se indica que el Gobierno señala que “en el presente caso el CLR no alegó que sus propios derechos hubieran sido violados, y por lo tanto, no podía considerarse como víctima directa”.

Por otro lado, tampoco constaba la existencia de una autorización del fallecido, víctima directa, para que CLR pudiera accionar en su nombre⁵².

Por otro lado, también pone de manifiesto que no podía considerarse CLR víctima potencial, al no reunir los requisitos que hemos estudiado en los casos anteriores⁵³.

Ante estos argumentos, de manera muy completa e interesante, el TEDH, en los párrs. 96 a 103 recoge una sistematización

era la “condición mórbida original” y señaló la “discapacidad intelectual” como “otra importante condición mórbida”.

52 En el párr. 83 se afirma que “en ausencia de ninguna evidencia de cualquier forma de autorización, el CLR no podía reclamar ser el representante de una víctima directa”.

53 En el párr. 82 se afirma que “en segundo lugar, según la jurisprudencia del Tribunal, una víctima indirecta o potencial debe demostrar con pruebas suficientes, tanto la existencia de un riesgo de una violación, o el efecto que había tenido en él o ella una violación de los derechos de terceras partes, como consecuencia de una estrecha relación preexistente, ya sean natural (por ejemplo, en el caso de un miembro de la familia) o legal (por ejemplo como resultado de los arreglos de custodia). Por lo tanto, el Gobierno alega que el mero hecho de que las circunstancias personales de vulnerabilidad del Sr. Câmpeanu hubieran llamado la atención del CLR, que habría entonces decidido llevar su caso ante los tribunales nacionales, no era suficiente para convertir al CLR en una víctima indirecta; o en la ausencia de una fuerte relación entre la víctima directa y el CLR, o de cualquier decisión confiando al CLR la tarea de representar o cuidar al señor Câmpeanu, el CLR no podría reclamarse víctima, bien directa o indirectamente y esto a pesar de vulnerabilidad indiscutible del Sr. Câmpeanu, o el hecho de que era huérfano y no había tenido ningún tutor legal designado (el Gobierno se refiere, por contraste, a Becker contra Dinamarca, núm. 7011/75, Decisión de la Comisión de 3 de octubre de 1975)”.

de su jurisprudencia sobre la legitimación activa ex artículo 34 CEDH. No vamos a exponerla por motivos de espacio.

Sin embargo, creemos interesante hacer referencia a los párrs. 104-114, en los que analiza si CLR tenía legitimación activa en el presente caso.

Por un lado, considera indiscutible que el Sr. Câmpeanu era la víctima directa⁵⁴. De igual modo, descarta que CLR pueda ser considerada como víctima indirecta en los términos que tiene construidos en su jurisprudencia. Las razones son evidentes. Antes del fallecimiento, la Asociación no entró en contacto con la víctima, ni tampoco se había iniciado un proceso por la misma que la Asociación estuviera en condiciones de continuar⁵⁵. Por lo tanto, el problema se traslada a concretar si la Asociación puede estar legitimada en condición de representante de la víctima directa y sobre esa base, admite dicha condición.

Las razones principalmente son las siguientes.

En primer lugar, al tiempo de su fallecimiento, el Sr. Câmpeanu carecía de un representante legal que velara por sus intereses. El Estado no había garantizado el nombramiento de un tutor o representante legal del incapacitado. Por lo tanto, era objetivamente imposible que hubiera podido otorgarse legalmente de manera correcta la representación a la CLR antes del fallecimiento de la víctima directa. Así se indica en el párr. 111:

54 Vid. párr. 106.

55 En este sentido, en el párr. 107 se afirma que “por otro lado, el Tribunal no encuentra motivos suficientemente relevantes para admitir al CLR como víctima indirecta en el sentido de su jurisprudencia. Fundamentalmente, el CLR no ha demostrado un “vínculo suficientemente estrecho” con la víctima directa; ni se ha argumentado que tenga un “interés personal” en perseguir las quejas ante el Tribunal, teniendo en consideración la definición de estos conceptos en la jurisprudencia del Tribunal (ver apds. 97-100)”.

Y en el párr. 108 se afirma que “mientras vivió, el Sr. Câmpeanu no inició ningún procedimiento ante los tribunales internos para quejarse sobre su situación médica y legal. Aunque formalmente estaba considerado como una persona con plena capacidad jurídica, parece claro que en la práctica fue tratado como si no lo fuera (véanse los apds. 14 y 16). En cualquier caso, debido a su estado de vulnerabilidad extrema, este Tribunal considera que él no era capaz de iniciar ninguno de tales procedimientos por sí mismo, sin un asesoramiento y apoyo legal adecuado. Por lo tanto estaba en una posición totalmente diferente y menos favorable que los casos tratados anteriormente por el Tribunal. Dichas personas que tenían capacidad legal, o al menos no se les prohibió plantear procedimientos mientras estaban vivos (véase ap. 98 y 100), y aquellos en nombre de quienes se presentó la demanda tras su muerte”.

“El Tribunal también señala, como se mencionó anteriormente, que en el momento de su muerte no se tenía conocimiento de parientes cercanos del Sr. Câmpeanu, y que cuando alcanzó la mayoría de edad el Estado no nombró persona competente ni tutor que cuidara de sus intereses, ya fueran legales o de otro tipo, a pesar de la exigencia legal de hacerlo. A nivel nacional el CLR se involucró como representante sólo poco antes de su muerte - en un momento en que era manifiestamente incapaz de expresar deseos u opiniones con respecto a sus propias necesidades e intereses, y mucho menos sobre la conveniencia de presentar recursos. Dado que las autoridades no nombraron un tutor legal u otro representante, no disponía para su protección ninguna forma de representación o para presentar observaciones en su nombre ante las autoridades del hospital, los tribunales nacionales y el Tribunal (ver, *mutatis mutandis*, P., C. y S. contra el Reino Unido (dec.), núm. 56547/00, 11 de diciembre de 2001, y B. contra Rumania (núm. 2), antes citada, apds. 96-97). También es significativo que el principal motivo de queja al amparo del Convenio se refiere a las quejas en virtud del artículo 2 (“derecho a la vida”), que el Sr. Câmpeanu, aunque víctima directa, evidentemente no podría perseguir por causa de su muerte”.

Es decir, de *facto* CLR se erigió en representante de la víctima poco antes de su fallecimiento y tras ella.

Por otro lado, la posibilidad de presentar demandas con posterioridad al fallecimiento de la víctima, y sin cumplir con los requisitos de representación debidamente otorgada, el TEDH considera que tiene carácter excepcional. No obstante, la ha admitido en casos en que se trate de supuestas violaciones del derecho a la vida o la prohibición de tortura⁵⁶. Pues bien, ese planteamiento la hace extensivo a este caso de persona especialmente vulnerable por las enfermedades que padecía y la situación de desamparo en la que se encontraba. El TEDH sostiene que no reconocer legitimación activa a la Asociación, aun a falta del poder notarial, evitaría que estas graves violaciones de derechos humanos queden sin ser juzgadas por el Tribunal. Al respecto, consideramos muy interesante el contenido del párr. 112:

⁵⁶ Vid. párr. 103.

“Ante dicho trasfondo, el Tribunal considera que en las circunstancias excepcionales de este caso y teniendo en cuenta la gravedad de los alegatos, debería admitirse que el CLR actuara como representante del señor Câmpeanu, a pesar del hecho de que carecía de poder notarial para actuar en su nombre y que murió antes de que se presentara la demanda ante el Tribunal al amparo del *Convenio* (RCL 1999, 1190, 1572). Considerar otra cosa significaría evitar que dichas graves denuncias de violación del Convenio fueran examinadas a nivel internacional, con el riesgo de que el Estado demandado escapara de su responsabilidad conforme al Convenio como resultado de su propio fallo al no nombrar a un representante legal que actuara en su nombre tal y como requiere la legislación nacional (véanse apds. 59 y 60; véase también, *mutatis mutandis*, P., C. y S. contra el Reino Unido, precitado, y The Arge College of Legal Advisers contra Rumanía, núm. 2162/05, ap. 26, *8 de marzo de 2011* [JUR 2011, 67208]). Permitir de esta manera al Estado demandado escapar de su responsabilidad no sería coherente con el espíritu general del Convenio, ni con la obligación de las Altas Partes Contratantes en virtud del artículo 34 del Convenio de no dificultar de ninguna manera el ejercicio del derecho a presentar una demanda ante el Tribunal”.

Pues bien, hemos considerado muy interesante este caso, porque de manera evidente se trata de un supuesto en que una organización no gubernamental actúa en defensa de intereses difusos. En el párr. 160 de la sentencia, el TEDH indica claramente que el Gobierno demandado falló al no haber nombrado un representante que velar por los intereses del incapaz y que las quejas presentadas por la situación en la que se encontraba el enfermo, no fueron observadas o resultas por autoridades independientes. En este caso, el TEDH señala que sin duda, estas circunstancias están evidenciando un problema generalizado y amplio en el ordenamiento jurídico rumano, que le lleva a la necesidad de indicar medidas generales que deben tenerse en cuenta en la ejecución de sentencia. Por su interés, destacamos el contenido del párr. 160:

“En el presente caso, el Tribunal recuerda que debido al fallo de las autoridades al no nombrar un tutor legal u otro representante, no se dispuso de ninguna forma de repre-

sentación para la protección del señor Câmpeanu o para representarle en su nombre ante las autoridades del hospital, los tribunales nacionales y el Tribunal (véase el ap.111). En las circunstancias excepcionales que llevaron a permitir al CLR actuar en nombre del Sr. Câmpeanu (véase la conclusión en el ap. 112) el Tribunal también ha encontrado una violación del artículo 13 en relación con el artículo 2 del *Convenio (RCL 1999, 1190, 1572)* debido al fallo del Estado en garantizar e implementar un marco jurídico adecuado que hubieran permitido que las quejas relativas a las alegaciones del Sr. Câmpeanu fueran examinadas por una autoridad independiente (véanse los apds. 150 a 153 ; Véase también ap. 154 en relación con la queja del artículo 3 solo y en relación con el artículo 13). Por tanto, los hechos y circunstancias por los que el Tribunal declaró una violación de los artículos 2 y 13 revelan la existencia de un problema más amplio que muestra la necesidad de indicar medidas generales para la ejecución de su sentencia”.

Así, en el párr. siguiente, concreta las medidas generales que recomienda que adopte el Estado condenado:

“En este contexto, el Tribunal recomienda que el Estado demandado disponga las medidas generales necesarias que garanticen que las personas mentalmente discapacitadas en una situación comparable a la del Sr. Câmpeanu, gocen de una representación independiente, que les permita presentar sus quejas relativas a su salud o tratamiento a examen ante un tribunal u otro órgano independiente (véase, *mutatis mutandis*, ap. 113 y *Stanev [JUR 2012, 14338]*, precitado, ap. 258)”.

4. Conclusiones

Como ha podido apreciarse, los sistemas de protección de derechos humanos se enfrentan a importantes desafíos. Por un lado, es preciso articular mecanismos efectivos de protección de los derechos, desde una perspectiva individual, las graves violaciones producidas históricamente, así lo exigen.

Sin embargo, estos desafíos no se detienen ahí. No podemos pasar por alto los casos graves de violaciones masivas

de derechos humanos. En esos casos, es preciso articular mecanismos efectivos de acceso a los tribunales supranacionales de protección de derechos humanos. Ahora bien, no solamente es preciso articular esos mecanismo, es preciso avanzar en la configuración o reconocimiento de la legitimación activa para el ejercicio de acciones ante el TEDH. Es por ello, por lo que hemos prestado atención a las nuevas tendencias jurisprudenciales sobre legitimación activa plural o para la protección de intereses colectivos o difusos.

5. Bibliografía

Allard, Pablo, *et. al., Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional*. Colex, Madrid, 2007.

Casadevall, Josep, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Estrasburgo y su jurisprudencia*. Tirant lo Blanch, Valencia 2012.

Cucarella Galiana, Luis Andrés, *Recursos y medios de impugnación contra las resoluciones dictadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, en “Derecho Procesal Constitucional” (Velandia Canosa, Eduardo Andrés, dir.), *et. al.* VC editores, Legis. Colombia 2014.

Recursos y procesos para la protección de los derechos humanos en el ámbito europeo (*et. al.*, Martínez Lazcano, Alfonso Jaime, coord.-, Primera Instancia, México, 2014.

Principios relativos a las partes y al procedimiento seguido ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en “Derecho Procesal Constitucional” (Velandia Canosa, Eduardo Andrés, dir.), *et. al.*, Universidad de Santo Tomás. Legis, Colombia 2015.

Gimeno Sendra, José Vicente, “La experiencia de los “juicios de Nürenberg” y la necesidad de crear el Tribunal Penal Internacional”. *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 1, 1998.

Martín-Retortillo, Baquer, Lorenzo, "El sistema de protección del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo*, tomo IV. Las garantías de los ciudadanos y el control de las Administraciones Públicas (Cano Campos, Tomás, coord.). Iustel, 2009.

Morte Gómez, Carmen, *El procedimiento ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, "El procedimiento ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Lecciones de Jurisdicción social*, et. al., 2013.

Ortells Ramos, Manuel, *Introducción al Derecho Procesal* (et. al.). Aranzadi, 5ª edición, 2016.

Richard González, Manuel, "El acceso del individuo a los órganos internacionales de protección de los derechos humanos", *Hacia una Justicia Internacional*, XXI Jornadas de Estudio, 9 a 11 junio 1999, 2000.

Rodríguez, Ángel, *Integración europea y derechos fundamentales*. Civitas 2001.

Rollnert Liern, Goran, "El protocolo nº11 al Convenio Europeo de los Derechos Humanos y el nuevo Tribunal Europeo de Derechos Humanos: ¿hacia un Tribunal Constitucional Europeo?" *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadriuque Furió Ceriol*, núm. 13, 1995.

Sánchez Legido, Ángel, *La reforma del mecanismo de protección del Convenio europeo de derechos humanos*. Colex 1995.

CONSTRUCCIÓN DE ENEMIGOS EN EL CONTEXTO DE LA SOCIEDAD DEL RIESGO. ANÁLISIS EN PARTICULAR DEL DELITO DE MICROTRÁFICO.

Rodrigo Ríos Álvarez¹

¹ Profesor de Derecho Procesal Penal y Litigación Oral, Facultad de Derecho, Universidad Finis Terrae. Magíster en Derecho con Mención en Derecho Público y Abogado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Correo electrónico: rrios@uft.cl

1. Introducción

Hoy en día, las sociedades contemporáneas son cada vez más complejas como consecuencia de la mayor especialización y diversificación funcional que han ido adquiriendo². Tal como sostienen Rodríguez y Arnold, “es ya una convención sociológica señalar que la diferenciación social es un proceso que acompaña a la división del trabajo, la que desencadena un crecimiento de alternativas de los distintos papeles (roles) dentro de una sociedad, desde el momento en que surgen nuevas especialidades”³. Esta especialización y desarrollo constante de las sociedades actuales ha hecho que de manera proporcional vaya adquiriendo mayor relevancia la noción de riesgo. Así, entenderemos por riesgo la posibilidad de daños futuros debido a decisiones particulares que se toman en el presente, en otras palabras, decisiones que son tomadas sin tener conciencia de lo que sucederá en el porvenir⁴. Luego, el riesgo se convierte en un elemento imperativo de la vida contemporánea y constituye una característica inherente a la conducta humana, de allí que su reorganización se convierta en una cuestión dominante en el desarrollo actual de la sociedad, pasando a ser catalogada ésta como una “sociedad del riesgo”⁵. A su vez, por peligro debemos entender, de manera general, una posibilidad de daño digna de atención, circunscribiendo el riesgo sólo a casos en que el daño surge como consecuencia de una decisión tomada. Para clarifi-

car, útil es el ejemplo de quien decide fumar cigarrillos, ya que toma una decisión que implica un riesgo para su salud, pero para quienes son receptores de dicha contaminación, tal actuar implica un peligro. Precisamente cada sistema, dependiendo de su propia configuración, y de la manera en que se relaciona con su entorno, definirá – por vía de construcción conceptual – las situaciones que le resultan, ya sea, peligrosas o riesgosas, y adoptará de la misma manera, las respectivas decisiones preventivas de acuerdo a la estrategia selectiva empleada, decisión que a su vez implicará asumir una cuota de riesgo en pos de lograr una mayor sensación de seguridad. Es esta distinción – entre riesgo y peligro – la que da relevancia al concepto de seguridad⁶. Se puede afirmar entonces que en las sociedades actuales no existe comportamiento seguro que esté exento de riesgos⁷, o de manera más categórica, “no se puede tener seguridad frente a los daños futuros”⁸. En consecuencia el riesgo no depende de factores objetivos, sino que obedece únicamente al modo de observación empleado, y la noción de seguridad, entendida como ausencia de riesgos, más que una finalidad alcanzable es un “proceso constante por el cual se van logrando cada vez mayores grados de ese bien social”⁹.

En este escenario, tenemos como principales aspectos caracterizadores de esta “sociedad del riesgo”: a) un cambio cualitativo y cuantitativo de los peligros que nos acechan actualmente en relación con los de otras épocas, a título de ejemplo

2 Un sistema es complejo cuando existen varias posibilidades que pueden tener lugar o no. PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2006, p. 19.

3 RODRÍGUEZ, Darío y ARNOLD, Marcelo, Santiago: Ediciones Universitarias, 1992, p. 135.

4 “Por consiguiente, es una forma para realizar descripciones presentes del futuro desde el punto de vista de que uno puede decidirse, en atención a los riesgos, por una alternativa u otra”, LUHMANN, Niklas, España: Trotta, 1998, p. 163.

5 Para una comprensión acabada del término “sociedad del riesgo” véase BECK, Ulrich, Argentina: Paidós, 1998; GIDDENS, Anthony, España: Península, 1995. LUHMANN, N. México: Universidad Iberoamericana/ U. Guadalajara, 1992. En su vinculación con lo que es el Derecho penal del riesgo, véase PRITTWITZ, Cornelius, Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca 2003, pp. 259-287. En este sentido sostiene Piña Rochefort, siguiendo a Luhmann, que “el incremento sostenido de la complejidad es una característica innegable de las sociedades en constante desarrollo industrial y tecnológico. Ello implica, indefectiblemente, un incremento de los riesgos, hasta el punto de que la sociedad moderna ha sido calificada persistentemente como una “sociedad de riesgos”, op. cit. ibídem.

6 Aquí debemos destacar el hecho de que el concepto de seguridad adquiere sentido en la medida que se lo entiende vinculado a la noción de expectativas —a él integradas—. Así, la seguridad/ inseguridad vendrá dada por la probabilidad de que se cumpla o no lo esperado. Como sostiene Luhmann “una expectativa puede ser más o menos segura. Pero hay que distinguir la concisión o ambigüedad de la determinación de lo esperado. Cuanto más unívocamente se determine la expectativa, tanto más incierta será en lo general”. LUHMANN, Niklas, Barcelona: Anthropos, 1998, p. 281. Véase también GIMÉNEZ ALCOVER, Pilar, Barcelona: Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad de Barcelona, 1993, pp. 163 y ss.

7 Tal como sostiene Beck, “se llega a una superproducción de riesgos que en parte se relativizan, en parte se complementan y en parte se disputan mutuamente la supremacía. Cada posición de interés intenta defenderse con definiciones del riesgo y de este modo alejar los riesgos que atacan a su monedero...Esta pluralización es evidente para la referencia de los riesgos a los valores y a los intereses: el alcance, la urgencia y la existencia de los riesgos oscilan con la pluralidad de valores y de intereses. BECK, Ulrich, op. cit. p. 45.

8 CORSI, Giancarlo et. al. México, Universidad Iberoamericana/ ITESO/ Anthropos, 1996, p. 142.

9 DE REMENTERÍA, Ibán, Valparaíso: Universidad de Valparaíso, 2002, p. 795.

acostumbra a citarse los riesgos implícitos al uso de la energía nuclear, o a los efectos contaminantes de determinadas actividades industriales, a los que se vincula la posibilidad de una destrucción colectiva; b) la complejidad de las esferas organizativas, lo cual – en el contexto de división funcional del trabajo – da lugar a que la responsabilidad individual se diluya en el conjunto de aportaciones, llegándose a afirmar que las estructuras complejas de producción dan lugar a una “irresponsabilidad organizada”; c) un incremento de la sensación de inseguridad por parte de la colectividad, que desarrolla una especial sensibilidad al riesgo, lo que a su vez parece traducirse en demanda de mayores y más efectivos mecanismos de prevención a articular por las distintas agencias e instancias de control¹⁰.

2. El rol de los mass media en la construcción de “enemigos”.

Históricamente, los sistemas sociales han diferenciado la temática de la (in)seguridad acotándola, de manera inmediata, a la comisión de delitos contra las personas y el patrimonio (aparejados de violencia e/o intimidación en su comisión). De un tiempo a esta parte la fuente de la inseguridad ha ido ampliándose a campos vinculados, en términos penales, a bienes jurídicos difusos o colectivos¹¹, como por ejemplo lo es la salud pública, el medio ambiente, el orden público económico, etcétera¹². Aquí,

10 SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos J., Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2003, pp. 290 y 291.

11 En cuanto a la legitimidad de la protección de bienes jurídicos supraindividuales, véase CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, Montevideo-Buenos Aires: Serie Europa-América, Editorial B de F, 2007, pp. 33-54. A propósito del medio ambiente como bien jurídico protegido, véase JAKOBS, Günther, Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 2004.

12 Tenemos entonces, en el contexto de la sociedad del riesgo, que “los daños futuros a través de los desarrollos de la alta tecnología y de la economía mundial, así como las desestructuraciones y reestructuraciones locales, nacionales e internacionales, a ellos vinculadas, y con ello la profunda desorientación normativa, no pueden solucionarse ya fácilmente a través de los modelos clásicos de acometimiento de crisis como la política de reparto económico, acomodación de formas de participación política, dirección a través de programas jurídicos condicionales...esto ha conllevado a que el Derecho penal haya perdido puntos esenciales de orientación en el sistema de imputación”. HERZOG, Felix, Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2003, pp. 250 y 251.

el papel desempeñado por los mass media es vital¹³, sobre todo en la construcción de los significados que rodean la temática de la inseguridad producida por la delincuencia, convirtiéndolo en uno de los puntos más recurrentes dentro de la llamada “Agenda Setting”¹⁴. Así, los medios masivos de comunicación, como constructores de realidad, y en gran medida responsables de lo que socialmente venimos entendiendo por delito, han llevado el tema de la seguridad a un plano en que la respuesta individual resulta estéril¹⁵. Por ende, en países como el nuestro, el tema de la (in)seguridad ha pasado a ser un problema ya no sólo de carácter social, sino que también con ribetes políticos¹⁶, donde la

13 Tal como sostiene Suárez González “uno de los factores que resultan determinantes de esta característica – de incremento de la sensación de inseguridad en las sociedades actuales – lo conforma el auge que han adquirido los medios de comunicación. La sociedad de la información en la que vivimos se caracteriza no sólo por la cantidad y rapidez con las que fluyen las noticias, sino por la importancia que la propia información ha adquirido en la conformación de la vida social: en el modo de organizar el trabajo, en los hábitos sociales y en las relaciones interpersonales”. SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos J. *op cit.* p. 291.

14 Esta modalidad parte de la constatación del poder (mediante su capacidad simbólica) que ejercen los medios de comunicación de masas para influir y determinar el grado de atención que el público otorga a ciertos temas, los cuales quedan sometidos a la atención y el interés colectivo. Como sostienen Maxwell McCombs y D. Shaw, “cuanto mayor es el énfasis de los media sobre un tema, mayor es el incremento de la importancia que los miembros de una audiencia ofrecen a estos temas como orientadores de la atención pública. Citados por MORELLI, Juan y LAICI, María, 2003, [en línea] <<http://www.ciudadpolitica.com/modules/news/article.php?storyid=249>>. Es decir, la “Agenda Setting”, afirma la existencia de una relación directa y causal entre el contenido de la agenda de los mass media y la subsiguiente percepción pública de cuáles son los temas importantes del día. Existe, pues, una relación entre la agenda de los media y la agenda pública, siendo la primera la que inicia el proceso. En la actualidad, el proceso de globalización de los medios da lugar a una tendencia de los mass media que tiene relación directa con la conformación de las opiniones y actitudes públicas. Luego, la atención del público es limitada y, por ende, el actuar de los medios de comunicación de masas implica altos grados de discriminación temática, lo que en última instancia redundaría en el índice temático actual que forma parte de la opinión pública.

15 En este punto Silva Sánchez señala que “resulta ineludible la puesta en relación de la sensación social de inseguridad frente al delito con el modo de proceder de los medios de comunicación. Éstos por un lado, desde la posición privilegiada que ostentan en el seno de la sociedad de la información y en el marco de una concepción del mundo como aldea global, transmiten una imagen de la realidad en la que lo lejano y lo cercano tienen una presencia casi idéntica en la representación del receptor del mensaje. Ello da lugar, en unas ocasiones, directamente a percepciones inexactas; y en otras, en todo caso, a una sensación de impotencia. A mayor abundamiento, por otro lado, la reiteración y la propia actitud (dramatización, morbo) con la que se examinan determinadas noticias actúa a modo de multiplicador de los ilícitos y las catástrofes, generando una inseguridad subjetiva que no se corresponde con el nivel de riesgo objetivo”. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, Montevideo-Buenos Aires: Ediciones B de F, 2006, pp. 27 y ss.

16 Como sostiene Tudela “En los casos donde el tema de la inseguridad ha adquirido relevancia pública ella se ha tematizado invariablemente como un problema vinculado a la órbita política. En efecto, una vez que el incremento de las tasas de criminalidad alcanza un reconocimiento público y se generaliza la sensación de peligro, muchas veces por un tratamiento sensacionalista por parte de los medios masivos, inevitablemente la opinión pública demanda una respuesta eficaz de la

opinión pública, como medium, ha contribuido en gran medida a ese fenómeno. Ello ha implicado por parte del Estado la adopción de una serie de medidas en el terreno político¹⁷ para hacer frente a esta inseguridad, y paralelamente contener el reclamo de seguridad de parte de la ciudadanía. Resultado de ello es la promulgación de una serie de leyes que intentan convertirse en la respuesta a esta problemática, dando así la "impresión tranquilizadora de un legislador atento y decidido"¹⁸, el cual recurre al derecho penal para abordar una amplia gama de problemas sociales¹⁹.

En otras palabras, tomando en consideración el hecho de que la delincuencia se ha instalado en el debate político así como también en el rubro de las comunicaciones, con nuevas apreciaciones, análisis, locuciones y prácticas – podría hablarse de una "globalización" de su tematización – y ante el escenario de una cada vez más recurrente utilización de conceptos como sociedad "atemorizada", "individualista" y conmovida por sus percepciones de inseguridad y expresiones de violencia. El tratamiento general que se ha realizado por parte de los medios masivos del problema de la inseguridad derivada de la actividad delictual, cristaliza un sinnúmero de elementos que construyen la actual representación social de ciertos hechos como constitutivos de lo que entendemos por "delincuencia"²⁰. El delito es

negado como un producto social, es afirmado como algo que viene de fuera, un enemigo, una peste, es más, la guerra contra la delincuencia aparece como una tarea colectiva a la cual toda la "gente de bien" es convocada y debe sentirse comprometida. A la delincuencia se la objetiva como el nuevo enemigo interno que debe ser derrotado con una cruzada de movilización nacional. Mucho antes Michel Foucault ya había planteado la larga maniobra para imponer al concepto de delincuente un enfoque bien determinado, tal artificio consistía en "presentarlos como muy cercanos, presentes por doquier y por doquier temibles. Es la función de la gaceta. La crónica de sucesos criminales por su redundancia cotidiana, vuelve aceptable el conjunto de los controles judiciales y policíacos que reticulan la sociedad; refiere cada día una especie de batalla interior contra el enemigo sin rostro"²¹. Es en razón de este "enemigo sin rostro", llamado delincuente, que la sociedad parece generalizar la desconfianza y el miedo a los demás. La percepción de inseguridad, que se gatilla por el miedo, es percibida entonces principalmente proveniente de la delincuencia²².

3. La guerra contra las drogas. El microtraficante como enemigo.

Tal como venimos sosteniendo, en el contexto que la delincuencia se ha objetivado como uno de los principales peligros para la sociedad, siendo uno de los focos que justifica los altos índices de temor ciudadano²³, las conductas vinculadas a las drogas han venido siendo estereotipadas como uno de los flagelos que azotan a la sociedad actual, por lo que aquellas personas

autoridad. TUDELA, P. (1998) "Prevención del Delito y Seguridad Ciudadana en Democracia", en Cuadernos de Criminología N° 8, Instituto de Criminología de Investigaciones de Chile, Santiago. Citada por DE LA PUENTE, Patricio y TORRES, Emilio, Concepción: Ponencia Congreso Internacional de Políticas Sociales. Universidad del Bío Bío, 2000.

17 En este sentido Mazzacava: "el Derecho penal moderno ya no tiene independencia teórica: éste depende de la política...de aquella – política – ordinaria y cotidiana, que prospecta, cada vez mas frecuentemente, soluciones de bajo relieve...El Derecho Penal llega a ser, así, un dúctil instrumento de propaganda (solamente) electoral recurrente en los cada vez más frecuentes periodos de las concretas competiciones electorales". MAZZACUVA, Nicola, Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2003, p. 231.

18 SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, citado por Cancio Meliá, en JAKOBS, Günther y CANCIO MELIÁ, Manuel, Buenos Aires: Hammurabi, José Luis Depalma, Editor, 2005, p. 77, nota al pie n° 11.

19 "Mientras los medios de comunicación generan la demanda por seguridad, las empresas especializadas y las autoridades competentes generan la oferta de seguridad". DE REMENTERÍA, Ibán, op. cit. p. 799.

20 En este contexto compartimos lo señalado por Silva Sánchez, en el sentido de que este temor a la criminalidad es obra única y exclusiva del rol desempeñado por los *mass media*. Éstos "refuerzan o estabilizan miedos ya existentes...Expresado de otro modo, el miedo al delito aparece como una metáfora de la inseguridad vital generalizada". SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, op. cit. p. 30.

21 FOUCAULT, Michel, México: Ediciones Siglo XXI, 1984, p. 292.

22 Quizás no se trate de una relación causal llevada al extremo, en el sentido de que suprimidos in mente los *mass media* desaparezca de manera automática la percepción de temor en la ciudadanía, ya que hay muchos otros factores que contribuyen a ello (interacciones con la familia, amistades, vida escolar, etcétera) pero tampoco podemos desconocer que son un factor que contribuye en gran medida a crear tales sensaciones.

23 Para ello consúltense los distintos estudios y encuestas elaborados por la Fundación Paz Ciudadana, disponibles en <http://www.pazciudadana.cl/publicaciones-revistas.php>

asociadas a esta actividad pasan a ser catalogados de manera automática como “peligrosos”, constituyendo un lugar común, tal como sostiene Scalia, el hecho de que “los micro-trafficantes son los responsables de la inseguridad ciudadana”²⁴, ya que ellos constituyen “el único grupo que mantiene una percepción antagónica con respecto a la percepción dominante del problema de la droga”²⁵. Como señalamos, en esta construcción contribuyen principalmente los medios masivos de comunicación social, generando de esta manera una respuesta de parte de la opinión pública que clama por mayores grados de seguridad, y ve en los delincuentes el principal foco de peligro. Ahora bien, la droga en este contexto pasa a ser considerada lisa y llanamente como una patología social. “Así se grafica a todo lo relacionado con las drogas como algo malo, patológico, inmoral que estaría corrompiendo a la sociedad a través de la difusión del consumo de drogas de la población y la debilitación de los organismos públicos por la corrupción”²⁶, ante lo cual no queda otra alternativa que enfrentar esta lacra, mediante la estrategia de la guerra. El principal campo de batalla de esta nueva guerra estará configurado por el rol que cumple el sistema legislativo, el cual echará mano del último y peor de los recursos para solucionar problemas sociales, esto es, el Derecho penal. Así la respuesta de este sistema será del todo enérgica al momento de crear la norma que regule y sancione este tipo de conductas²⁷.

4. Ley N° 20.000 y la incorporación del tipo penal del microtráfico.

El día 16 de febrero de 2005 se publicó en el Diario Oficial la ley N° 20.000, la cual sustituía la ley N° 19.366 que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas. En este sentido la ley N 19.366, tipificaba (artículo 5°) el delito de tráfico de drogas, asignándole una pena que iba del presidio mayor en su grado mínimo a medio. Como contrapartida, se sancionaba como falta el porte de cantidades menores de droga siempre que éstas estuvieran destinadas a un uso o consumo personal. En la práctica judicial se originaron una serie de “problemas” a la hora de poder castigar a aquellos que tenían consigo una cantidad de drogas tal que no era presumible que estuviesen destinadas a un uso o consumo personal, pero claramente menor a una cantidad que pudiera ser catalogada como “tráfico de drogas”. Ante esta situación muchos jueces optaron por castigar por la falta del consumo de drogas, evitando de esa manera aplicar una pena desproporcionada a un hecho de baja lesividad (recordando que la pena mínima asignada al delito de tráfico en dicha ley partía en los 5 años y un día). Es esta una de las principales problemáticas de las cuales se hace cargo la ley N° 20.000²⁸, estableciendo un tipo penal privilegiado en relación con el tráfico de drogas como históricamente se había concebido y castigado, a saber, el llamado delito de “microtráfico”, como una forma de evitar la impunidad de los *dealers* callejeros, y en definitiva de todos aquellos que incurrieran en conductas

24 SCALIA, Paolo, “Prohibicionismo, grupos sociales a riesgo y autoritarismo institucional: la censura social hacia los microtrafficantes”, en línea: www.revistapolis.cl/11/scal.doc, p. 3.

25 BARATTA, Alessandro, Fundamentos ideológicos de la actual política criminal sobre drogas, Oñati, 1993, paper, Biblioteca IISJL, p. 3, citado por Scalia, Paolo, ob. cit. Ibidem.

26 PAVEZ FARIAS, Juan y PRAT LOPICICH, Arturo, 2006, disponible en línea: http://www.cybertesis.cl/tesis/uchile/2006/pavez_j/html/index-frames.html

27 En este sentido Paolo Scalia sostiene que “el carácter represivo de las intervenciones institucionales, desde el mismo momento de la creación de la norma legislativa, produce sólo un aumento injustificable e incontrolable en los tres niveles de la violencia monopólica-institucional. Éstos son: a) la violencia simbólica de la ley penal, b) la violencia burocrática-administrativa de las agencias penales, policías y tribunales, c) la violencia física institucional hacia los posibles detenidos por “microtráfico”, en términos de privación de la libertad personal con el consecuente aumento de los costos sociales de las políticas de control de las drogas sobre los individuos atrapados por las redes penales, sus familias y la comunidad social. SCALIA, Paolo, op. cit. p. 4.

28 En el Mensaje de la ley 20.000, se establecía una “necesidad” para efectuar un cambio en la legislación de drogas, donde se hacía eco a este problema de aplicación de la ley por parte de los jueces, así se expresaba que “la propia aplicación de dicha ley -19.366- ha determinado la necesidad de adecuarla a las actuales exigencias de la realidad nacional. El conjunto de propuestas en esta materia tienen por objeto principal otorgar las herramientas apropiadas para endurecer las sanciones y, lo que es más importante, lograr que todos los partícipes sean condenados y que las penas se cumplan efectivamente. Estas conductas, llamadas de “microtráfico”, productoras de graves daños sociales, no se encuentran apropiadamente tratada en la ley actual, la que se concibió, desde la primera ley especial del año 1973, para enfrentar a los grandes grupos criminales”. Al hacerse cargo de la práctica judicial (cuando los jueces no castigaban a los pequeños traficantes), el Mensaje sostenía que: “Ello ha producido un mayor daño social que el perjuicio individual que se trataba de evitar, en la medida que constituye una grave señal que puede incentivar tales conductas.

de tráfico, pero estando involucradas “pequeñas cantidades” de droga²⁹.

En relación con este nuevo tipo penal, se puede sostener que la técnica legislativa empleada en su construcción se caracteriza por utilizar una serie de verbos rectores (poseer, transportar, guardar, portar, transferir, suministrar o facilitar) donde la concurrencia de cualquiera de dichos verbos permite configurar este tipo, respondiendo de esa manera al carácter de delito de emprendimiento, tal como lo ha sostenido la doctrina³⁰. Ahora bien, el elemento crucial que ha de interpretarse es el de “pequeñas cantidades”, ya que ello marcará en definitiva el límite de una conducta para ser considerada como microtráfico (artículo 4°) o bien como tráfico de drogas (artículos 3° y 1°)³¹, no siendo menor su determinación, toda vez que la diferencia de los rangos de pena son considerables³². Otro punto conflictivo ha sido el empleo de un elemento negativo del tipo en la parte final de su inciso primero (“a menos que justifique que

29 El artículo 4° de la ley 20.000 establece que: “El que, sin la competente autorización posea, transporte, guarde o porte consigo *pequeñas cantidades* de sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas, productoras de dependencia física o síquica, o de materias primas que sirvan para obtenerlas, sea que se trate de las indicadas en los incisos primero o segundo del artículo 1°, será castigado con presidio menor en su grado medio a máximo, y multa de 10 a 40 UTM, a menos que justifique que están destinadas a la atención de un tratamiento médico o a su uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo. En igual pena incurrirá el que adquiera, transfiera, suministre o facilite a cualquier título *pequeñas cantidades* de estas sustancias, drogas o materias primas, con el objetivo de que sean consumidas o usadas por otro. Se entenderá que no concurre la circunstancia de uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, cuando la calidad o pureza de la droga poseída, transportada, guardada o portada no permita racionalmente suponer que está destinada al uso o consumo descrito o cuando las circunstancias de la posesión, transporte, guarda o porte sean indiciarias del propósito de traficar a cualquier título”.

30 Tal como sostienen Politoff, Ramírez y Matus, al tratar el delito de tráfico de drogas que “se trata de un delito de emprendimiento, consistente en la participación indeterminada de una actividad criminal iniciada o no por el autor”. Conductas todas que forman parte del “ciclo del tráfico ilícito de estupefacientes”. POLITOFF, Sergio, RAMÍREZ, Cecilia y MATUS, Jean Pierre, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2006, pp. 575 y 576.

31 En este sentido es el propio artículo 4° de la ley 20.000 el cual da una luz – en clave negativa – para entender cuándo se estaría en presencia de una “pequeña cantidad” de droga, al señalar en su inciso final que “no concurre la circunstancia de uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, cuando la calidad o pureza de la droga poseída, transportada, guardada o portada no permita racionalmente suponer que está destinada al uso o consumo descrito o cuando las circunstancias de la posesión, transporte, guarda o porte sean indiciarias del propósito de traficar a cualquier título”. Para un acabado análisis de esta materia, véase Politoff, Ramírez y Matus, op. cit. pp. 583 y ss.

32 Para el microtráfico, la ley N° 20.000 establece una pena de 541 días a 5 años, con una multa de 10 a 40 UTM, en cambio el tráfico de drogas tiene aparejada una pena que va desde los 5 años y un día hasta los 15 años, con una multa de 40 a 400 UTM.

están destinadas a la atención de un tratamiento médico o a su uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo”), lo cual ha sido criticado por algunos autores, porque eventualmente entraría en tensión con la presunción de inocencia, discusión que ha sido zanjada por el Tribunal Constitucional – criterio que compartimos –, en el sentido de que estaríamos en presencia de una causal de justificación.³³

5. Manifestaciones del derecho penal del enemigo en la ley N° 20.000. La guerra contra el microtráfico.

Con la entrada en vigor de la ley N° 20.000, y comparando su alcance con la legislación previa, podemos sostener que la regulación macro aplicable al delito de tráfico de drogas estaba

33 Con ocasión de la resolución pronunciada por el TJOP de Temuco, con fecha 29 de agosto de 2007, en la causa RUC 0700006159-4, seguida en contra de Paul Morrison Cristi, que absolvió al acusado de los cargos que el Ministerio Público le atribuía como autor del delito previsto y sancionado en el artículo 4° de la Ley N° 20.000, el referido Tribunal sostuvo que: “...la prueba producida por el acusador fiscal..., es insuficiente para destruir la presunción de inocencia...”.- El Ministerio Público recurrió de nulidad ante la ICA de Temuco, la cual, en fallo de 17 de noviembre de 2007, dictado en los autos Rol N° 1048/2007, sostuvo que el delito contemplado en la norma aludida generaba una presunción legal de responsabilidad penal a partir de ciertos hechos, la cual alteraba el onus probandi y que, en consecuencia, debía el propio acusado acreditar las causales de justificación necesarias para eludir la pena penal.- La Ilustrísima Corte agregó, además, que lo dicho no vulneraba la presunción de inocencia, ya que el imputado mantenía el derecho a demostrar la inexistencia del delito y su participación.- Con fecha 19 de noviembre de 2007, la defensa del acusado Morrison, representada por el abogado Raúl Tavorari Oliveros, interpuso recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante el Excelentísimo Tribunal Constitucional, por entender que el artículo 4° de la Ley N° 20.000, vulneraba la presunción de inocencia consagrada en la Constitución. En este sentido, el recurrente solicitó al Tribunal Constitucional que declarara lo siguiente: a) La presunción de inocencia, aisladamente considerada y, además, en cuanto integrante de la noción de una investigación y un procedimiento penal justos y racionales, constituye un derecho esencial que emana de la naturaleza humana; b) que esta presunción de inocencia está consagrada explícitamente en el Ordenamiento Constitucional chileno; c) En subsidio, que ella constituye un derecho esencial implícito en la Carta Política; y d) que la disposición legal impugnada en este arbitrio constitucional, vulnera y desconoce el derecho esencial de toda persona sometida a un proceso penal, de resguardarse frente al poder sancionador del Estado, en dicha presunción de inocencia.- El 13 de mayo de 2008, el Tribunal Constitucional dictó su resolución desechando, por amplia mayoría, la tesis del recurrente, y acogiendo, a su vez, los argumentos esgrimidos por el Ministerio Público, particularmente al señalar que “...la parte final del inciso primero del referido artículo 4° [ley 20.000] consagra una causal de justificación de la responsabilidad penal...”, por lo cual es el acusado quien debería probar la existencia de la misma.

ya contenida en la ley N° 19.366, y muchas de ellas se mantuvieron inalterables en el nuevo texto legal, y otras recibieron pequeños retoques, y que como dijimos, la principal novedad vino dada por la incorporación del delito de microtráfico. En este escenario válido resulta preguntarse acerca de si esta nueva regulación recoge aspectos de lo que en doctrina se ha denominado "Derecho penal del enemigo", término acuñado por el profesor alemán Günther Jakobs. En términos generales la tesis de Jakobs³⁴ consiste en que la validez del derecho se mantiene contrafácticamente en la medida en que el comportamiento corruptor de la norma es marginalizado. En este sentido la sociedad sólo podrá operar en la medida en que exista una base cognitiva, que permita tener la expectativa de que una persona se comportará de acuerdo al mandato de la norma³⁵ (por ende actuará como "persona"). En caso de que esta expectativa no exista o bien se vea negada de manera expresa, el derecho penal pasa de ser una reacción de la sociedad ante el hecho de uno de sus miembros, a ser una reacción contra un "enemigo". Surge así un "derecho penal del enemigo", el cual condensaría los siguientes aspectos: Un adelantamiento de la punibilidad; Una falta de reducción de la pena proporcional al adelantamiento de la punibilidad; Paso de una legislación del derecho penal a una legislación de lucha contra la delincuencia (reconducida a conductas percibidas como peligrosas para la sociedad); y final-

mente una supresión de garantías procesales³⁶. Jakobs postula su tesis como una "táctica destinada a detener el avance de esta tendencia – el derecho penal del enemigo – que amenaza con invadir todo el campo penal"³⁷, por ello el derecho penal debe quedar inmune para su aplicación a los ciudadanos (quienes poseen el carácter de persona, gracias a la base cognitiva, pudiendo la norma penal operar de manera contrafáctica), dejando circunscrita la aplicación del derecho penal del enemigo sólo a quienes no respondan a estas últimas características de motivación, razón por la cual no se les puede reconocer el rango de persona, y en definitiva la pena no podría cumplir su rol de reafirmación de la vigencia de la norma vulnerada³⁸. Pensamos que la tesis de Jakobs viene a ser un acto de honestidad, en el entendido que constata la existencia de una práctica legislativa que atenta contra todas las garantías de un derecho penal de corte liberal, y la llama como tal³⁹.

Ahora, en lo que respecta a nuestra ley N° 20.000, y haciéndose cargo de la pregunta arriba formulada, en primer lugar, creemos que el legislador nacional no tuvo en mente la esencia del pensamiento de Jakobs a la hora de elaborar su tesis del "derecho penal del enemigo", en el sentido de tomar a éste como una contención que permitiría salvaguardar al derecho penal liberal, evitando que éste se contamine y se convierta en una manifestación del derecho penal del enemigo, con una aplicación del poder punitivo sin limitación alguna. Por qué sostenemos esto, básicamente por el hecho de que de una manera simbó-

34 En este punto nos estamos refiriendo a la tesis postulada por Jakobs en 1999, dejando atrás su primera aproximación al tema (1985) donde emplea el concepto de derecho penal del enemigo de manera peyorativa para estigmatizarla como una tendencia antiliberal y bélica. Para sintetizar ambos momentos, Cornelius Prittzwitz sostuvo que "en términos generales puede afirmarse que mientras en su ponencia de 1985 Jakobs declaró la guerra al ilegítimo "derecho penal del enemigo", en su intervención de 1999 declaró la guerra a los enemigos de la sociedad", citado por ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Buenos Aires: Ediar, 2007, p. 153, nota el pie n° 389.

35 "Cuando se tiene enfrente también a una persona que defrauda expectativas garantizadas jurídicamente, precisamente no hay que adaptarse a esa defraudación, no hay, pues, que solucionar el conflicto volviendo a aprender algo...Muy por el contrario se puede reaccionar de otra forma: se asocia el conflicto no ya con un comportamiento propio, sino con un comportamiento incorrecto del autor, de tal forma que la víctima se mantiene contrafácticamente en su expectativa...Hay que demostrar, no sólo para la persona que ha sido defraudada en el caso concreto, sino también para todo ciudadano, para toda la sociedad, que el fallo se produjo en el comportamiento del autor, y que en el futuro uno se encuentra de todas formas en consonancia con el Derecho cuando atiende a la expectativa garantizada mediante la norma penal, aunque esta expectativa fuese ya en una ocasión defraudada". LESCH, Heiko H., Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, Colección de Estudios N° 17, 1999, pp. 75 y 76.

36 LÓPEZ DÍAZ, Claudia, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006, *passim*. También desde un punto de vista esquemático de esta postura doctrinaria, véase GÓMEZ MARTÍN, Víctor, Montevideo-Buenos Aires: Serie Europa-América, Editorial B de F, 2007, pp. 55-103.

37 ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Buenos Aires: Ediar, 2007, p. 151.

38 Para una mayor profundidad de esta tesis, véase JAKOBS, Günther y CANCIÓ MELIÁ, Manuel, op. cit. También Silva Sánchez aborda el tema desde su particular análisis de "velocidades del derecho penal", donde esta tendencia del derecho penal del enemigo respondería a una "tercera velocidad". Para una mayor comprensión, vid. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2006.

39 Para una mayor profundidad de esta tesis, véase JAKOBS, Günther y CANCIÓ MELIÁ, Manuel, op. cit. También Silva Sánchez aborda el tema desde su particular análisis de "velocidades del derecho penal", donde esta tendencia del derecho penal del enemigo respondería a una "tercera velocidad". Para una mayor comprensión, vid. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, op.cit.

lica⁴⁰ se legisló creando un nuevo tipo penal – el microtráfico –, insertándolo en una regulación legal ajena, propia de delitos de mayor gravedad, adoptando de esa forma una respuesta altamente represiva ante el riesgo que implica la droga en nuestra sociedad. Esto último puede quedar corroborado tomando como base la propia historia fidedigna del establecimiento de esta ley, en la cual queda en evidencia que se ha adoptado una “legislación de lucha” en este caso contra la droga, y se ha establecido a aquellos que realizan este tipo de conductas como los nuevos enemigos del Estado. Para patentar esto, valga la cita de tres legisladores⁴¹. En primer lugar el Senador Sr. Orpis manifestó: “El bien jurídico que hoy se está resguardando en el mundo en relación con el tema de la droga es la integridad de la sociedad, no la relación de la víctima con el victimario. Si aceptamos que ese es el bien jurídico que debemos proteger, la consecuencia lógica es que tenemos que alejarnos de una legislación eminentemente garantista y adoptar una de carácter excepcional, como la que en un tiempo se aplicó en contra del terrorismo. Esa es la batalla que hay que dar hoy contra la droga...en mi opinión, esta visión garantista es la que nos lleva a continuar fracasando en la materia”. Por su parte el Diputado Sr. Mora: “El medio correcto – para combatir la droga – es la

acción policial. La prevención y la educación son complementos, así como también la ayuda médica que el Estado proporcione a los adictos. No podemos combatir este flagelo sólo con la prevención y la educación: debemos recurrir directamente a la represión de una de las plagas más nefastas que pueden penetrar en una sociedad”. Por último el Senador Sr. Martínez: “La droga, los ilícitos relacionados con ella, el tráfico de precursores y toda la escalada de corrupción que trae en torno a ella ya es, guste o no un asunto de seguridad nacional, porque debilita el aparato del Estado en todas sus líneas”. Vemos entonces cómo desde su génesis se proclamó esta guerra contra la droga, por parte del Estado chileno.

En este contexto de “Guerra contra las drogas”, nuestra crítica se centra específicamente en la extensión que el legislador chileno hizo de la regulación histórica del delito de tráfico de drogas a los supuestos fácticos que configuran el delito de microtráfico (actual artículo 4° de la ley 20.000). El problema que existe en esta decisión legislativa, a nuestro juicio, viene dada por la extensión de la regulación propia del tráfico de drogas⁴² – lo cual podemos o no compartir, pero cuya existencia se puede constatar a través de tipos penales con penas altísimas asignadas, el adelantamiento de la punibilidad a actos preparatorios, abandono de las garantías propias de un derecho penal de corte liberal, por ejemplo – a conductas dotadas de una menor lesividad, en este caso desde un punto de vista cuantitativo (“pequeñas cantidades”). Si bien es cierto que el tráfico de pequeñas cantidades tiene aparejada una pena menor que la asignada al delito de tráfico de drogas, no es menos cierto que nuestro legislador ha hecho aplicables a ambas conductas una regulación común, lo que en términos prácticos ha hecho correr la línea divisoria de la regulación del derecho penal del enemigo (propia del delito de tráfico) hasta abarcar conductas que antes no estaban en su ámbito de competencia, haciendo aplicables todas estas prácticas simbólicas-punitivas a sujetos que en la regulación anterior recibían el trato de meros consumidores de

40 El sentido simbólico, tal como señala Cancio Meliá, se daría cuando se quiere “hacer referencia a que determinados agentes políticos tan sólo persiguen el objetivo de dar la “impresión tranquilizadora de un legislador atento y decidido”, es decir, que predomina una función latente sobre la manifiesta”. JAKOBS, Günther y CANCIO MELIÁ, Manuel, op. cit. p. 77. En la especificación del aspecto simbólico a propósito de la regulación legal del tráfico de drogas Scalia señala que implica la eficacia “propia de toda norma jurídica en cuanto discurso institucional depositario del poder de nominación y de delimitación de lo legal y de lo justo. Es también muy importante, desde luego cuando se habla de las drogas prohibidas considerar el sentido específico de la eficacia simbólica, como una estrategia deliberada de las instancias creadoras o aplicadoras del derecho que consiste en desconocer los objetivos normativos declarados en beneficio de otros objetivos no declarados”. SCALIA, Paolo, op. cit. p. 16, nota el pie n° 11. Por su parte Diez Ripollés señala que “el denominado derecho penal simbólico” constituye un caso de superación de los límites utilitarios que el principio teleológico de la sanción penal marca a la intervención penal. Se caracteriza de modo general porque se producen a través de la pena efectos sociopersonales expresivo-integradores que carecen de legitimidad no por su naturaleza, sino porque no se acomodan a las decisiones políticocriminales que fundamentan la pena”. DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2003, p. 164.

41 Intervenciones parlamentarias obtenidas de la tramitación del proyecto de ley que da origen a la ley N° 20.000, disponible en la página web de la Biblioteca del Congreso Nacional: www.bcn.cl/publicadores/pub_portada_bcn/asisil/listado/todo_sil.php?url1=http://sil.senado.cl/cgi-bin/sil_proyectos.pl?2439-20

42 En el contexto de una conducta poseedora de una lesividad mayor, análoga si se quiere a conductas terroristas, crimen organizado, tal como lo ha señalado la doctrina en esta materia.

droga, y que obtenían como reproche penal por su actuar sólo penas de multa. Veamos cómo se ha producido esta expansión.

Al crearse el tipo penal del microtráfico, su regulación quedó entregada a la ya existente en materia de tráfico de drogas, y las nuevas normas que se crearon con la ley N° 20.000 no hicieron distinción alguna en cuanto a la existencia de algún tratamiento diferenciado para ambas figuras. Por lo tanto tenemos una regulación absolutamente desproporcionada y vulneradora de garantías a propósito de la investigación, juzgamiento y castigo de un simple delito. Dentro de estas normas que han sido extendidas en su aplicación al microtráfico podemos citar entre otras, el hecho de que la tentativa de castigo como consumada (artículo 18⁴³); la elevación de las penas a los funcionarios públicos que no denuncien este tipo de delitos (artículo 13⁴⁴), La no procedencia de la atenuante de responsabilidad penal del artículo 11 N° 7 del Código penal (artículo 20⁴⁵); El hecho de que el plazo de detención pueda ser ampliado hasta en 5 días (artículo 39⁴⁶); La improcedencia de beneficios de la ley N° 18.216 a quienes hayan sido condenados anteriormente por crimen o simple delito de tráfico de drogas, salvo que se configure una cooperación eficaz (artículo 62⁴⁷); La aplicación de agravantes especiales que tienen la aptitud de elevar la pena hasta en

dos grados (artículo 19⁴⁸); Secreto de la investigación hasta por 120 días, renovables por plazos máximos de 60 días (artículo 38⁴⁹); Empleo de técnicas particulares de investigación⁵⁰, tales como entregas vigiladas o controladas, agentes encubiertos⁵¹, agentes reveladores, informantes, interceptaciones telefónicas

43 Artículo 18: "Los delitos de que trata esta ley se sancionarán como consumados desde que haya principio de ejecución".

44 Artículo 13: "El funcionario público que, en razón de su cargo, tome conocimiento de alguno de los delitos contemplados en esta ley y omita denunciarlos al Ministerio Público, a los funcionarios de Carabineros de Chile o de la Policía de Investigaciones, o de Gendarmería en los casos de los delitos cometidos dentro de los recintos penitenciarios, o ante cualquier tribunal con competencia en lo criminal, será castigado con presidio menor en sus grados medio a máximo y multa de cuarenta a cuatrocientas unidades tributarias mensuales".

45 Artículo 20: "En los delitos contemplados en esta ley no procederá la atenuante de responsabilidad penal contenida en el número 7 del artículo 11 del Código Penal".

46 Artículo 39: "Tratándose de la investigación de los delitos establecidos en esta ley, el plazo contemplado en el inciso segundo del artículo 132 del Código Procesal Penal podrá ser ampliado por el juez de garantía hasta por el término de cinco días, cuando el fiscal así lo solicite, por ser conducente para el éxito de alguna diligencia. El juez se pronunciará de inmediato sobre dicha petición, que podrá ser formulada y resuelta de conformidad con lo prevenido en el artículo 9° del Código Procesal Penal".

47 Artículo 62: "No se aplicará ninguna de las medidas alternativas contempladas en la ley n° 18.216 a la persona que haya sido condenada con anterioridad por alguno de los crímenes o simples delitos contemplados en esta ley o en la ley N° 19.366, en virtud de sentencia ejecutoriada, haya cumplido, o no, efectivamente la condena, a menos que le sea reconocida la circunstancia atenuante establecida en el artículo 22".

48 Artículo 19: "Tratándose de los delitos anteriormente descritos, la pena deberá ser aumentada en un grado si concurre alguna de las circunstancias siguientes: a) Si el imputado formó parte de una agrupación o reunión de delincuentes, sin incurrir en el delito de organización del artículo 16; b) Si se utilizó violencia, armas o engaño en su comisión; c) Si se suministró, promovió, indujo o facilitó el uso o consumo de drogas o sustancias estupefacientes o sicotrópicas a menores de dieciocho años de edad, o a personas con sus facultades mentales disminuidas o perturbadas; d) Si el delito se cometió por funcionarios públicos aprovechando o abusando de su calidad de tales; e) Si el delito se cometió valiéndose de personas exentas de responsabilidad penal; f) Si el delito se cometió en las inmediaciones o en el interior de un establecimiento de enseñanza o en sitios a los que escolares y estudiantes acuden a realizar actividades educativas, deportivas o sociales; g) Si el delito se perpetró en una institución deportiva, cultural o social, mientras ésta cumplía sus fines propios; o en sitios donde se estaban realizando espectáculos públicos, actividades recreativas, culturales o sociales; h) Si el delito fue cometido en un centro hospitalario, asistencial, lugar de detención o reclusión, recinto militar o policial. Si concurren dos o más de las circunstancias señaladas precedentemente, la pena podrá ser aumentada en dos grados".

49 Artículo 38: "Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 36, la investigación de los delitos a que se refiere esta ley será siempre secreta para los terceros ajenos al procedimiento y también para los terceros afectados por una investigación preliminar del Ministerio Público. Respecto del imputado y de los demás intervinientes, la investigación será secreta cuando así lo disponga el Ministerio Público, por un plazo máximo de ciento veinte días, renovables sucesivamente, con autorización del juez de garantía, por plazos máximos de sesenta días. A estas investigaciones no les será aplicable lo dispuesto en el artículo 186 del Código Procesal Penal, cuando se haya decretado el secreto en los términos señalados en el inciso precedente. El que de cualquier modo informe, difunda o divulgue información relativa a una investigación amparada por el secreto e, incluso, al hecho de estarse realizando ésta, incurrirá en la pena de presidio menor en su grado medio a máximo".

50 Para un acabado análisis de las distintas técnicas de investigación en materia de drogas, véase MONTOYA, Mario Daniel, Buenos Aires: Ad-hoc, 1998.

51 Para un mayor análisis de la figura del agente encubierto, y su configuración como manifestación del derecho penal del enemigo, véase RIQUELME P., Eduardo. Santiago: Polít. crim. n° 2, A2, 2006, p. 1-17. Disponible en línea: http://www.politicacriminal.cl/n_02/a_2_2.pdf.

(artículos 23⁵², 24⁵³ y 25⁵⁴); Abogados patrocinantes de casos de

52 Artículo 23: "El Ministerio Público podrá autorizar que los envíos ilícitos o sospechosos de las sustancias a que se refieren los artículos 1° y 2°, o las sustancias por las que se hayan sustituido, total o parcialmente, las anteriormente mencionadas, los instrumentos que hubieren servido o pudieren servir para la comisión de alguno de los delitos sancionados en esta ley y los efectos de tales delitos, se trasladen, guarden, intercepten o circulen dentro del territorio nacional, salgan de él o entren en él, bajo la vigilancia o el control de la autoridad correspondiente, con el propósito de individualizar a las personas que participen en la ejecución de tales hechos, conocer sus planes, evitar el uso ilícito de las especies referidas o prevenir y comprobar cualquiera de tales delitos. Se utilizará esta técnica de investigación cuando se presuma fundadamente que ella facilitará la individualización de otros partícipes, sea en el país o en el extranjero, como, asimismo, el cumplimiento de alguno de los fines descritos en el inciso anterior. Cuando las sustancias, instrumentos y efectos del delito se encuentren en zonas sujetas a la potestad aduanera, el Servicio Nacional de Aduanas observará las instrucciones que imparta el Ministerio Público para los efectos de aplicar esta técnica de investigación. El Ministerio Público podrá disponer en cualquier momento la suspensión de la entrega vigilada o controlada y solicitar al juez de garantía que ordene la detención de los partícipes y la incautación de las sustancias y demás instrumentos, si las diligencias llegaren a poner en peligro la vida o integridad de los funcionarios, agentes encubiertos o informantes que intervengan en la operación, la recolección de antecedentes importantes para la investigación o el aseguramiento de los partícipes. Lo anterior es sin perjuicio de que, si surgiere ese peligro durante las diligencias, los funcionarios policiales encargados de la entrega vigilada o controlada apliquen las normas sobre detención en caso de flagrancia. El Ministerio Público deberá adoptar todas las medidas necesarias para vigilar las especies y bienes a que se alude en el inciso primero, como, asimismo, proteger a todos los que participen en la operación. En el plano internacional, la entrega vigilada o controlada se adecuará a lo dispuesto en los acuerdos o tratados internacionales. Sin perjuicio de las facultades que se le confieren en los artículos 47 y siguientes, el Ministerio Público podrá solicitar a las autoridades policiales y judiciales extranjeras, directamente y sin sujeción a lo dispuesto en los incisos primero y segundo del artículo 76 del Código de Procedimiento Civil, la remisión de los elementos de convicción necesarios para acreditar el hecho delictuoso y las responsabilidades penales investigadas en el país, de conformidad a los convenios y tratados internacionales vigentes, como asimismo, otorgar a dichas autoridades extranjeras tales antecedentes o elementos de convicción. No obstará a la consumación de los delitos que se pesquisen con ocasión de una entrega vigilada o controlada, el hecho de que en ella se hayan sustituido las sustancias a que se refieren los artículos 1° y 2° de esta ley, o de que hayan participado funcionarios, agentes encubiertos, agentes reveladores o informantes. La intervención de estos últimos no será considerada inducción o instigación al delito".

53 Artículo 24: "Las medidas de retención e incautación de correspondencia, obtención de copias de comunicaciones o transmisiones, interceptación de comunicaciones telefónicas y uso de otros medios técnicos de investigación, se podrán aplicar respecto de todos los delitos previstos en esta ley y cualquiera sea la pena que merecieren, de conformidad a las disposiciones pertinentes del Código Procesal Penal. Sin perjuicio de lo anterior, no regirá lo dispuesto en el inciso cuarto del artículo 222 de ese Código, en cuanto a indicar circunstanciadamente el nombre y dirección del afectado por la medida, siendo suficiente consignar las circunstancias que lo individualizaren o determinaren. Asimismo, no obstante lo prevenido en el artículo 167 de dicho Código, si las diligencias ordenadas no dieron resultado, el fiscal podrá archivar provisionalmente la investigación hasta que aparezcan mejores y nuevos antecedentes".

54 Artículo 25: "El Ministerio Público podrá autorizar a funcionarios policiales para que se desempeñen como agentes encubiertos o agentes reveladores y, a propuesta de dichos funcionarios, para que determinados informantes de esos servicios actúen en alguna de las dos calidades anteriores. Agente encubierto es el funcionario policial que oculta su identidad oficial y se involucra o introduce en las organizaciones delictuales o en meras asociaciones o agrupaciones con propósitos delictivos, con el objetivo de identificar a los participantes, reunir información y recoger antecedentes necesarios para la investigación. El agente encubierto podrá tener una historia ficticia. La Dirección

drogas tendrán la prohibición de desempeñar cargos públicos (artículo 61⁵⁵). Como se puede apreciar, de este repaso normativo, podemos constatar que desde esta perspectiva tenemos una aplicación, que responde a los caracteres del derecho penal del enemigo tal como se esbozó más arriba, a una conducta que tiene aparejada una pena correspondiente a un simple delito!, lo que visto desde otra perspectiva confirma la aseveración de que el "microtraficante" es un nuevo enemigo al cual hay que combatir, más allá de cualquier razonabilidad y proporcionalidad en la aplicación de esta respuesta estatal.

Lo anterior debemos conjugarlo además por los propios verbos rectores que configuran el tráfico de pequeñas cantidades, dentro de los cuales se encuentran por ejemplo los verbos "poseer" y "portar", lo cual no es más que otra forma de encarar esta guerra por parte del Estado, sancionando conductas que no lesionan bien jurídico alguno, o en caso de hacerlo, se trata de bienes jurídicos colectivos, en este caso se invoca la

Nacional del Servicio de Registro Civil e identificación deberá otorgar los medios necesarios para la oportuna y debida materialización de ésta. Agente revelador es el funcionario policial que simula ser comprador o adquirente, para sí o para terceros, de sustancias estupefacientes o sicotrópicas, con el propósito de lograr la manifestación o incautación de la droga. Informante es quien suministra antecedentes a los organismos policiales acerca de la preparación o comisión de un delito o de quienes han participado en él, o que, sin tener la intención de cometerlo y con conocimiento de dichos organismos, participa en los términos señalados en alguno de los incisos anteriores. El agente encubierto, el agente revelador y el informante en sus actuaciones como agente encubierto o agente revelador, estarán exentos de responsabilidad criminal por aquellos delitos en que deban incurrir o que no hayan podido impedir, siempre que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación y guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma".

55 Artículo 61: "Los abogados que se desempeñen como funcionarios o empleados contratados a cualquier título en los servicios de la Administración del Estado o en instituciones o servicios descentralizados, territorial o funcionalmente, no podrán patrocinar ni actuar como apoderados o mandatarios de imputados por crímenes, simples delitos o faltas contemplados en esta ley. Si se tratare de actuaciones relativas a crímenes o simples delitos, la infracción de esta prohibición se sancionará administrativamente con la destitución del cargo o con el término del contrato. Si se tratare de faltas, se considerará infracción grave de las obligaciones funcionarias, pudiendo disponerse hasta su destitución o el término del contrato. No se aplicará la prohibición establecida en el inciso primero a los abogados que se desempeñen en la Defensoría Penal Pública o como prestadores del servicio de defensa penal pública, cuando intervengan en tales calidades, ni a los abogados en su desempeño funcionarios de las Corporaciones de Asistencia Judicial, a los contratados por éstas, y a los egresados de Facultades de Derecho que estén realizando la práctica gratuita requerida para obtener el título de abogado, sólo en lo relativo a su actuación den dichas Corporaciones. Para efectos de lo dispuesto en este artículo, el juez de garantía o el Ministerio Público, en su caso, deberá informar a la Contraloría General de la República sobre la identidad de los abogados que patrocinen o actúen como apoderados o mandatarios de imputados por crímenes, simples delitos o faltas contemplados en esta ley".

salud pública⁵⁶, lo que conlleva en la práctica una dificultad mayor a la hora de intentar conceptualizarlos y así obtener criterios de lesividad material que justifiquen su protección y su consecuente punición⁵⁷. Esto no es otra cosa que tipificación de delitos de peligro abstracto, y adelantamiento de las barreras punibilidad⁵⁸, y que como ya hemos visto, no son más que manifestaciones patentes de una recepción de una regulación propia de lo que se ha denominado por Jakobs como derecho penal del enemigo, y que viene plasmar una “censura social hacia el grupo de los “drogadictos”, considerando como “la lucha contra las drogas” ejerce la función de cohesionar las percepciones del “cuerpo sano” de la sociedad con las estrategias comunicativas de las “élites morales” sobre los drogadictos como “chivos expiatorios”, “enemigos internos” de la sociedad, uno de los “grupos peligrosos para el orden social” sobre los cuales fortalecer las políticas de criminalización”^{59 60}.

6. Conclusiones

Teniendo presente el rol netamente funcional de la opinión pública – como mecanismo reductor de la complejidad, en sociedades con altos grados de especialización y diversificación

56 “La sanción del artículo 4° del porte de pequeñas cantidades de drogas no tiene fundamento alguno en la protección de la salud pública, esta norma no protege este bien jurídico, solo refleja la consideración de las drogas como algo inmoral, que por el solo hecho de su porte merece ser sancionado”, PAVEZ FARIAS, Juan y PRAT LOPICICH, Arturo, op. cit.

57 En este sentido véase GALLEGO SOLER, José-Ignacio, Montevideo-Buenos Aires: Serie Europa-América, Editorial B de F, 2007, , pp. 505 y ss.

58 “Las reformas legislativas implementadas en los últimos años en el ordenamiento punitivo se caracterizan por una relajación en el plano garantístico, como evidencian las siguientes notas: En primer término, la progresiva “espiritualización” del objeto de tutela, abundando en el Código los bienes de carácter colectivo o difuso, con perfiles insuficientemente definidos; En estrecha conexión con la nota anterior un incremento notable de los delitos de peligro abstracto, cuyo riesgo radica, no tanto en el adelantamiento de la barrera de defensa que comportan, como en la deficiente técnica de tipificación del injusto que suele calificarlos”. ROIG TORRES, Margarita, España: Revista de Derecho penal y procesal penal, 2004, pp. 240 y 241, citada por BALMACEDA HOYOS, Gustavo y HENAO CARDONA, Luis Felipe, Chile: Aremi, Ediciones Jurídicas, 2005, p. 30.

59 SCALIA, Paolo, op. cit. p. 13.

60 Fiel reflejo de esta voluntad punitiva la intervención del Senador Sr. Espina en la tramitación de la ley 20.000, en la cual sostuvo, a propósito de castigar a los consumidores, en la hipótesis de porte de droga en pequeñas cantidades, que: “Estamos cometiendo un gravísimo error si el que consume queda impune”.

funcional – debemos entenderla como la tematización común que permite, por una parte, el diálogo político social así como una integración comunicativa entre las personas que reconocen ciertos temas como importantes, aunque en la concreción de las opiniones exista divergencia. Aquí destaca el problema de la inseguridad, en el cual los medios de comunicación masivos, han desempeñado una función relevante ¿En qué sentido? Principalmente en la relación existente entre las agendas de los mass media y del público, a partir del modelo de prioridades utilizado en lo que atañe a la construcción conceptual de los significados que rodean la temática de la inseguridad, convirtiéndola en uno de los puntos más recurrentes dentro de la llamada teoría de la Agenda Setting (hipótesis que sostiene, tal como se dijo, que el orden de preferencias instituidas por los medios de comunicación fija en gran medida la capacidad de discriminación temática del público). Las sociedades en las que se han dado estos supuestos (tematización de la inseguridad, y específicamente lo que dice relación con el aumento de la criminalidad e incremento de los índices de temor ciudadano) y que se han planteado en la necesidad de enfrentarlos, tienen en común el hecho de ser sociedades complejas. Esto significa que la problemática de la delincuencia, y la inseguridad que trae aparejada – como todo problema que se presente dentro de este tipo de sociedades –, debe enfocarse ya no desde una visión que involucre una sola perspectiva que responda a las necesidades de “un” sistema parcial, sino que obliga a adoptar puntos de observación suficientemente amplios y relacionales que permitan incorporar una diversidad de variables y considerar simultáneamente la multiplicidad de interacciones entre las diferentes estructuras de la sociedad actual⁶¹.

En este escenario, la incorporación del delito de microtráfico en nuestra legislación vino a ser el resultado de la declaración de “guerra” que el Estado chileno planteó para enfrentar el fenómeno de las drogas, tal como se acreditó de la propia intervención de los parlamentarios en la discusión de esta ley, así como en el propio mensaje de dicho proyecto, dando a conocer

61 Véase De la PUENTE LAFOY, Patricio y TORRES, Emilio, op. cit.

la postura del Ejecutivo en esta materia. Este es el escenario en que nace esta ley, y en particular el contexto en el que nace este nuevo tipo penal de tráfico de drogas en pequeñas cantidades. Esta lógica de solución de conflictos sociales – mediante legislaciones de “guerra” so pretexto de combatir a un enemigo en común – han permitido en la práctica la incorporación de una serie de disposiciones (relativas a investigación, juzgamiento, aplicación de penas y su cumplimiento) propias de los estados de excepción, esto es, cada vez más lejanas al respeto por las garantías propias de un derecho penal de corte liberal.

Puede comprobarse también en este paso de una ley a otra, que un importante número de personas pasaron a ser objeto de persecución penal, que ante la antigua ley N° 19.366 eran consideradas meros consumidores, y consecuentemente se les aplicaban las sanciones proporcionales a dichas conductas. Ahora dichas personas, son las que encarnan al “enemigo”, ya que bajo la nueva regulación su situación procesal penal queda en un estado de desmedro y alejada de manera importante de las garantías propias de un Estado democrático de Derecho. Para ello basta recordar el repaso de las disposiciones que le son aplicables hoy en día a este simple delito que hacen de su situación un estado excepcional comparado con las propias normas que regulan a los otros simples delitos en nuestra legislación. Por lo anterior sostenemos que la ley N° 20.000 es una manifestación de lo que en doctrina se ha denominado “derecho penal del enemigo”. Además, el empleo de verbos rectores tales como “poseer” y “portar”, como aptas para configurar tráfico de drogas, es otra muestra de lo afirmado, ya que de esta manera se sancionan conductas que no lesionan bien jurídico alguno, o en caso de estimar que si lo hacen, se trataría sólo de bienes jurídicos colectivos⁶² (en este caso la salud pública). Esto no es otra cosa que tipificación de delitos de peligro abstracto, y un

⁶² De manera crítica Quintero Olivares sostiene que: “No es de extrañar que desde los sectores más críticos o menos ingenuos de nuestra ciencia se denuncie la contradicción que hay entre el modelo de desarrollo capitalista, que en nuestro tiempo se lanza al neoliberalismo más crudo con la destrucción sistemática del Estado social, y que asume ese peligro como precio necesario (y su plasmación en acciones hace que éstas se estimen adecuadas) de una determinada concepción del progreso, y la hipócrita promesa de los legisladores de robustecer la tutela de los bienes jurídicos que antes parecen, como, son, y es sólo un ejemplo, la protección del medio ambiente o de los

adelantamiento de las barreras punibilidad, o lisa y llanamente, la adopción de un derecho penal del enemigo.

Finalmente creemos que se pierde de vista el enfoque para enfrentar un problema que tienen muchas aristas, y que de suyo es complejo, esto es el fenómeno de la droga en una sociedad. Como país estimamos que la “mejor” respuesta era la represión, y resultado de ello es nuestra ley N° 20.000. Tal como señaló el fallecido profesor Juan Bustos en su intervención parlamentaria en la discusión de esta ley “es necesaria una política de drogas y no una estrategia de guerra, es decir, una visión integral del problema”. Por el contrario, de la manera en que se ha actuado, “la capacidad de intervención del Estado se ha configurado de un modo mucho más incisivo, confundiendo las finalidades represivas y policiales, estableciendo sanciones mucho más duras y relativizando el principio del hecho a través de una perspectiva orientada al autor. A largo plazo resulta dudoso, más que la existencia misma de este derecho penal de lucha, cuál será su extensión. Especialmente resulta dudoso, desde una perspectiva económica, si la actual configuración del derecho penal en materia de tráfico de drogas resulta mantenible”⁶³, y dado que no se ataca el problema apuntando a sus causas estructurales, la respuesta que entrega el Derecho penal tenderá siempre a fracasar, y aquellas “pretendidas mejoras que en él se efectúan socavarán paulatinamente su perfil constitucional”⁶⁴.

7. Bibliografía

BALMACEDA HOYOS, Gustavo y HENAO CARDONA, Luis Felipe, “Sociedad del Riesgo y Bien Jurídico Penal”, Aremi, Ediciones Jurídicas, 2005.

BECK, Ulrich. 1998. La Sociedad del Riesgo. Hacia una nueva modernidad. Argentina, Paidós.

recursos naturales”, QUINTEROS OLIVARES, Gonzalo, Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2003, p. 241.

⁶³ KUHLEN, Lothar, Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2003, p. 229.

⁶⁴ PRITZWITZ, Cornelius, op. cit. p. 264.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, "Límites objetivos y subjetivos a la intervención penal en el control de riesgos", en "Política criminal y reforma penal" Santiago Mir Puig y Mirentxu Corcoy Bidasolo, Directores, 2007, Serie Europa-América, Editorial B de F, pp. 33-54.

CORSI, Giancarlo et. al. 1996. Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann. México, Universidad Iberoamericana/ ITESO/ Anthropos.

DE LA PUENTE, Patricio y TORRES, Emilio. Seguridad Ciudadana y Sistemas Sociales Autorreferentes en el Contexto de la Sociedad Compleja. Ponencia Congreso Internacional de Políticas Sociales. Universidad del Bío Bío. 2000. Disponible en línea: <http://www.ubiobio.cl/cps/ponencia/doc/p13.1.htm>.

DE REMENTERÍA, Ibán. "La Seguridad Local en la Sociedad Global". Libro de Ponencias del XIV Congreso Latinoamericano VI Iberoamericano y II Nacional de Derecho Penal y Criminología. Universidad de Valparaíso, Chile, 2002.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, "El Derecho penal simbólico y los efectos de la pena", en "Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt", en Arroyo Zapatero, Luis; Neumann, Ulfrid y Nieto Martín, Adán, coordinadores. Colección Estudios, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2003, pp. 147-172.

FOUCAULT, Michel, Vigilar y Castigar, Ediciones Siglo XXI, México, 1984.

GALLEGO SOLER, José-Ignacio, "Contexto del tratamiento jurídico-penal del tráfico de drogas" en "Política criminal y reforma penal" Santiago Mir Puig y Mirentxu Corcoy Bidasolo, Directores, Serie Europa-América, Editorial B de F. 2007.

GIDDENS, Anthony. Modernidad e identidad del Yo. El Yo y la sociedad en la época contemporánea. España, Península, 1995.

GIMÉNEZ ALCOVER, Pilar, "El Derecho en la Teoría de la Sociedad de Niklas Luhmann", J. M. Bosch Editor, S.A., Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad de Barcelona, Barcelona, 1993

HERZOG, Felix, "Sociedad del riesgo, derecho penal del riesgo, regulación del riesgo —Perspectivas más allá del Derecho Penal—", en "Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt", en Arroyo Zapatero, Luis; Neumann, Ulfrid y Nieto Martín, Adán, coordinadores. Colección Estudios, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2003, pp. 249-258.

JAKOBS, Günther, "¿Qué protege el Derecho Penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?", Traducción de Manuel Cancio Meliá, Ediciones Jurídicas Cuyo, 1ª Reimpresión, Mendoza, 2004.

JAKOBS, Günther y CANCIO MELIÁ, Manuel, "Derecho penal del enemigo", Hammurabi, José Luis Desalma, Editor, Buenos Aires, 2005.

KUHLEN, Lothar, "El Derecho penal del futuro en "Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt", en Arroyo Zapatero, Luis; Neumann, Ulfrid y Nieto Martín, Adán, coordinadores. Colección Estudios, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2003, pp. 225-229.

LESCH, Heiko H., "La función de la pena", traducción de Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles. Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, Colección de Estudios N° 17, Bogotá, 1999

LÓPEZ DÍAZ, Claudia, "Acciones a propio riesgo. Exclusión de la tipicidad por responsabilidad de la víctima con base en una concepción funcional estructural de la sociedad", Universidad Externado de Colombia, 2006.

LUHMANN, Niklas 1992. Sociología del Riesgo. México, Universidad Iberoamericana/ U. Guadalajara.

LUHMANN, Niklas, "Complejidad y Modernidad". España, Editorial Trotta, 1998.

LUHMANN, Niklas, "Sistemas Sociales. Lineamientos para una teoría general". Traducción Silvia Pappe y Brunhilde Erker, Anthropos Editorial, 1998.

MAZZACUVA, Nicola, "El futuro del Derecho penal", en "Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt", en Arroyo Zapatero, Luis; Neumann, Ulfrid y Nieto Martín, Adán, coordinadores. Colección Estudios, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2003, pp. 231-237.

MONTOYA, Mario Daniel, "Informantes y técnicas de investigación encubiertas. Análisis constitucional y procesal penal", Ad-hoc, primera edición, Buenos Aires, 1998.

MORELLI, Juan y LAICI, María. 2003. El impacto de los Medios de comunicación en la opinión pública. [en línea] <<http://www.ciudadpolitica.com/modules/news/article.php?storyid=249>>

PAVEZ FARIAS, Juan y PRAT LOPICICH, Arturo, "Análisis crítico de la ley N° 20.000", memoria para optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2006. disponible en línea: http://www.cyber-tesis.cl/tesis/uchile/2006/pavez_j/html/index-frames.html

PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, "Fraude de seguros. Cuestiones penales y de técnica legislativa", segunda edición, Editorial Jurídica de Chile, 2006.

POLITOFF, Sergio, RAMÍREZ, Cecilia y MATUS, Jean Pierre, "Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial", Segunda edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, año 2006.

PRITTWITZ, Cornelius, "Sociedad del riesgo y derecho penal", en "Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt", en Arroyo Zapatero, Luis; Neumann, Ulfrid y Nieto Martín, Adán, coordinadores. Colección Estudios, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2003, pp. 259-287.

QUINTEROS OLIVARES, Gonzalo, "Los delitos de riesgo en la política criminal de nuestro tiempo", en "Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt", en Arroyo Zapatero, Luis; Neumann, Ulfrid y Nieto Martín, Adán, coordinadores. Colección Estudios, Edicio-

nes de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2003, pp. 241-247.

RIQUELME P., Eduardo. "El agente encubierto en la ley de drogas. La lucha contra la droga en la sociedad del riesgo". Polít. crim. n° 2, A2, 2006, p. 1-17. Disponible en línea: http://www.politicacriminal.cl/n_02/a_2_2.pdf.

RODRÍGUEZ, Dario y ARNOLD, Marcelo. 1992. Sociedad y Teoría de Sistemas. 2° edición. Chile, Universitaria.

SCALIA, Paolo, "Prohibicionismo, grupos sociales a riesgo y autoritarismo institucional: la censura social hacia los microtraficantes".

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. B de F, Segunda edición, 2006.

SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos J. "Derecho penal y riesgos tecnológicos", en "Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt", en Arroyo Zapatero, Luis; Neumann, Ulfrid y Nieto Martín, Adán, coordinadores. Colección Estudios, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2003, pp. 289-297.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, "El enemigo en el derecho penal", Ediar, Buenos Aires, Primera edición, 2007

TRANSPARÊNCIA E PARTICIPAÇÃO NA GESTÃO PÚBLICA: A UTILIZAÇÃO DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL PARA APERFEIÇOAMENTO DO CONTROLE DAS FINANÇAS PÚBLICAS

Éderson Garin Porto¹

¹ Visiting Scholar UC Berkeley School of Law. Doutor e Mestre pela UFRGS. Professor do Mestrado Profissional em Direito das Empresas e dos Negócios Unisinos. Advogado.

1. Introdução

O tema do controle das contas públicas nunca teve tanto apelo quanto nos dias atuais. Certamente a população brasileira sempre desconfiou sobre a correta aplicação dos recursos proveniente da tributação, porém pode-se tomar a operação da Polícia Federal, conhecida como “Lava-Jato”, como um marco referencial na história do país. O esforço da força-tarefa instalada em Curitiba (PR) revelou uma estrutura complexa e profissional de exploração dos recursos públicos em proveito de alguns grupos de empresas e pessoas. Cunhou-se a expressão “corrupção sistêmica” para explicar a estrutura montada para aproveitamento indevido do dinheiro dos pagadores de tributos.

A grande questão que assalta todos os cidadãos brasileiros é como tamanho esquema de corrupção instalou-se no país sem que as estruturas institucionais de controle do gasto público tivessem realizado qualquer alerta? Como tanto dinheiro foi desviado sem que as diversas instâncias oficiais tivessem notado o desfalque dos cofres públicos? Note-se que o volume de dinheiro comprovadamente desviado não pode ser considerado desprezível. Os dados divulgados pela Força-tarefa do Ministério Público Federal informam que o pedido total de ressarcimento chega à impressionante cifra de R\$ 38.000.000.000,00 (BRASIL, 20-b).

O escândalo acima recordado, assim como os dados apresentados pelo Ministério Público Federal remetem ao questionamento sobre a eficiência dos mecanismos de controle do dinheiro público, pois o aparato estatal e os recursos investidos no controle do dinheiro à disposição do Estado são significativos.

O problema levantado na presente investigação possui algumas hipóteses de respostas que serão apresentadas ao longo do texto que segue. No entanto, a contribuição desta pesquisa consiste na proposição de um aperfeiçoamento do controle das contas públicas com o uso de tecnologia já existente. Em texto escrito em coautoria com outros notáveis pesquisadores, já se alertava para os benefícios que o uso intensivo da internet poderia propiciar para a maior promoção da participação do

cidadão na Administração Pública (CASTRO; PORTO; PEROTTONI, 2006). Naquele texto escrito no alvorecer do século XXI, falava-se das funcionalidades do uso da internet como forma de promoção da transparência pública e, por decorrência, de um melhor acesso do cidadão ao exercício do seu direito constitucional. Hoje, passados mais de 14 anos daquela pesquisa, percebe-se que muito se avançou em termos de transparência e *accountability* (CAMPOS, 1990)², porém ainda resta um longo caminho a ser percorrido para que haja uma fiscalização mais efetiva do dinheiro sob a gestão pública.

Superada a fase de utilização da rede mundial de computadores como ferramenta para promoção da transparência e constatado que os casos de corrupção gracejam nos mais diversos níveis da Administração Pública, é chegado o momento de propor um caminho que promova uma solução mais eficiente para o controle do orçamento público e um notadamente bom uso do dinheiro dos contribuintes. Portanto, o presente artigo busca demonstrar que há uma ineficiência na alocação dos recursos públicos para controle do orçamento e que há ferramentas disponíveis que podem propiciar uma maior transparência e participação do cidadão no controle orçamentário.

2. Sobre os controles institucionais: explicações sobre a ineficiência da fiscalização pública

Trilhando o texto da Constituição é possível perceber que a preocupação com a boa aplicação do dinheiro retirado dos contribuintes esteve presente durante os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte. A Constituição erige o povo como centro do Poder desde o preâmbulo, passando pelo artigo 1º, inciso III, o qual reconhece a cidadania como fundamento da República Fe-

² Anna Maria Campos dedicou-se durante duas décadas à pesquisa do termo *accountability* e pôde constatar um déficit no estudo do tema na doutrina nacional. A autora sugere que o termo corresponda à necessidade de proteger os cidadãos da má conduta dos administradores públicos (CAMPOS, 1990).

derativa do Brasil, e culminando com o texto do parágrafo único do artigo 1º que preceitua: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. Percebe-se que o povo possui a prerrogativa constitucional de legitimar o uso do poder e, sobretudo, zelar pela correta aplicação do dinheiro arrecadado do cidadão.

O exercício da cidadania tem expressão pelo exercício do sufrágio (art. 14, CRFB), porém não se esgota nele. É assegurado ao administrado diversos instrumentos para exercer o seu direito e muito especialmente o dever de cidadão, podendo-se referir ao acesso à informação (art. 5º, incisos XVI e XXXIII, CRFB) e à participação do usuário na Administração Pública (art. 37, §3º, CRFB) como fundamentos do exercício da cidadania após encerrado o pleito eleitoral. Para conferir efetividade ao exercício da cidadania, a Constituição assegurou o direito ao uso do mandado de segurança para tutelar direito líquido e certo violado por autoridade pública (art. 5º, inciso LXIX, CRFB), garantiu o acesso ao *habeas data* (art. 5º, inciso LXXII, CRFB) e facultou o uso da ação popular a qualquer cidadão que vislumbrar ato praticado em prejuízo do erário (art. 5º, inciso LXXIII, CRFB).

Ao proceder leitura da Constituição com a perspectiva antropocentrista, percebe-se que o cidadão é o centro de preocupação do texto constitucional. Deste modo, a ele são conferidas prerrogativas e poderes para que a soberania popular seja preservada. Essa leitura do texto constitucional conduz para um papel secundário dos órgãos oficiais de controle. No entanto, o desenvolvimento das instituições propiciou um engrandecimento das estruturas burocráticas e simultaneamente um afastamento do cidadão do seu *múnus* constitucional.

A Constituição conferiu prerrogativas ao Poder Legislativo para fiscalização da Administração Pública (art. 49, inciso IX e X, CRFB) e dotou o parlamento de um órgão auxiliar de fiscalização (Tribunal de Contas – art. 71, CRFB) para a fiel execução da atribuição imposta. Não obstante, além da fiscalização exercida pelo Poder Legislativo e o controle dos Tribunais de Contas outorgou-se ao Ministério Público a prerrogativa de fiscalizar os demais poderes e promover as medidas judiciais competen-

tes para a preservação do patrimônio público (art. 129, CRFB). Além dos órgãos acima referidos, pode-se destacar que o Estado brasileiro ainda confere à polícia atribuições de investigação e repressão de infrações contra a ordem política e social a fim de garantir a segurança pública (art. 144, CRFB).

Por derradeiro, não obstante todos os órgãos institucionais já referidos, a Constituição ainda conclama que cada Poder da República organize e institua controles internos (art. 74, CRFB), valendo referir no âmbito da União Federal a Controladoria-Geral da União.

Diante de todo o aparato acima referido, parece razoável imaginar que o cidadão médio não encontre razão para exercer por conta própria a fiscalização do dinheiro sob o controle do Estado. A um, porque o cidadão brasileiro médio, segundo dados do IBGE, possui baixa formação cultural e não se sente apto a controlar o respeito ao dinheiro dos contribuintes. A dois, porque o raciocínio do cidadão que acredita no controle oficial das finanças públicas está correto. O que não é certo é perceber que na prática todos estes órgãos de controle possam não estar exercendo uma fiscalização eficiente.

Reside neste ponto a reflexão suscitada com o presente estudo. Se há um volume de investimento considerável no controle das finanças públicas e os casos de malversação do dinheiro dos contribuintes não param de aumentar, impõe-se fazer a seguinte pergunta: onde está o problema? Qual a explicação para a ineficiência dos órgãos de controle?

2.1. Constatação da ineficiência: exame dos orçamentos dos órgãos que possuem a prerrogativa de fiscalizar as contas públicas

Inicialmente, é preciso alertar o leitor de que este é um ensaio acerca dos dados utilizados. Para realização do estudo, decidiu-se explorar o orçamento de cada órgão responsável pela fiscalização das contas públicas. Foram tomados os valores totais apresentados no orçamento de cada órgão. No entanto, é sabido que o Congresso Nacional e o Ministério Público, por

exemplo, não possuem apenas atribuição de fiscalização das finanças públicas, de modo que um desenvolvimento possível para a pesquisa será, no futuro, projetar uma fração ideal do orçamento para cada atribuição, podendo-se assim medir com maior exatidão o valor destinado ao órgão e à respectiva proporção da fiscalização em um exame de alocação dos recursos.

O exame do orçamento das instituições examinadas se faz importante ainda que o número apresentado esteja sujeito à ponderação acima alertada, já que é preciso esclarecer e tornar público o volume de verba investida em cada órgão público e refletir sobre a adequada alocação do dinheiro dos contribuintes. Na incursão pretendida pelo presente ensaio, a exposição dos valores investidos serve, no mínimo, para esclarecer e informar os leitores. Não obstante, a segregação acima referida para a reflexão aqui suscitada tem pouca serventia, uma vez que a comparação de eficiência do dinheiro investido será cotejada também com valores brutos da amostra estudada.

Pode-se iniciar a análise pela leitura da Lei Orçamentária Anual (LOA) como documento de referência. Pela LOA, a qual projetou o orçamento para 2018, as receitas previstas pelo Governo Federal somam o valor de R\$ R\$ 3.575.230.380.469,00 (três trilhões, quinhentos e setenta e cinco bilhões, duzentos e trinta milhões, trezentos e oitenta mil, quatrocentos e sessenta e nove reais) e as despesas são fixadas em igual valor, compreendendo os termos do art. 165, § 5º, da Constituição (BRASIL, 2018). Apenas a leitura do valor orçamentário da União Federal já justificaria a adoção de todo e qualquer instrumento de controle possível para evitar ineficiências e sobretudo desvios.

De todas as críticas que se possa fazer, não se pode dizer que o orçamento não foi generoso aos órgãos de controle. Segundo a LOA, cujo texto aprovado para 2018 está veiculado na Lei nº 13.587/2017, foi orçado o valor de R\$ 6.124.276.414,00 para a Câmara dos Deputados e R\$ 4.371.375.672,00 para o Senado Federal, perfazendo um total de R\$ 10.495.652.086 para o Poder Legislativo (Lei nº 13.587/2017, anexo A02). São R\$ 10,4 bilhões para o funcionamento do Poder Legislativo, o que equivale a R\$ 17,6 milhões por parlamentar. Ao Tribunal de Contas

da União será destinado o valor de R\$ 2.172.996.866,00 (Lei nº 13.587/2017, anexo A02).

O Ministério da Transparência que alberga a Controladoria-Geral da União tem orçamento de R\$ 1.030.098.412,00 para 2018, segundo o anexo A02 da Lei nº 13.587/2017. O Ministério Público da União foi contemplado com R\$ 6.725.510.696,00, conforme o anexo A02 da Lei nº 13.587/2017. Considerando estes números, pode-se perceber que o volume total destinado aos órgãos oficiais de fiscalizar o orçamento da União Federal perfaz o valor de R\$ 20.424.258.060, o que representa 0,57% do orçamento total da União.

Embora estes números tenham sofrido sensível redução em relações aos exercícios passados face ao contingenciamento de despesas do Governo Federal, ainda assim é possível perceber um volume expressivo de dinheiro dos contribuintes reservados exatamente para zelar a boa execução do orçamento da União. Giza-se: a União projeta administrar R\$ 3,5 trilhões de dinheiro dos contribuintes e reserva para os órgãos de controle a expressiva quantia de R\$ 20,4 bilhões. Em termos comparativos, pode-se perceber que o percentual destinado aos órgãos de fiscalização é expressivo em relação ao orçamento. Quando se analisa apenas o percentual investido (0,571271%), poder-se-ia chegar à apressada conclusão de que os valores são inexpressivos. No entanto, basta cotejar com o percentual que qualquer sociedade empresária sólida investe em sua folha de pagamentos para espantar-se com os valores alocados. Para realizar tal comparação, serão selecionadas algumas sociedades anônimas com ações cotadas na BM&FBOVESPA (Bolsa de Valores, Mercadorias e Futuros S.A), das quais serão extraídos os dados contábeis comparativos.

Considerando que a Bolsa de Valores, Mercadorias e Futuros S.A. (BM&FBOVESPA, 2018) disponibilizou somente os relatórios de auditoria e demonstrações contábeis de 2016, impõe-se cotejar o paradigma com amostras colhidas dos orçamentos de 2016 de cada um dos órgãos acima referidos.

No ano de 2016, o Congresso Nacional aprovou e foi sancionada a Lei nº 13.255/2015, publicada no Diário Oficial

da União em 15 de janeiro de 2016. Em 2016, havia uma previsão de Receitas da ordem de R\$ R\$ 3.050.613.438.544,00 (três trilhões, cinquenta bilhões, seiscentos e treze milhões, quatrocentos e trinta e oito mil e quinhentos e quarenta e quatro reais) e as despesas foram fixadas em igual valor, compreendendo os termos do art. 165, § 5º, da Constituição.

De acordo com a Lei Orçamentária Anual de 2016, as verbas foram alocadas da seguinte forma entre os órgãos pesquisados:

Tabela 1

ÓRGÃO	VALOR EM R\$
CÂMARA DE DEPUTADOS	5.275.769.027,00
SENADO FEDERAL	3.893.751.426,00
TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO	1.823.143.480,00
CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO	880.492.490,00
MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO	5.647.802.963,00
TOTAL	17.520.959.386,00

Se for realizada a comparação entre o valor estimado de Receitas da União e o valor destinado aos órgãos de fiscalização, perceber-se-á que o percentual dedicado às instituições foi ligeiramente maior em termos comparativos, chegando ao percentual de 0,574342169%. Como as duas leis orçamentárias anuais reservavam percentuais muito próximos, utilizar-se-á como coeficiente de gasto em fiscalização o percentual de 0,57%.

O leitor pode estar perguntando-se: é muito gastar 0,57% do orçamento para ter certeza que o dinheiro será bem empregado? Como já dito, a impressão inicial pode ser a de que 0,57% é um valor insignificante frente ao orçamento total, logo, não seria uma questão relevante a ser apreciada. No entanto, para fazer um cotejo da alocação eficiente de valores investidos, tomar-se-á a comparação de grandes sociedades anônimas e os valores que cada uma delas investiu em encargos trabalhistas estampados em seus balanços publicados no site oficial da BM&FBOVESPA.

A escolha das companhias levou em consideração apenas o resultado positivo consistente nos últimos anos, o que permite concluir que a gestão adotada por cada uma das empresas utili-

zadas para esta comparação é eficiente. Escolheu-se sociedades de setores de atuação distintos para tentar criar uma média ponderada do gasto com empregados. Privilegiou-se sociedades de atividades as quais fazem uso intensivo de mão-de-obra, no intento de proporcionar uma comparação mais adequada com o setor público, o qual, essencialmente, presta serviços. Apresenta-se a tabela a seguir:

Tabela 2

SOCIEDADE	RECEITA – R\$	SALÁRIOS E ENCARGOS R\$	PERCENTUAL	APLICAÇÃO DO PERCENTUAL DA UNIÃO (0,57%)
ESTÁCIO PARTICIPAÇÕES S.A.	3.184.505.000,00	122.461.000,00	3,845527013	18.151.678,50
LOJAS RENNER S.A.	6.451.578.000,00	136.068.000,00	2,10906541	36.773.994,60
MAGAZINE LUIZA S.A.	9.508.745.000,00	188.390.000,00	3,845527013	18.151.678,50
TELEFÔNICA DO BRASIL S.A.	42.508.459.000,00	376.570.000,00	0,885870739	242.298.216,30

A comparação entre a receita das empresas destacadas na amostra e os valores investidos em encargos salariais, demonstra que o valor total não ultrapassa o percentual de 3,8%, conforme verificado nas companhias Estácio (setor de educação) e Maganize Luiza (setor de varejo).

Parece evidente que as empresas comparadas conferem a alguns funcionários as atribuições de exercer o controle e elaborar mecanismos para que as falhas e desvios sejam evitados ou ao menos minimizados. Não se consegue extratificar quanto cada empresa dispendeu com tal atividade, no entanto, analisando o percentual total gasto com funcionários, já é possível observar que o gasto realizado pela União em órgão de fiscalização é comparativamente alto.

Na última coluna do gráfico aplicou-se o percentual utilizado pela União para alocar verbas em órgãos de fiscalização. Verifica-se que se as empresas tivessem investido apenas em controle dos seus orçamentos com o parâmetro da Administração Pública Federal, teriam uma rubrica equivalente ao gasto total com pessoal. É emblemática a comparação com a companhia Telefônica. Segundo dados extraídos das demonstrações contábeis disponibilizadas pela empresa, investiu-se R\$376.570.000,00 em

encargos trabalhistas em 2016, o que representou 0,88% da Receita daquele ano. Se a Telefônica utilizasse o mesmo percentual da Administração Pública Federal (0,57%), teria desembolsado o valor de R\$ 242.298.216,30, quantia próxima ao valor total gasto com os empregados da sociedade.

As comparações levadas a efeito permitem concluir que os valores investidos pela União Federal em seus órgãos de controle é expressivo e, se comparado com o investimento de grandes companhias privadas com todos os seus empregados, percebe-se uma alocação exagerada de recursos humanos e financeiros para funções que poderiam ser gerenciadas com mais ou igual eficiência com menos recursos.

Pode-se concluir previamente que o investimento da Administração Pública Federal nas instituições oficiais de fiscalização do dinheiro do contribuinte é elevado em comparação com sociedades anônimas com porte expressivo e solidez gerencial. Logo, a boa gestão das sociedades privadas não está associada ao investimento expressivo em pessoal, ainda que se tome o dado bruto de gasto total com empregados e que desconsidere-se que a parcela majoritária destes não se dedica diretamente à gestão financeira das empresas pesquisadas.

2.2 Exame das atribuições e o exame do déficit de efetividade do controle institucional das contas públicas

O sistema normativo pátrio conferiu a certas instituições as prerrogativas de fiscalizar o dinheiro dos contribuintes, conforme já destacado acima. No plano hipotético, a ordem jurídica assegurou que as verbas administradas pelo Poder Público fossem exemplarmente fiscalizadas, o que tornaria praticamente impossível o aparecimento de focos de corrupção e desvio de dinheiro do orçamento sem que os controles institucionais percebessem. Como ressalvado, trata-se apenas de cogitação hipotética própria do plano do "dever-ser". Ao perquirir-se a fundo as administrações públicas (não importando o nível da Administração, o partido político do governo ou a região do

país), verifica-se com uma frequência desalentadora focos de desvio e irregularidades.

Depois de realizada a análise dos valores investidos nos órgãos oficiais, cumpre agora examinar a produtividade de tais órgãos, avaliando os dados oficiais disponibilizados nos sites oficiais de cada instituição. No exercício da função fiscalizatória da Câmara de Deputados, identificou-se um total de sete obras que poderiam apresentar grave irregularidade no ano de 2016, conforme gráfico abaixo:

Figura 1

Congresso Nacional
Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização
Quadro de Tramitação de Subtítulos com Indicadores de Irregularidades Graves
Ano:2016

Página: 1 de 1

Aviso CN (AVN)	Aviso TCU (Organs)	Acórdão	Descrição da Obra ou Serviço	UF	Relator designado Relator aut. no COVICMO (Res. 120/06)	Entrega do Relatório	Prazo de Entrega	Número de Emendas	Votação do Relatório na CMO	Situação Final na CMO	Saída da CMO	Parecer	PDN N°/Ano	Situação Final no CN	Decreto Legislativo/ Data
04/2016 COPICMO MS	038/2016 TCU MS	2016/001 TCU MS	Encaminha obra do Acórdão nº 08122016 (Controlada de Unidades de Saúde para implantação de Rede de Serviços de Atenção Básica Especializada em Saúde, em Quaramandói).	RU	COVICMO	12/12/2016	-	-	14/12/2016	BLOQUEIO	14/12/2016	10/2016	05/2016	BLOQUEIO	41/2017 13/02/2017
04/2016 COPICMO MS	038/2016 TCU MS	2016/001 TCU MS	Encaminha obra de despacho enviado no processo nº TC 021/14/2016-3 (Obra da Linha Temorucel de Angra II).	RU	COVICMO	12/12/2016	-	-	14/12/2016	BLOQUEIO	14/12/2016	10/2016	04/2016	BLOQUEIO	40/2017 13/02/2017
02/2016 COPICMO MS	009/2016 TCU MS	2016/001 TCU MS	Encaminha obra de despacho enviado no processo nº TC 018/17/2016 (Implantação do corredor de transporte BRT e do sistema inteligente de travessia (GIT) na região sul do Município de Palmeira).	TO	COVICMO	12/12/2016	-	-	14/12/2016	BLOQUEIO	14/12/2016	10/2016	03/2016	BLOQUEIO	39/2017 13/02/2017
01/2016 COPICMO MS	24/2016 TCU MS	2016/001 TCU MS	Encaminha, em cumprimento ao item 01 do art. 1º do art. 13, 24/2016 (LDO 2016), Relatório das Informações sobre obras com indícios de irregularidades graves - Fazendas 2016, referente à Obra de Nova Subida da Serra de Patiporã/MS juntamente à Rede de BRT (BRT) em Angra II, no Rio de Janeiro.	NA	COVICMO	12/12/2016	-	-	14/12/2016	BLOQUEIO	14/12/2016	10/2016	02/2016	BLOQUEIO	38/2017 10/02/2017
01/2016 COPICMO MS	10/2016 TCU MS	0026512 TCU MS	Pronunciamento do Relator Ministro Bruno Dantas, acerca das obras da Linha Temorucel de Angra II.	RU	COVICMO	12/12/2016	-	-	14/12/2016	NÃO BLOQUEIO	14/12/2016	10/2016	-	ARQUIVO	-
04/2016 COPICMO MS	038/2016 TCU MS	2016/001 TCU MS	Obras da Linha Temorucel de Angra II, no Rio de Janeiro.	RU	COVICMO	12/12/2016	-	-	14/12/2016	NÃO BLOQUEIO	14/12/2016	10/2016	-	ARQUIVO	-
09/2016 COPICMO MS	068/2016 TCU MS	2016/001 TCU MS	Avaliação das informações enviadas ao Congresso Nacional por meio do Aviso nº 1280-GP-TCU, de 6 de Novembro de 2016, relativas às obras com indícios de irregularidades graves.	NA	COVICMO	12/12/2016	-	-	14/12/2016	DESBLOQUEIO	14/12/2016	10/2016	01/2016	DESBLOQUEIO	37/2017 13/02/2017
08/2016 COPICMO MS	038/2016 TCU MS	2016/001 TCU MS	Obras da Linha Hidroenergia São Domingos, localizada no Estado de Mato do Oeste do Sul.	MS	COVICMO	12/12/2016	-	-	14/12/2016	NÃO BLOQUEIO	14/12/2016	10/2016	-	ARQUIVO	-

O extrato apresentado pela Câmara de Deputados demonstra que a produtividade da casa em matéria de fiscalização do orçamento é tímida, para dizer o mínimo. No entanto, a desídia dos parlamentares fica estampada ao serem examinada as contas do Governo Federal que precisam ser apreciadas. Consoante determina o artigo 49, IX da Constituição, após apreciação do Tribunal de Contas da União, compete ao Congresso Nacional julgar as contas prestadas pelo Presidente da República.

Segundo informação prestada pela Câmara dos Deputados, não foram examinadas as contas prestadas pela Presidente Dilma Roussef em 2014, 2015 e parcela de 2016, já que, em

razão do processo de impeachment, o Presidente Michel Temer prestou contas parciais em relação a 2016, as quais não foram, igualmente, apreciadas. Não se trata de qualquer atraso, o Congresso ainda não apreciou as contas mais polêmicas da história da República que resultaram no impedimento da Presidente da República. No entanto, causa perplexidade verificar que o Congresso Nacional não apreciou as contas do Presidente Fernando Collor cujo mandato remonta aos anos de 1990 e 1991 (BRASIL, 20-a).

Não se pode dizer que o Congresso padece de escassez de equipe, já que se observa que apenas na consultoria de orçamento, fiscalização e controle o Parlamento conta com 32 servidores (BRASIL, 20-d). Considerando a composição da Câmara dos Deputados que possui 513 parlamentares, além dos assessores pagos pelos contribuintes, há um núcleo responsável pelo exame técnico das contas, mas, ao que tudo indica, o setor não teve oportunidade de averiguar as contas da presidência da República em 2016.

No caso do Tribunal de Contas da União (TCU), pode-se identificar uma propensão da Corte para a transparência. O Tribunal de Contas disponibiliza em seu site oficial um relatório anual de atividades do TCU (BRASIL, 20-e). A transparência é tamanha que na própria página oficial o órgão reconhece a sua lentidão. Atualmente, de acordo com dados do Tribunal, o prazo entre a ocorrência do fato que originou a chamada Tomada de Contas Especial (TCE) e a primeira apreciação conclusiva pelo TCU tem sido superior a sete anos em um em cada quatro casos (24,68%), identificando-se um prazo médio é de 5,54 anos. O valor referente às TCE em aberto no TCU hoje está próximo à soma de R\$31 bilhões, o que significa dizer que o cidadão poderá esperar 5,54 anos para que se tenha uma apreciação conclusiva pelo Tribunal de Contas da União (BRASIL, 2017d). Por óbvio que este prazo não repercutirá em efetivo retorno para o cidadão, pois os responsáveis pela abertura do TCE seguramente irão recorrer a todas as esferas possíveis, retardando a solução do caso.

Como os dados comparados neste estudo foram extraídos do ano de 2016, decidiu-se examinar o relatório apenas deste ano por tratar-se dos dados mais recentes disponíveis na rede mundial de computadores (BRASIL, 2017c). O Relatório do ano de 2016 apresenta uma tabela na qual estão condensadas as atividades da Corte nos últimos anos, comparando os resultados obtidos e o trabalho realizado. Chama a atenção a primeira linha da tabela que faz referência a “benefícios financeiros” alcançados com a atuação do Tribunal de Contas da União. Vale reproduzir a tabela:

Figura 2

Itens	Ano/Resultado no período				
	2012	2013	2014	2015	2016
Benefícios financeiros (R\$ bilhões)	12,703	19,938	6,126	23,884	R\$ 9,693
Medidas cautelares adotadas (R\$ bilhões)	13,963	8,971	19,303	6,991	R\$ 47,119
Fiscalizações realizadas	1.353	809	680	595	628
Processos de controle externo apreciados conclusivamente	5.738	5.923	5.943	5.628	5.623
Valor das condenações (R\$ bilhões)	1,312	1,103	2,079	6,661	R\$ 2,461
Responsáveis inabilitados	89	104	97	177	165
Empresas declaradas inidôneas	47	194	52	74	115
Indisponibilidades de bens decretadas	---	---	---	6	27
Arrestos de bens solicitados	7	2	56	66	46
Prestações de contas julgadas	536	615	694	719	555
Atos de pessoal apreciados	105.691	101.436	105.035	83.007	80.997
Cobranças executivas (CBEX) autuadas	3.007	2.197	2.723	3.270	3.563
Irregularidades comunicadas à Ouvidoria	2.092	1.428	1.160	1.067	813

Fonte: BRASIL, 2017c.

Não se encontra qualquer explicação sobre como o número foi apurado, nem sobre o que se considera benefício

financeiro. Pode-se especular que os trabalhos realizados pela Corte de Contas teriam proporcionado uma dissuasão de atividades irregulares e/ou recuperação de valores mal aplicados. Em qualquer circunstância, o valor apurado chama a atenção.

Examinando o número de fiscalizações realizadas em 2016, nota-se que foram realizadas 628 ações. Considerando que o ano de 2016 teve 254 dias úteis, isto significa uma média de 2,47 ações de fiscalização por dia. Levando em consideração que a corte possui 2.582 servidores ativos, pode-se concluir que cada servidor se responsabilizou por aproximadamente 0,24 das ações de fiscalização. Pode-se ainda dizer que cada ação de fiscalização pode contar com 4,11 servidores. Tomando os números oficiais, não se pode considerar que a Corte de Contas usufruiu de forma eficiente de seus recursos humanos.

A Controladoria-Geral da União passou a integrar o Ministério da Transparência a partir da assunção do Presidente Michel Temer. Segundo dados disponibilizados no site oficial da CGU, observou-se um aumento dos chamados “benefícios financeiros” que no gráfico abaixo apresenta interessante detalhamento:

Tabela 3 - Detalhamento dos Benefícios Financeiros

BENEFÍCIO FINANCEIRO	2012	2013	2014	2015	2016	2017	TOTAL
Arrecadação de multa legal ou prevista em contrato	-	R\$ 6,5 milhões	-	R\$ 70,6 milhões	R\$ 1,5 milhões	-	R\$ 78,6 milhões
Cancelamento de Licitação/ Contrato com objeto desnecessário, inconsistente ou inadequado tecnicamente	R\$ 2,48 milhões	R\$ 835,6 milhões	R\$ 394,6 milhões	R\$ 14,39 milhões	-	-	R\$ 1.247 bilhões
Compatibilização do objeto contratado com as especificações ou com o projeto	-	-	-	R\$ 50,2 milhões	-	R\$ 271,14 milhões	R\$ 50,21 milhões

Elevação de receita	R\$ 1,09 bilhões	R\$ 4,27 milhões	R\$ 53,63 milhões	R\$ 207,4 milhões	-	R\$ 3,14 milhões	R\$ 1,36 bilhões
Eliminação de desperdícios ou redução de custos administrativos	-	-	R\$ 2,02 milhões	R\$ 6,12 milhões	-	R\$ 1,66 bilhões	R\$ 1,66 bilhões
Incremento da eficiência, eficácia ou efetividade de programa de governo	R\$ 1,37 milhões	-	R\$93,99 milhões	-	-	R\$ 314,4 milhões	R\$ 409,8 milhões
Recuperação de valores pagos indevidamente	R\$ 230,1 milhões	R\$ 98,27 milhões	R\$ 85,14 milhões	R\$ 46,58 milhões	R\$ 204,6 milhões	R\$ 23,78 milhões	R\$ 688,5 milhões
Recuperação do custo de operações de crédito subsidiado	-	-	R\$ 21,98 milhões	-	R\$ 1,64 bilhões	R\$ 3,36 milhões	R\$ 1,66 bilhões
Redução nos valores licitados/ contratados, mantendo a mesma quantidade e qualidade necessárias de bens e serviços	R\$ 3,34 milhões	R\$ 832,6 milhões	R\$ 65,25 milhões	R\$ 428,1 milhões	R\$ 102,3 milhões	R\$ 49,94 milhões	R\$ 1,48 bilhões
Suspensão de pagamento continuado indevido	R\$ 997,19 milhões	R\$ 965,1 milhões	R\$ 1,05 bilhões	R\$ 1,09 bilhões	R\$ 915 milhões	R\$ 2,43 bilhões	R\$ 7,45 bilhões
Suspensão de pagamento não continuado indevido	-	R\$ 1,16 milhões	R\$ 5,76 bilhões	R\$ 470,5 milhões	R\$ 6,78 milhões	R\$ 25,7 milhões	R\$ 6,27 bilhões
TOTAL	R\$ 2,33 bilhões	R\$ 2,74 bilhões	R\$ 7,54 bilhões	R\$ 2,38 bilhões	R\$ 2,87 milhões	R\$ 4,5 bilhões	R\$ 22,38 bilhões

*Atualizado até Dezembro de 2017.

Fonte: BRASIL, 201-.

Segundo informação prestada pela Controladoria-Geral da União, no ano de 2016 foram realizadas 53 operações que resultaram na “recuperação de R\$ 942 milhões”, como pode-se identificar no quadro apresentado pelo órgão:

Figura 3

Ano	Número de Operações Realizadas	Prejuízo Potencial Apurado
2003	1	R\$ 11.800.000,00
2004	3	R\$ 39.500.000,00
2005	3	R\$ 224.400.000,00
2006	8	R\$ 42.000.000,00
2007	8	R\$ 56.180.147,00
2008	13	R\$ 303.027.000,00
2009	12	R\$ 41.599.000,00
2010	26	R\$ 667.281.115,95
2011	25	R\$ 128.914.757,82
2012	26	R\$ 508.079.854,58
2013	21	R\$ 517.319.524,09
2014	21	R\$ 286.039.175,49
2015	32	R\$ 454.611.564,63
2016	53	R\$ 942.272.774,04
2017	68	R\$ 414.905.699,57
TOTAL	320	R\$ 4.637.930.613,17

* Última atualização: Dezembro/2017

As informações prestadas pelo órgão não estão suficientemente claras para que seja avaliado como o “o potencial prejuízo” foi mensurado. Não se pode afirmar se os valores são especulações sobre possível prejuízo evitado ou se as cifras remontam a cálculos elaborados pelos técnicos do órgão. Considerando o período examinado (2016), há dúvida sobre a origem do valor encontrado. Teria sido obra da atividade fiscalizadora do órgão ou resultado de delações e acordos de leniência celebrados pelas autoridades no âmbito da Lava-jato e outras operações policiais em curso? Estas informações não estão expressas no relatório disponibilizado na rede mundial de computadores.

No entanto, a despeito da incerteza sobre os números apresentados, uma conclusão é possível extrair: cotejando o orçamento de 2016 destinado ao órgão que correspondia a R\$ 880.492.490,00 com o valor chamado de “potencial prejuízo apurado” equivalente a R\$ 942.272.774,04, observa-se que o custo

da manutenção do órgão é muito próximo do suposto “prejuízo apurado”. Em outras palavras, se o órgão não existisse, o prejuízo do erário seria o equivalente a R\$ 61.780.284,04, isto é, menos de 10% do orçamento destinado à Controladoria-Geral da União. Se a comparação for estabelecida com o orçamento do órgão para 2017 (BRASIL, 20-e), o Ministério da Transparência possuía a dotação orçamentária de R\$ 985.127.148,00. No entanto, o “prejuízo potencial apurado” no mesmo exercício foi de R\$ 414.995.699,57. Estabelecendo a mesma linha de raciocínio, se o órgão não existisse e admitindo-se que nenhum “prejuízo potencial” fosse apurado, chegar-se-ia a economia de R\$ 570.131.448,43. Em resumo, pegando-se o orçamento do órgão de fiscalização e cotejando com o “prejuízo potencial apurado” pelo próprio órgão, pode-se concluir que é mais econômico para a população brasileira não fiscalizar.

Para o leitor inteligente e bem-intencionado seria demasiado esclarecer que jamais se objetivou com as comparações apresentadas buscar a extinção de importantes órgãos de fiscalização. A única intenção do estudo apresentado consiste em demonstrar que a despeito do volume expressivo de dinheiro dos contribuintes investido não se tem debelado a corrupção sistêmica, sendo assim, umas das explicações possíveis seria a ineficiência dos órgãos de fiscalização.

Feito o esclarecimento, impõe-se, por derradeiro, examinar a atuação do Ministério Público na fiscalização do dinheiro gerido pela Administração Pública. Como dito, não se desconhece o importante papel de cada uma das instituições e, talvez, nenhuma tenha ganhado tanto destaque nos últimos anos quanto o Ministério Público Federal, em especial, os agentes ministeriais que atuam na Força-Tarefa da Lava-Jato.

Segundo informação extraída do site oficial do Ministério Público Federal, em matéria orçamentária, o *parquet* adotou 1.964 medidas no âmbito extrajudicial e 110 medidas judiciais (BRASIL, 20-c). O número parece tímido, porém, se analisado o relatório, perceber-se-á que a atuação em favor da correta aplicação do dinheiro público foi desdobrada em outros temas da seguinte forma:

- Agentes Políticos 412
- Atos Administrativos 12.514
- Contratos Administrativos 101
- Intervenção no Domínio Econômico 20
- Licitações 618
- Orçamento 110
- Organização Político-administrativa / Administração Pública 539
- Responsabilidade da Administração 365
- Responsabilidade Fiscal 175
- Serviços 2.572
- Total 17.426

A Procuradoria-Geral da República não divulga o montante recuperado ou prejuízos evitados pela atuação de seus procuradores. No entanto, uma comparação é passível de ser feita a partir da mais rumorosa operação sob a coordenação do Ministério Público Federal. Segundo dados da operação Lava-Jato, foi possível recuperar o valor de R\$ 756,9 milhões e R\$ 10,3 bilhões são alvo de recuperação (espera-se recuperar) (BRASIL, 20-b). Entretanto, apenas com a intervenção do Departamento de Justiça dos Estados Unidos e as *class actions* instauradas naquele país por parte dos acionistas lesados, foi celebrado em um único acordo o valor de US\$ 2.95 bilhões, aproximadamente R\$ 9,6 bilhões³. Equivale dizer que o resultado das instituições americanas em apenas uma parcela da corrupção descoberta pela Lava-Jato é 12,6 vezes maior que o resultado apresentado no *hot-site* desta força tarefa.

Não é demasiado repetir que não se está retirando a importância dos órgãos, muito menos dos trabalhos desenvolvidos até o presente momento, os quais pouparam o cidadão brasileiro de sofrer maior espoliação de grupos criminosos. A proposta da investigação é avaliar a eficiência dos órgãos de

controle. Desse modo, por todos os motivos já apresentados, as instituições fiscalizatórias estão longe de um nível de excelência esperado com o valor investido até o momento.

3. A transparência e o controle orçamentário pelo cidadão.

No início deste texto, demonstrou-se que o texto constitucional adota uma posição muito clara de valorização do cidadão, elevando-o a uma posição de destaque na constituição e legitimação do poder. Pela imbricação das normas constitucionais acima identificadas é possível afirmar com precisão que o poder emana do povo e este elege seus representantes e fiscaliza o exercício dos mandatos. Não por outro motivo é que a Constituição assegura ao cidadão a prerrogativa de oferecer denúncia perante o Tribunal de Contas da União (art. 74, §2º, CRFB).

No entanto, a participação do cidadão na administração dos bens públicos depende essencialmente da facilitação do acesso aos dados, documentos e peças orçamentárias, pois é o cidadão o verdadeiro “dono” do dinheiro administrado pelos gestores eleitos. Logo, o princípio da publicidade da Administração Pública (art. 37, CRFB) consubstancia-se no princípio constitucional capaz de determinar, como diretriz geral, a transparência dos atos da Administração Pública e, sobretudo, da gestão orçamentária (LIMBERGER, 2015). Assim, de 1988 até hoje, tem-se notado uma preocupação das administrações em tornar público os orçamentos de suas gestões. Imbuído neste espírito, estimulou-se que o cidadão acompanhe de perto a elaboração e execução dos orçamentos, incentivados e promovidos das mais diversas formas, como, por exemplo, a publicação das contas na sede da administração, a divulgação pela mídia impressa, radiofônica ou televisiva e, mais recentemente, pela internet⁴.

³ A notícia foi amplamente divulgada pela mídia brasileira. Apenas a título ilustrativo, indicação a fonte dos dados extraído do jornal El país (MENDONÇA, 2018) e no Consultor Jurídico (RODAS, 2018).

⁴ Em entrevista a um site, Pierre Lévy sustenta: “Acredito que as más ações sejam mais difíceis de se realizar quando se tornam publicamente visíveis. A internet decerto aumenta as possibilidades de informação e controle democrático sobre as ações governamentais, bem como sobre as grandes

Assim, depreende-se que uma característica marcante da transparência fiscal é a disponibilização das informações orçamentárias ao público (LIMBERGER, 2007). A idéia é tão basilar que foi objeto de discussão das reuniões temáticas do Fundo Monetário Internacional, culminando com a elaboração do Código de Boas Práticas para a Transparência Fiscal (2014). No instrumento, fica ressaltado que as informações fiscais devem esclarecer o público sobre as atividades orçamentárias já realizadas, as em curso e aquelas que ainda serão praticadas. Hodiernamente, a forma mais eficaz de tornar pública as informações e democratizar o acesso a elas é através dos meios eletrônicos, em especial pela internet.

Não menos importante para este contexto foi o advento da Lei de Responsabilidade Fiscal, que, pela primeira vez, preceituou a utilização de meios eletrônicos para tornar público os planos orçamentários-financeiros⁵. A disposição legal mostrou-se inovadora, na medida em que o ordenamento jurídico não dispunha de mandamento legal semelhante. Apesar de já existirem, à época, iniciativas do Poder Público no sentido de tornar pública as atividades fiscais através da Internet, é inegável o papel incentivador da lei. *Incontinenti*, foi editada a Lei nº 9.755 de 16 de dezembro de 1998, que determinou a criação de uma “home-page” para o Tribunal de Contas da União e, de forma destacada, passou a atender preceito constitucional e vertido na legislação ordinária⁶. A partir desses instrumentos normativos, houve uma disseminação de sites governamentais que paulatinamente foram disponibilizando informações sobre as contas públicas, o que, sem sombra de dúvida, confere uma

empresas e todos os poderes de um modo geral. É necessário compreender o crescimento da internet como o prosseguimento do nascimento e da extensão da esfera pública que se manifestou com o desenvolvimento sucessivo da imprensa, do rádio e da televisão. O conjunto da sociedade se tornou um pouco mais visível, mais transparente, e sobretudo um número maior de pessoas puderam exprimir seus pontos de vista. A internet permite hoje que milhões de pessoas se dirijam a um vasto público internacional - pessoas que não teriam podido publicar suas idéias nas mídias clássicas como a edição em papel, nos jornais ou em televisão”. Cf. <http://www.conip.com.br/a1.htm>.

5 Quando o legislador, através do retrocitado art. 48 da LRF, valeu-se da expressão ‘inclusive’, quis incluir uma outra forma de divulgação e publicização das informações que não a convencional. Portanto, entende-se que os meios eletrônicos são uma categoria a mais na forma de publicação das informações fiscais, além daqueles anteriormente previstas.

6 Cf. www.contaspUBLICAS.com.br.

maior confiabilidade na administração e, ao mesmo tempo, fortalece a democracia.

A transparência prevista pela Lei de Responsabilidade Fiscal afina-se com as modificações estruturais introduzidas pela Emenda Constitucional nº 19/98, a qual versa sobre a reforma administrativa, pela qual se criou o direito do usuário, visando, por exemplo, a prevenção dos riscos orçamentários (STAHNKE, 2000, p. 57). Diz a Lei de Responsabilidade Fiscal em seu art. 48 que:

São instrumentos de transparência da gestão fiscal, aos quais será dada ampla divulgação, inclusive em meios eletrônicos de acesso público: os planos, orçamentos e leis de diretrizes orçamentárias; as prestações de contas e o respectivo parecer prévio; o Relatório Resumido da Execução Orçamentária e o Relatório de Gestão Fiscal; e as versões simplificadas desses documentos.

Parágrafo único. A transparência será assegurada também mediante incentivo à participação popular e realização de audiências públicas, durante os processos de elaboração e de discussão dos planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos.

A redação do artigo desempenha a representação essencial dos objetivos inspiradores da lei naquilo que ela possui de mais inovador. Para o alcance e manutenção do equilíbrio fiscal funda-se a ideia de que a transparência auxilia no controle e fiscalização da distribuição de recursos pelas dotações orçamentárias. A transparência é o fio condutor entre o equilíbrio fiscal (objetivo) e o planejamento (operação), como meio mais seguro de auxílio ao controle da gestão fiscal.

Portanto, não se pode conceber que na segunda década do século XXI ainda existam entes federados opacos ou com pouca informação disponível aos cidadãos. De outro lado, igualmente, não se pode admitir que cidadãos se quedem inertes frente aos instrumentos e mecanismos colocados à sua disposição para debelar o mal uso da máquina pública. Algumas explicações podem ser apresentadas para a letargia do cidadão brasileiro.

3.1. O equivocado conceito de “dinheiro público”: problema conceitual a ser superado

Margaret Thatcher, Primeira-Ministra britânica entre os anos de 1979 e 1990, proferiu um célebre discurso, cujo excerto merece ser transcrito para esclarecer o ponto suscitado:

One of the great debates of our time is about how much of your money should be spent by the State and how much you should keep to spend on your family. Let us never forget this fundamental truth: the State has no source of money other than money which people earn themselves. If the State wishes to spend more it can do so only by borrowing your savings or by taxing you more. It is no good thinking that someone else will pay—that “someone else” is you. There is no such thing as public money; there is only taxpayers’ Money. (1983)

Segundo as palavras da Dama de Ferro, “não existe esse negócio de dinheiro público: só existe o dinheiro dos contribuintes”. Não por acaso, este texto jamais utilizou a expressão dinheiro público. Esta observação pode parecer puramente semântica, mas a possível explicação para a indiferença do povo brasileiro com a má aplicação do dinheiro dos contribuintes pode ser explicada com a incorreta ideia de que há dinheiro público e dinheiro privado.

Como dito por Margaret Thatcher, o Estado não possui outra fonte de receita além da expropriação do dinheiro do cidadão por meio da tributação ou outros artifícios nada republicanos, como, por exemplo, retirar da sociedade por meio da furtiva justificativa de assegurar ao trabalhador o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS). Pode-se afirmar, portanto, que não existe dinheiro público. Existe dinheiro do contribuinte que momentaneamente está sob a administração do Estado e deve ser usado da forma mais eficiente e inteligente possível para maximizar a satisfação do cidadão.

A falácia de divisar o dinheiro público e o dinheiro privado só tem servido para criar um distanciamento e uma indiferença por parte do cidadão brasileiro que se choca com os recorrentes

escândalos de corrupção, mas alenta-se na equivocada ideia que o dinheiro desviado é o público e não o seu.

A lição do prêmio nobel de economia, Milton Friedman, sobre as formas de gastar dinheiro é esclarecedora. Em entrevista concedida para a rede de televisão Fox News em maio de 2004, o economista afirmou que existe quatro formas de se gastar o dinheiro. É possível gastar o seu dinheiro consigo mesmo, neste caso você buscará a melhor alocação possível, gastando o mínimo e esperando receber o máximo. A segunda forma é você gastar o seu dinheiro em favor de outra pessoa, neste caso você não se preocupará muito com a qualidade, mas será zeloso com o custo. Uma terceira forma de gastar dinheiro é utilizar a quantia de alguém consigo mesmo, neste caso é muito provável que o cuidado com o custo não seja prioridade, mas a qualidade do gasto certamente será. Por fim, é possível gastar o dinheiro de alguém em favor de um terceiro, nesta hipótese a preocupação em economizar e em obter o melhor resultado não serão, via de regra, preocupações daquele encarregado de aplicar o dinheiro. Na entrevista, Friedman conclui dizendo que o último caso corresponde ao governo que, no caso do Brasil, apropriou-se de 32,38% do produto interno bruto e gasta mal o dinheiro administrado (BRASIL, 2017a).

Dessa forma, é preciso por fim à infeliz expressão “dinheiro público” e conscientizar a população que o dinheiro sob a gestão estatal é dinheiro dos contribuintes e que deve ser aplicado da forma mais eficiente possível, consoante preconiza o artigo 37 da Constituição.

3.2. O exercício da cidadania no controle das contas públicas e os casos bem-sucedidos de fiscalização: o uso da inteligência artificial em prol do controle orçamentário.

Buscando dar efetividade aos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais acima elencados, o Tribunal de Contas da União elaborou uma cartilha de orientações ao cidadão para que ele possa desempenhar adequadamente a fiscalização do seu dinheiro (BRASIL, 2017b). Como destacado acima, é pre-

ciso elevar o cidadão ao patamar o qual lhe foi reservado pela Constituição, assegurando todas as prerrogativas inerentes ao exercício da cidadania. A transparência e o livre acesso à informação são instrumentos eficientes de promoção da participação do cidadão na Administração Pública.

Dois exemplos bem-sucedidos de fiscalização popular do orçamento podem servir de estímulo e alento para aqueles que já perderam a esperança de um país mais honesto. Um caso de sucesso é a chamada “Operação Política Supervisionada” (OPS) que dedicou-se a fiscalizar de forma detalhada os gastos realizados pelos parlamentares do Congresso Nacional. Segundo informação prestada pela organização, já foi possível economizar mais de R\$ 5,5 milhões dos contribuintes (OPERAÇÃO POLÍTICA SUPERVISIONADA, 201-). Trata-se de um blog lançado na rede mundial de computadores que recebe denúncias de qualquer pessoa e confronta os dados com as informações prestadas pelo Congresso Nacional na rubrica denominada Cota para Exercício da Atividade Parlamentar (CEAP). Com um mecanismo colaborativo e uma ferramenta que utiliza a tecnologia da informação por meio de um código fonte disponível para qualquer indivíduo que deseje acessar e aperfeiçoá-lo, o movimento tem obtido resultado expressivo sem qualquer investimento estatal.

Pode-se identificar um movimento interessante que está surgindo na sociedade, envolvendo jovens cidadãos com elevada capacidade criativa e domínio de novas tecnologias para fazer com poucos recursos o trabalho que demandaria o esforço de inúmeros servidores públicos. *Data Science, Machine Learning, Big Data, Inteligência Artificial, Neural Networks, Data Mining* são vários termos para designar tecnologias diferentes para o tipo de combate à corrupção brasileira que tem se verificado recentemente.

Sobre o tema, é interessante apresentar o segundo caso de fiscalização eficiente conduzida por um grupo de jovens criativos. Trata-se da “Operação Serenata de Amor”, um projeto desenvolvido originalmente pelo cientista de dados Irio Muskopf e depois acompanhado por mais pessoas. O projeto surgiu ao perceber que ainda existiam muitas brechas no uso

de tecnologia para fiscalizar gastos de parlamentares. Criou-se, a partir de ferramentas de inteligência artificial, um robô chamado Rosie, cuja programação permite analisar cada pedido de reembolso dos deputados e identificar a probabilidade de ilegalidade (OPERAÇÃO SERENATA DE AMOR, 201-). Segundo relatório apresentado pelo projeto, foi captado o valor inicial de R\$ 80.424,00 (PAZZIM, 2017). Para efeitos de comparação, a Câmara dos Deputados realizou a licitação pela modalidade pregão eletrônico que resultou na contratação de um software no valor de R\$ 1.780.000,00 (BRASIL, 2016).

O projeto contabiliza 629 denúncias formalizadas, envolvendo 216 deputados, representando o questionamento de R\$ 378.000,00. Depois de mais de 8.000 casos de suspeitas, dos quais valor ultrapassa a cifra de R\$ 2 milhões, muitas irregularidades foram espontaneamente corrigidas pelos parlamentares, conforme documentam os relatórios do projeto.

O uso da inteligência artificial e do que vem a ser chamado de *machine learning*, como no caso da robô Rosie, é o futuro descortinando esperança para um controle eficiente do gasto público. A tecnologia empregada vale-se de um algoritmo capaz de descobrir sozinho padrões e tornar-se “mais inteligente” a ponto de poder fazer previsões (COGLIANESE; LEHR, 2017a).

As aplicações da inteligência artificial e da *machine learning* são múltiplas e estão sendo aplicadas nos Estados Unidos, consoante relatam os professores Coglianese e Lehr em estudo que aborda a utilização da tecnologia nas agências norte-americanas (COGLIANESE; LEHR, 2017b), chegando-se a afirmar que não se controverte mais sobre a aplicação ou não da tecnologia. No contexto norte-americano, discute-se se a utilização intensiva da inteligência artificial poderia conflitar com institutos caros do *Administrative law*, como: *non delegation, due process, non discrimination* e, por mais curioso que possa parecer, transparência (COGLIANESE; LEHR, 2017a). Isso porque a tomada de algumas decisões delegadas para as máquinas poderia suscitar a opacidade das decisões e um retrocesso do ponto de vista democrático.

Portanto, a participação da sociedade e o uso intensivo da tecnologia podem representar uma alternativa para o combate a uma praga que dizima vidas, sonega oportunidades e retira do cidadão a capacidade de sonhar com um futuro melhor que é a corrupção. Por meio de tecnologias hoje disponíveis é possível realizar o trabalho que muitos servidores levariam anos fazendo em poucos minutos e a um custo baixíssimo. Basta que tenha-se capacidade de articulação e indignação.

4. Conclusões

Como se pretendeu deixar claro desde os primeiros parágrafos do ensaio, a pesquisa jamais teve a intenção de negar a importância e o papel dos órgãos oficiais de fiscalização mencionados no texto. A importância e o papel de cada instituição estão definidos pela Constituição que, por tão somente possuir status constitucional, já serve de reconhecimento de sua relevância no ordenamento jurídico brasileiro.

No entanto, a pesquisa procura, de forma provocativa, questionar a eficiência do gasto estatal em fiscalização do dinheiro dos contribuintes motivado especialmente pela profusão de escândalos e casos de corrupção que aparecem com cada vez mais frequência. Diante das tecnologias disponíveis da velocidade que as inovações surgem, não se pode imaginar que os órgãos oficiais sejam capazes de resolver sozinhos os problemas de um país continental como o Brasil. Dessa forma, o uso coordenado de tecnologias disruptivas com o apoio dos poderes institucionalmente legitimados pode ser a chave para alcançar-se maior eficiência na fiscalização do dinheiro dos contribuintes.

Dessa forma, acredita-se que as verbas alocadas no orçamento da União para os órgãos encarregados da fiscalização do uso e destino do dinheiro sob a gestão estatal podem ser melhor utilizadas quanto maior for o investimento em tecnologia da informação. Dentre os dados cotejados no artigo pode-se reproduzir a comparação entre o orçamento do projeto Serenata de Amor, o qual foi desenvolvido com R\$ 80.000, e a licitação

de um software pela Câmara dos Deputados, no qual foi desembolsado a quantia de R\$ 1.780.000. Este exemplo ilustra com exatidão a provocação lançada no estudo, a partir da qual esperase que repercuta e alcance muitos cidadãos ciosos de seu dever.

5. Referências

- AIROLDI, C. J.; SILVEIRA, M. A. C. da. A transparência na gestão pública como instrumento de controle social. **Revista Eletrônica de Ciências Contábeis**, Taquara, n. 6, p. 71-91, 2015. Disponível em: <<https://seer.faccat.br/index.php/contabeis/article/view/165/144>>. Acesso em: 24 out. 2017.
- BARBOSA, S. P. Direito à Informação e Controle social da atividade econômica. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 225, p. 70, jul. 2001. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47565/44779>>. Acesso em: 03 out. 2017.
- BENTO, L. V. **Acesso a informações públicas: princípios internacionais e o direito brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2015.
- BM&FBOVESPA. São Paulo. 2018. Disponível em: <http://www.bmfbovespa.com.br/pt_br/>.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. Contas do Governo Federal: Exercícios Financeiros a partir de 2000. Brasília, 20-a. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-mistas/cmo/projetos-de-lei-e-outras-proposicoes/projetos/proposicoes/contas-do-governo-federal>>.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. Lei 13.587, de 2 de janeiro de 2018. Lei Orçamentária Anual (LOA). Brasília, 2018. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2018/lei-13587-2-janeiro-2018-786051-norma-pl.html>>.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. Relatório de Gestão do Exercício de 2015. Brasília, DF, 2016. Disponível em: <<http://www2.camara>>.

leg.br/a-camara/estruturaadm/gestao-na-camara-dos-deputados/contas-da-camara/ano-de-2015/relatorio-de-gestao-2015>.

BRASIL. Ministério Público Federal. A Lava Jato em números no Paraná. **Diário Oficial da União**. Brasília, 20-b. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/atuacao-na-1a-instancia/atuacao-na-1a-instancia/parana/resultado>>.

BRASIL. Ministério Público Federal. Mapa da atuação do MPF. **Diário Oficial da União**. 20-c. Disponível em: <<http://aplicativos.pgr.mpf.br/mapas/mpf/atuacao/?UID=1450302025>>. Acesso em:

BRASIL. Receita Federal. Carga Tributária Bruta atingiu 32,38% do PIB em 2016. Brasília, DF, 27 dez. 2017a. Disponível em: <<http://idg.receita.fazenda.gov.br/noticias/ascom/2017/dezembro/carga-tributaria-bruta-atingiu-32-38-do-pib-em-2016>>.

BRASIL. Senado Federal. **Consultoria de orçamentos, fiscalização e controle**. Brasília, 20-d. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/institucional/estrutura/orgaosenado?codorgao=1340>>.

BRASIL. Transparência e Controladoria-Geral da União. **Resultados**. Brasília, 201-. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/assuntos/auditoria-e-fiscalizacao/resultados>>.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Carta de Serviços ao Controle Social**. Brasília, DF, 8 dez. 2017b. Disponível em: <<http://portal.tcu.gov.br/main.jsp?lumPagelId=8A8182A24ED12B19014ED646CE5E1FC0&previewItemId=8A8182A2602338900160373ADD0C513F&lumItemId=8A8182A2602338900160374553726736>>.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Relatório Anual de Atividades do TCU 2016. Brasília, 2017c. Disponível em: <<http://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A25CB1DD5C015CB27A6FAA1182>>.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Relatórios de Atividades**. Brasília, 20-e. Disponível em: <<http://portal.tcu.gov.br/transparencia/relatorios/relatorios-de-atividades/>>.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Sistema lançado pelo TCU agilizará a recuperação de valores ao erário**. Brasília, 28 nov. 2017d. Disponível em: <<http://portal.tcu.gov.br/main.jsp?lumPagelId=8A95A98A41134B3C014113AF9BDD31B-B&previewItemId=8A8182A25EC59C0F016004867934714E&lumItemId=8A8182A15FFE09C4016003AADB781E15>>.

BROWN, L.; SILVER-BALBUS, S. A Triumph for a Transparent and Accountable Government: MacLean's Place in the History of Whistleblower Protection Law. **Emp. Rts. & Emp. Pol'y J.**, Chicago, v. 19, n. 2, 2015.

CAMPOS, A. M. Accountability: Quando poderemos traduzi-la para o português? **Revista da Administração Pública**, Rio de Janeiro. v. 24, n. 2, p. 30-50, 1990.

CASTRO, F. C. L. de; PORTO, E. G.; Perottoni F. L. A Lei de Responsabilidade Fiscal e os meios eletrônicos como forma de promoção da transparência fiscal na gestão pública. **Jus Navigandi**, Teresina, v. 1080, 2006.

COGLIANESE, C.; LEHR, D. Improving the Administrative State with Machine Learning. **Administrative & Regulatory Law News**, Washington, D.C., v. 42, n. 4, p.7-9, summer 2017.

COGLIANESE, C.; LEHR, D. Regulating by Robot: Administrative Decision Making in the Machine-Learning Era. **The Georgetown Law Journal**, Washington, D.C., v. 105, n. 1147, p. 1147-.1223, jun. 2017. Disponível em: <http://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/1734>

FIGUEIREDO, V. S.; SANTOS, W. J. L. dos. Transparência e controle social na administração pública. **Revista Temas de Administração Pública**, São Paulo, v. 8, n. 1, 2013. Disponível em: <<http://seer.fclar.unesp.br/temasadm/article/view/6327/4715>>. Acesso em: 18 out. 2017.

FREITAS, J.; TEIXEIRA, A. V. **Direito à democracia: ensaios transdisciplinares**. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL. **Código de Transparência Fiscal**. 2014. Disponível em: <<https://www.imf.org/external/np/fad/trans/por/ft-codep.pdf>>.

JOHNSON, P. Legislative knowledge base systems for public administration: some practical issues. International conference on Artificial intelligence and law, 3, Charleston, USA, 16 jul. 1990. **Proceedings...** Charleston, USA, 1990, p. 108-117.

LIMBERGER, T. Cibertransparência. Informação pública em rede e a concretização dos direitos sociais: a experiência dos municípios gaúchos. **Revista Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 08, n. 4, 2015. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/20942/15321>>. Acesso em: 15 set. 2017.

LIMBERGER, T. Transparência administrativa e novas tecnologias: o dever de publicidade, o direito a ser informado e o princípio democrático. **Revista do Ministério Público do RS**, Porto Alegre, n. 60, ago. 2007 e abr. 2008. Disponível em: <http://www.amprs.com.br/public/arquivos/revista_artigo/arquivo_1246468989.pdf>. Acesso em: 26 set. 2017.

MARGARET THATCHER FOUNDATION. **Speech to Conservative Party Conference**. 14 out. 1983. Disponível em: <<https://www.margaretthatcher.org/document/105454>>.

MARTINS JÚNIOR, W. P. **Transparência administrativa: publicidade, motivação e participação popular**. São Paulo: Saraiva, 2004.

MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. rev. e atual, São Paulo: Saraiva, 2015.

MENDONÇA, H. Acordo da Petrobrás nos EUA prejudica acionista brasileiro duas vezes. Portal El país. São Paulo, 11 jan. 2018. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2018/01/09/economia/1515510046_487435.html>.

OPERAÇÃO POLÍTICA SUPERVISIONADA. 201-. Disponível em: <<https://ops.net.br/#!/sobre>>.

OPERAÇÃO SERENATA DE AMOR. 201-. Disponível em: <<https://serenatadeamor.org/>>.

PAZZIM, B. A última serenata. **Portal Data Science Brigade**. 1 fev. 2017. Disponível em: <<https://medium.com/data-science-brigade/a-%C3%BAltima-serenata-c538f145c2f3>>.

PORTO, E. G.; CASTRO, F. C. L. de. A lei de responsabilidade fiscal e os meios eletrônicos como forma de promoção da transparência fiscal na gestão pública. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1080, 16 jun. 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/8533>>. Acesso em: 24 out. 2017.

QUINTANA, A. C.; JACQUES, F. V.; MACAGNAN, C. B. **Transparência: instrumento para governança pública no Brasil**. Porto Alegre: Entremeios, 2013.

RODAS, S. **Acordo bilionário da Petrobrás nos EUA não deve se repetir no Brasil**. Portal Consultor Jurídico. 4 jan. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-jan-04/acordo-bilionario-petrobras-eua-nao-repetir-brasil>>.

SALES, T. S.; MARTINS, A. L. P. Planejamento, transparência, controle social e responsabilidade na administração pública após o advento da lei de responsabilidade fiscal. **NOMOS: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, Fortaleza, v. 34, n. 1, 2014. Disponível em: <<http://www.repositorio.ufc.br/handle/riufc/12033>>. Acesso em: 24 out. 2017.

SILVEIRA, M. A. C. da; TEIXEIRA, A. V. **Responsabilidade fiscal do administrador público: transparência, controle e fiscalização**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

SNELLEN, I. T. M.; THAENS, M.; VAN DE DONK, W. B. H. J. **Public Administration in an Information Age**. Amsterdã: IOS Press, 1998.

WIIG, K. M. Knowledge management in public administration. **Journal of Knowledge Management**, v. 6, n. 3, p. 224-239, 2002.

SEGURANÇA PÚBLICA E DIREITO PENAL COMO *ULTIMA RATIO* NA SOCIEDADE DE RISCOS¹

Rogério Gesta Leal²

¹ Este artigo é fruto do projeto de pesquisa desenvolvendo junto ao PPGD da FMP.

² Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, titular da Quarta Câmara Criminal que julga crimes praticados por Prefeitos e Vereadores e crimes contra a Administração Pública. Professor Titular da UNISC e da FMP.

1. Introdução

Alguns fenômenos nacionais e internacionais, como o crime organizado e o terrorismo, têm ampliado significativamente o debate sobre os limites de expansão e as características que o Direito Penal contemporâneo deve possuir, haja vista a explosão de comportamentos violentos e desagregadores da ordem social que instalaram-se globalmente no que podemos chamar de Sociedade de Riscos, os quais geram situações fáticas e simbólicas de insegurança pública nunca antes vistas.

Pretendemos analisar neste trabalho algumas demarcações das condições e possibilidades do Direito Penal em tais cenários, considerando pontualmente estar ele marcado desde a perspectiva liberal moderna, como a *ultima ratio* civilizatória.

2. A segurança pública na sociedade em risco: alguns diagnósticos

Para partir de um lugar comum e experimental, podemos dizer que o terrorismo internacional de matriz fundamentalista e religiosa vinculado ao Jihad, revelado ao Ocidente a partir dos eventos de 11 de setembro de 2001, exasperou de forma inédita a *questão da segurança* como fator de estabilidade/instabilidade das relações sociais e institucionais. De certa forma este dramatizou – e ainda dramatiza – o debate sobre as novas configurações necessárias para o enfrentamento deste tema pelo Estado e pela Sociedade.³

Em nome de estratégias (públicas e privadas) de prevenção contra estes riscos e perigos, próprios e decorrentes das sinergias negativas geradas pelos modelos hegemônicos de Mercado, Sociedade e Estado vigentes, temos assistido a ocorrência de estridentes atritos e, por vezes, debilitações das conquistas da Democracia. Isto se dá porque os cenários de

medo que vão constituindo-se na Comunidade também geram mudanças de expectativas em relação ao Estado Democrático de Direito e suas instituições, para que se transmute em Estado de Prevenção ou Estado de Segurança, arquétipos que, ao menos de forma abstrata, revelam pressupostos e canones os quais tendem a colocar-se em paralelismos tendencialmente não convergentes e, quiçá, inconciliáveis para com o primeiro.⁴

Tais maniqueísmos não são adequados para o tratamento dessas questões tanto por desconsiderarem a natureza complexa dos fenômenos tratados quanto por inexistir respostas definitivas para aquelas. O desafio aqui é justamente encontrar formas de equilíbrio entre as conquistas democráticas alcançadas desde a Modernidade, em especial os Direitos Humanos e Fundamentais e as políticas públicas (preventivas e curativas) de segurança convergentes com tais conquistas.

A literatura mais tradicional tem definido a segurança como direito individual também, pois esta é entendida como direito primário e natural do indivíduo necessário à fruição da liberdade que o ordenamento jurídico lhe atribui⁵ e não como categoria vinculada exclusivamente ao interesse público e ao Estado – a despeito de que o constitucionalismo contemporâneo tem tratado a segurança pública, acertadamente, também como Direito Fundamental Social (vide o art.6º da Constituição Federal brasileira de 1988).

É de lembrarmos que a um direito à segurança já havia feito referência o art.2º, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de outubro de 1789. No mesmo sentido, a Declaração Universal dos Direitos do Homem firmada em Paris no dia 10 de dezembro de 1948, em seu art.3º, determinava que cada indivíduo tem o direito à vida, à liberdade e à segurança.⁶

Ou seja, no espaço europeu a segurança há muito tem o *status* de elemento fundacional da Comunidade reconhecido, ao mesmo tempo em que se afigura como objetivo permanente e

⁴ Cf. DENNINGER, 1998; BONETTI, 2006.

⁵ Cf. MANES, 2005.

⁶ Desde a Declaração de 1789 a segurança foi tomada como direito natural e imprescritível da pessoa humana, ao lado da liberdade, propriedade e resistência à opressão. Cf. NEOCLEOUS, 2000.

³ Cf. BAUDRILLARD, 2002; BENJAMIN, 2010.

nodal da União Européia, em nome da criação para os cidadãos de espaços de liberdade, segurança e justiça, a fim de garantir e promover a paz. Pode-se ver igualmente este objetivo no Preâmbulo do Tratado sobre a União Européia de 1992, no Tratado de Amsterdam (1997), na Carta de Direitos Fundamentais do Homem de Nice, de 07 de dezembro de 2000 e no Tratado de Roma, de 29 de outubro de 2004.⁷

Em face destes elementos, a segurança pública hoje está relacionada diretamente como concausa das condições e possibilidades do que podemos chamar de qualidade e dignidade de vida da pessoa humana, ampliando com isto seu próprio significado. Assim, em simetria com as transformações e complicações típicas da Sociedade de Riscos e Perigos na qual vivemos, geradora de simbólicas e reais sensações de insegurança generalizadas, a ideia de segurança pública não raro está associada à possibilidade de respostas a diversas situações desconfortantes decorrentes das dinâmicas sócio-econômicas e políticas do cotidiano (desemprego, exclusão social, mendicância, violência doméstica, corrupção, etc.), as quais operam negativamente nos momentos de tranquilidade individual e social.⁸

Não há como negar que esta Sociedade de Riscos tem evidenciado novas tipologias de desordens difusas que alcançam concomitantemente vários âmbitos da vida cotidiana (político, social, econômico, ambiental, jurídico), e que, sobretudo, tem colocado em estados de crise os modelos de vida tradicionais de diferentes segmentos sociais.⁹ Administrar interesses, direitos e garantias nestes cenários nebulosos apresentam dificuldades extreamadas tanto para o Estado quanto para a Sociedade e o Mercado e suas instituições. Por estes motivos a segurança pública ganha relevo na agenda de Parlamentos e Poderes Executivo e Judiciário em todos os cantos do Ocidente. Notadamente, enquanto condição que assegura a paz e tranquilidade

social, aquela opera preventiva e curativamente em face da desordem pública, dos crimes e da violência que se perpetuam cada vez mais.

No entanto, há oposições fortes em face destas perspectivas, como a de Alessandro Baratta, para quem a segurança não pode ser tomada como verdadeiro e autêntico Direito Fundamental da pessoa humana, eis que, em verdade, afigura-se tal pretensão como construção constitucional falsa e perversa sob os fundamentos seguintes:

O tale costruzione è superflua, se significa la legittima domanda di sicurezza di tutti i diritti da parte di tutti i soggetti – e in questo caso, anziché di diritto alla sicurezza sarebbe corretto parlare di sicurezza dei diritti o di diritto ai diritti –; oppure è ideologica, se implica la selezione di alcuni diritti di gruppi privilegiati e [...], nello stesso tempo, limitazioni per i diritti fondamentali riconosciuti nella Costituzione e nelle convenzioni internazionali. (BARATTA, 2001, p. 28).

Giupponi diverge de Baratta, insistindo que a tese de que a segurança pública é sim um bem jurídico individual e social de relevo constitucional, pelo simples fato de que esta apresentase como condição de possibilidade para o exercício dos demais Direitos Fundamentais Individuais e Sociais, com o que concordamos (GIUPPONI, 2008, p. 45).¹⁰ Ou seja, a segurança da qual estamos falando, em especial na Sociedade de Riscos em que vivemos, tem ganhado outro status, representando mais do que um Direito, pois é uma (pre)condição de Direitos, elemento indispensável à fruição destes Direitos. Aquela é um bem jurídico primário de qualquer Sociedade organizada e democrática e opera como verdadeiro limite implícito e explícito para o exercício dos Direitos Fundamentais.

Apenas para registro, não podemos perder de vista que desde os contratualistas clássicos (mesmo liberais) da Modernidade o tema da segurança pública sempre esteve na agenda

7 Cf. PUTNAM, 1996; SOARES, 2007.

8 Ver o texto de Mosca, no qual o autor lembra que “La sicurezza va concepita non più in contrapposizione con la libertà, quasi che la lievitazione dell’una necessariamente debba comportare una conseguente diminuzione o attenuazione dell’altra, ma va accreditata come espressione, invero una delle molteplici espressioni, del diritto di libertà” (2012, p. 32).

9 Cf. BAUMAN, 1999; GIUPPONI, 2008.

10 Diz o autor italiano que a segurança pública se apresenta como “condizioni di fatto che assicurano la pace e la tranquillità sociale (dimensione materiale). Tali condizioni presuppongono che il concreto esercizio delle libertà e dei diritti di ciascuno non costituisca causa (diretta o indiretta) di illecito pregiudizio per le libertà ed i diritti altrui ovvero di attacco violento all’ordine democratico ed alle Istituzioni espressione della collettività” (GIUPPONI, 2008, p. 45).

teórica e pragmática envolvendo o Estado. Locke (2009) já defendia que este deveria garantir espaços de liberdade regulados pelo Contrato Social, sendo função da autoridade pública o asseguramento da paz e da segurança e, com isto, podendo implicar riscos à liberdade que se deseja manter. O próprio Contrato Social deveria prever instrumentos de limitação de tal competência pelos órgãos públicos. Da mesma forma em Montesquieu isto está assentado, pois este afirmava que a liberdade política consiste na segurança, ou ao menos na ideia que se tem dela enquanto observância dos princípios fundamentais do Estado de Direito e, em particular, das garantias procedimentais à aplicação da lei (MONTESQUIEU, 1995, p. 342).

Por outro lado, sendo a segurança pública verdadeiro gênero de Direito Fundamental Individual e Social, as possibilidades (espécies) de suas materializações são muitas, podendo ser de natureza civil, criminal, administrativa, educacional e cultural, entre outras. Ou seja, todo o sistema jurídico deve ter protagonismo neste campo.

Veja-se as consequências que o atentado de Paris, de 13 de novembro de 2015, trouxe às discussões sobre segurança pública na Comunidade Europeia, chegando a aprimorar constitucionalmente a figura do Estado de Emergência. Esta iniciativa de reforma constitucional, embora motivada com a exigência de fornecer fundamentos aos mecanismos de polícia adotados durante estados de emergência e de fixar rigidamente os pressupostos da declaração do chamado *État D'Urgence*, criado pela Lei 2015-1501, de 20 de novembro de 2015¹¹ (assim como subtrair este debate do legislador ordinário), não deixou de sofrer duras críticas e preocupações de vários segmentos sociais naquela quadra histórica.¹²

11 As medidas adotadas pela norma são amplas e diversificadas, como limitações ao direito de circulação, ao direito de ficar em determinados locais, a possibilidade de fechamento de determinados locais privados e públicos, inclusive lugares destinados a cultos religiosos; controles relacionados a imprensa, e de algumas formas de expressão, até buscas domiciliares sem autorização judicial. Situações análogas foram efetivadas pela legislação alemã e espanhola. Cf. OLLOQUI, 2014.

12 O Le Monde Diplomatique noticia que: Le projet de loi de prorogation de l'état d'urgence du 15 juillet au 1er novembre a été adopté définitivement, jeudi 6 juillet, après le vote en séance publique des députés à 137 voix pour contre 13 voix contre. Votée mercredi par la commission

De qualquer modo, pode-se considerar que a declaração de estados de emergência (de exceção, de urgência, ou ainda de perigo público, as quais são nomenclaturas diversas dependendo do país envolvido) está sempre conectada a fatos prejudiciais relacionados à ordem e à segurança pública. Por esta razão, costuma-se transferir muitos poderes e atribuições para o Poder Executivo (em especial para seus poderes de polícia) enquanto gestor das demandas do cotidiano da Sociedade, haja vista que a velocidade e urgência destes cenários delicados reclamam respostas e medidas rápidas e efetivas de proteção do interesse público ameaçado. Ainda, por vezes, tais medidas implicam impor limites à liberdade dos cidadãos sem prévia autorização do sistema de justiça.

Diante de quadros sociais e institucionais como estes, nos quais a segurança pública se vê, direta ou indiretamente, afetada de múltiplas formas, gostaríamos de questionar quais seriam as funções do Direito Penal? Este questionamento é o que pretendemos agora enfrentar.

3. Percursos do Direito Penal da *extrema ratio* a *ultima ratio*

Um dos grandes problemas teóricos e práticos do Direito Penal contemporâneo é o que diz-se com as possibilidades demarcatórias de sentidos de ele ser constituído – desde sua matriz liberal – da chamada *ultima ratio* do sistema jurídico enquanto ordenador das relações sociais, ultrapassando, pois, a experiência de ter sido usado como ferramenta despótica de

des lois de l'Assemblée et par les sénateurs la veille, cette sixième prolongation de ce régime d'exception (assignations à résidence, perquisitions administratives, etc.), mis en place au soir des attentats du 13 novembre 2015, doit être la dernière. Le président Emmanuel Macron a, en effet, confirmé au Congrès sa levée au 1er novembre, après l'adoption d'une loi antiterroriste introduisant plusieurs de ses mesures dans le droit commun. In http://www.lemonde.fr/politique/article/2017/07/06/les-deputes-examinent-la-prorogation-de-l-etat-d-urgence_5156770_823448.html, acesso em 29/08/2017. Ver também o excelente texto de CAZIER, Jean-Philippe. Subjectivités en états d'urgence? In Chimères 2016/1 (N° 88), p.7-9; e de MATHIEU, Bertrand. État d'urgence: une révision constitutionnelle pour quoi faire? In Le Figaro, 29 décembre 2015.

governo para controlar comportamentos e condutas sociais indesejáveis (*extrema ratio*).¹³

Decorre de tal premissa filosófica, política e pragmática significativos princípios informativos do Direito Penal no Ocidente, desde o que envolve a subsidiariedade, a reserva legal, irretroatividade, dentre outros. O Direito Penal de raiz mais moderna, o qual chamamos de clássico, teve sua constituição muito centrada no Iluminismo, adotando como foco de preocupação a tutela de direitos subjetivos, em especial por conta das arbitrariedades cometidas por governos entronados, demarcando desde então a necessidade de limitar-se o *ius puniendi* dos Estados, tendo nas figuras de Beccaria (2001), Montesquieu, Carrara e outros, grandes interlocutores.¹⁴

Assim, exsurge fácil a conclusão de que o Direito Penal em tal perspectiva (liberal) deva ser utilizado de forma equilibrada, e que a sanção penal e a privação de liberdade só sejam determinadas quando necessárias, ou seja, caso outros meios não sejam eficazes para dar resposta adequada à prevenção e responsabilização da lesão do bem jurídico tutelado ameaçado ou atingido.¹⁵

Não há como negar que a história do Direito Penal enquanto instrumento de punição por ilícitos praticados à disposição dos poderes instituídos contou com momentos de graves desvios de finalidade e abuso de poder, inclusive servindo, por vezes, como meio de vingança. Antes da Idade Moderna (e do Direito

Penal Liberal), como bem lembra Sbriccoli em seu já clássico estudo, em especial no século XIV, o Direito Penal operava como *extrema ratio*, servindo de instrumento de governos despóticos, nos quais alguns magistrados, sem independência alguma, perseguiram de ofício os que eram nominados de criminosos a juízo dos governantes, conduzindo procedimentos persecutórios mesmo em situações que envolvessem crimes que dependiam de representação, e os quais as vítimas dos delitos já tinham obtido as reparações devidas e não evidenciavam interesse algum no processo.¹⁶

Graças à difusão das ideias do jusnaturalismo – seguidas das Declarações de Direitos do Homem, do Estado Liberal, e da própria constituição do Estado de Direito – foi maturando-se a consciência da centralidade dos direitos dos indivíduos nos sistemas jurídicos ocidentais, o que em muito auxiliou a superação do papel deste no âmbito da relação entre governantes e governados. Ou seja, se até este momento histórico o centro neural da política era o Estado, o Governo e o exercício do poder político, a partir da Idade Moderna (com seus fundamentos jusnaturalísticos), aquele indivíduo ganha espaço de protagonista com universo significativo de direitos reconhecidos publicamente, dentre eles o da liberdade. Como diz Norberto Bobbio:

E' con la nascita dello stato di diritto che avviene il passaggio finale dal punto di vista del principe a quello dei cittadini. Nello stato dispotico i singoli individui hanno solo doveri e non diritti. Nello stato assoluto gli individui vantano nei riguardi del sovrano diritti privati. Nello stato di diritto l'individuo ha verso lo stato non solo diritti privati ma anche diritti pubblici. Lo stato di diritto è lo stato dei cittadini. (BOBBIO, 1990, p. 48).

Na velha Europa este movimento do qual fala Bobbio ganhou corpo substancial, e o Direito Penal foi assumindo, progressivamente, o pensamento do século XVII, o primado da legalidade estrita enquanto decorrência da *mens legens legi-*

13 Este debate tem tomado parte da agenda de penalistas e processualistas ocidentais nos últimos anos, razão pela qual vale a pena a leitura do texto de Schünemann (2013). Diz a apresentação de Luiz Greco: "O direito penal se ocupa das violações do contrato social que fundamenta a vida em comum, e não do âmbito da moral privada. E como as partes do contrato social apenas abdicam da parcela de liberdade mínima necessária para assegurar essa vida em comum, o direito penal tem de atender ao princípio da ultima ratio, de que cuida especialmente o segundo trabalho («O direito penal é a ultima ratio da proteção de bens jurídicos»). É verdade que isso não significa, ao contrário do que ainda propõe a concepção dominante, que o direito penal seja sempre, automaticamente, o mais gravoso dos ramos do direito e que seja legítimo apenas se subsidiário, uma vez que o direito administrativo sancionador, em muitos casos, restringe a liberdade dos cidadãos de modo muito mais intenso. Schünemann tenta demonstrar a necessidade de levar em conta uma série de fatores, que vão desde o caráter do bem protegido até a possibilidade de a vítima proteger-se a si mesma (vitímo-dogmática – à qual logo abaixo retornaremos), e de abandonar o uso de meros slogans difamatórios". (p. 11).

14 Cf. JESCHECK, 1993; NAVARRETE, 2000.

15 Cf. GOMES, 2005; DIAS, 2001.

16 Ver o excelente estudo de SBRICCOLI em especial quando aborda o tema "La benda della giustizia. Iconografia, diritto e leggi penali dal medioevo all'età moderna". Lembra o autor que neste período histórico o que se via mais era uma justiça penal negociada, a qual visava reparações em face dos danos decorrentes da ação criminosa, e não tanto a justiça penal punitiva que temos. (2009, p. 54).

timamente instituída pelo sufrágio e soberania popular, a que deve obediência tanto a Comunidade como o Estado e Governo, agora, este, desconectado da propriedade dos grupos sociais mais ricos e poderosos.

Neste período do Setecentos encontramos, por outro lado, registros do aumento da criminalização normativa por parte do Estado no qual o Direito Penal, monopolizado pelos agentes políticos da ocasião, buscava educar e disciplinar os súditos com a ameaça da sanção, operando com a lógica do medo. Aqui os criminosos confundem-se com o pecador, não raramente identificados, em algumas situações de fundamentalismos religiosos, como feiticeiros e bruxas (bastava contrariar as ordens de submissão da Igreja, senhores feudais e monarcas). Nesta condição são queimados vivos; as penas se exacerbaram, e quantidades enormes de dispositivos legais vão surgindo para o fim da repressão de condutas e comportamentos não desejados pelos segmentos hegemônicos de poder existentes.¹⁷

Claro que o Mercado esteve sempre presente nestes cenários, basta ver que muitos ilícitos no mesmo período histórico, nos Estados Unidos da América, diziam respeito à tentativa de controlar determinados nichos econômicos, como nos informa Lawrence Friedman sobre as proibições de pesca e venda de ostras em Nova York em determinado período do ano, a saber, “from and after the first day of May, until the first day of September annually to gather, rake, take up, or bring to the market, any oysters whatsoever, under the penalty of twenty shillings for every offence” (FRIEDMAN, 2001, p. 75).

De qualquer sorte podemos afirmar que um dos grandes fundamentos do princípio de última *ratio* do Direito Penal, em suas bases mais liberais, até como expressão da luta contra o *Ancien Régime*, está presente no conhecido *Plan de Législation Criminelle* de Jean Paul Marat¹⁸, de 1780, no qual, sustentando

elementos fundamentais de boa legislação, afirma que não basta que as leis sejam justas, claras e precisas (notadamente as penais), mas que é necessário tomar em conta também os meios melhores para que sejam observadas, e aqui a ideia da proporcionalidade impõe a punição de condutas que efetivamente ameaçam destruir a Sociedade, e não simplesmente as que provoquem distúrbios nela.

Na própria Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, a necessidade na equação delitos x penas estava presente, em especial em seu art.8º, ao dizer que: “La Loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu’en vertu d’une Loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée” (RÉPUBLIQUE FRANÇAISE, 1789).¹⁹

Em mesma linha de raciocínio andou outro importante autor da Modernidade – em especial por suas feições liberais. Bentham, ao imprimir marcas utilitaristas ao Direito Penal, reduzindo o sentido de última *ratio* ao aspecto de que a pena, enquanto meio de compensação negativa do comportamento delituoso, encontra exclusiva legitimação na sua utilidade e na sua economicidade, razão pela qual esta não deve ser infinita quando se afigura ineficaz, supérflua ou muito custosa (2006, p. 49).

Queremos sustentar com isto que, mesmo observados os parâmetros do Direito Penal liberal, as reivindicações de razoabilidade e ponderação de interesses públicos indisponíveis na definição dos bens jurídicos penais a serem protegidos estão presentes, de forma direta ou indireta. Certamente, na dicção de Bentham e outros liberais, a utilidade e economicidade da pena tem como parâmetro de eficiência e legitimidade os interesses privados mais do que os públicos, mas isto não se confunde com

17 Cf. ASCHERI, 2008. Lembra o autor que o sistema penal já serviu para identificar pecado e crime, operando como uma “sorta di ‘braccio armato di dio’, veniva considerato come mezzo (oltre che per creare una società armoniosa dai valori condivisi) per realizzare il disegno divino in terra” (p. 29), o que evidencia sua função de controle social associado aos interesses religiosos hegemônicos.

18 Diz o autor: “Il ne suffit pas que les lois soient justes, claires, précises; il faut encore choisir les meilleurs moyens de les faire observer. Lembra ainda que: Dans les gouvernements modernes, il

semble que le législateur n’ait voulu que réprimer ces crimes qui détruisent la société. Autrefois, si d’une main la justice tenait un glaive; de l’autre, elle tenait des couronnes. Aujourd’hui armée d’un glaive seulement, la justice ne fait que menacer; elle arrête la main et abandonne le cœur” (MARAT, 1780).

19 Vale lembrar também as disposições do art. 5º, da mesma Declaração, que põe limites à potestade normativa penal do Estado, lançando as bases para o reconhecimento da presunção de liberdade, ao dizer que a lei pode proibir somente as ações nocivas à sociedade. Cf. CARETTI; BARBIERI, 2017.

interesses exclusivamente individuais – haja vista, por exemplo, o direito penal protetivo da propriedade e do mercado.

Von Litz, a despeito de oxigenar mais sua reflexão principalmente sobre a pena, sustenta que “la pena è una spada a doppio taglio: tutela di beni giuridici attraverso la lesione di beni giuridici” (1999, p. 219). Ou seja, o Direito Penal é um meio lesivo dos bens do delinquente, tendo por escopo a tutela dos bens da comunidade e das vítimas e, sob esta perspectiva, exige-se a adequação dos meios aos fins, assim como a máxima economia na sua utilização, em especial no âmbito do ideal iluminístico de que “il diritto penale è il potere punitivo dello Stato delimitato giuridicamente. Delimitato giuridicamente nei presupposti e nei contenuti: delimitato giuridicamente nell’interesse della libertà individuale” (VON LIZT, 1999, p. 222).²⁰

O princípio de última *ratio* do direito penal historicamente aponta para estas direções, fundado na adequada premissa de que a pena é sempre a arma mais forte à disposição do sistema normativo e do Estado e aquela que mais danos provoca em face dos Direitos Fundamentais das pessoas atingidas por ela (físicas e jurídicas), evidenciando medida extrema de controle social. Por tais razões tem-se dito que o legislador penal somente pode dispor sobre penas segregatórias ou invasivas da pessoa para aqueles comportamentos cujas punições afigurem-se extremamente necessárias e para os fins de não permitir a ameaça ou a lesão a interesses fundamentais individuais ou sociais.²¹

Aliás, desde antes da formatação do Estado Liberal, mesmo nos sistemas ainda autoritários de governos, a norma jurídica vem sido concebida como baluarte contra o arbítrio de tiranos; ou seja, ela não somente é vista como instrumento de autoridade pública, mas, sobretudo, como limite a esta autoridade. Do mesmo modo, Beccaria comenta que “Ogni atto di autorità di uomo a uomo che non derivi dall’assoluta necessità è tirannico” (2007, p. 38). Esta necessidade vem posta justamente

²⁰ Ver também o texto de Schioppa, no qual o autor comenta que “l’Età moderna può essere ritenuta per molti Stati (non tutti) un periodo anche più oppressivo del Medioevo, età in cui si avevano apparati pubblici molto più esili e quindi anche meno efficienti e repressivi” (2016, p. 58). Cf. DÍAZ, 2009.

²¹ Cf. MOCCIA, 1992; BRICOLA, 1965.

pelo processo legislativo – que pode, todavia, nem sempre ser democrático.

Decorre daqui também o processo de maturação da importância do valor da liberdade individual em face do Direito Penal, imprimindo-lhe a ideia de constituir-se, por todas estas razões, em direito subsidiário, o que ratifica igualmente Beccaria ao sustentar que “Perché ogni pena non sia una violenza di uno o di molti contro un privato cittadino, dev’essere essenzialmente pubblica, pronta, necessaria, la minima delle possibili nelle date circostanze, proporzionata a delitti, dettata dalle leggi” (2007, p. 41).

Está correto Pulitanò ao lembrar que o Iluminismo fez com que certa racionalidade instrumental fosse impressa como condição de possibilidade da pena, não somente como técnica de formação, mas também como princípio informativo de sua existência, impregnada, pois, do pensamento axiológico, ético e político utilitarista.²² Isto estava tão presente naqueles tempos de consolidação do liberalismo que Bentham (2000) postulava que a criminalização de condutas não deveria ser admitida quando: (i) se afigurava infundada em face daqueles princípios utilitaristas; e (ii) fosse ineficaz sob o ponto de vista do seu resultado individual e social (o que pressupunha valorações e sopesamentos muito bem fundados da necessidade, adequação e proporcionalidade da medida em face a seus custos e rentabilidade).

É curioso como no processo de independência dos Estados Norte-Americanos o mesmo se passou em termos de manipulação do Direito Penal para fins de abuso do poder político (1776). Friedman (2001, p. 170) registrou que a Inglaterra sempre procurou manter as rédeas do poder sobre as então colônias americanas, inclusive utilizando-se do sistema e normas penais para tanto, pois, por intermédio destes, os ingleses exerciam o controle dos comportamentos sociais até o limite de ameaçar a liberdade individual dos norte-americanos.²³ Em face

²² Cf. PULITANÒ, 2015; PULITANÒ, 2010.

²³ Isto é bem demonstrado pelos tipos de condutas tidas como criminosas, alcançando até a liberdade sexual das pessoas, pois, como informa Friedman, se antes da Revolução Norte-americana de 1776

disto, Friedman comenta que “the Revolutionary leaders, quite naturally, identified oppression with abuse of criminal law, and identified the rights of man with basic rights to fair criminal trial” (2001, p. 280).

Estes elementos provocam, tantos nos EUA como na Europa, movimentos defensores da urgência de um Direito Penal mais justo, iluminado no sentido de estar provido de penas menos cruéis e proporcionais aos fatos cometidos. Neste sentido, o art.38, da Constituição da Pennsylvania, de 1776, previa a obrigação para o futuro legislador de reformar as leis penais em tal direção. Do mesmo modo, a Constituição de New Hampshire, de 1784, estabeleceu que as leis penais sanguinárias são ao mesmo tempo injustas e antipolíticas, motivo pelo qual deveriam ser evitadas e extraídas dos ordenamentos jurídicos do país.²⁴

Tais ambientes propiciam, a passos largos, várias reformas em legislações penais de países com Estados e Governos Liberais em franco processo de industrialização. Deve-se registrar que na Europa as ideias liberais nos campos político, filosófico e jurídico encontraram recepção na França revolucionária do final do século XVIII, porque o Estado que encontra sua legitimação agora no povo, reconhece e garante os direitos dos indivíduos – em especial nas declarações de direitos e nas primeiras codificações do início do século XIX.

Durante a reflexão dos anos 1800, o tema da subsidiariedade penal ganha fôlego, justamente porque o Direito Penal passa a ser visto como ferramenta que lida com problemas de natureza social graves, fazendo com que se exprima de maneira mais ampliada o conflito entre a exigência da ordem e seguran-

dois terços dos procedimentos penais eram intentados contra comportamentos morais/sexuais (como exemplo cita que entre 1760 e 1774, dos 370 procedimentos penais analisados, 210 diziam respeito a atos de fornicação), em seguida iniciou-se a disseminação da ideia de que os criminosos deveriam ser perseguidos para que a paz e a segurança da Sociedade fosse assegurada. Em 1810, mais de 50% dos procedimentos penais estavam relacionados a casos de furto.

24 É interessante o registro de que neste período o Estado norte-americano começa a formatar distinções entre fatispécies de homicídio de diferentes níveis, como ocorre na Virgínia, Ohio, New York e Missouri. Instaura-se também o debate sobre a abolição da pena de morte. Por outro lado, e paradoxalmente, na sequência, ocorrem processos inflacionários de normas penais para regulamentar condutas indesejadas pelos Governos que se sucedem, notadamente, os mais conservadores sob o ponto de vista religioso e também financeiro. Tais normas, por óbvio, criminalizavam danos à propriedade privada e domicílio, entre outros. Cf. FRIEDMAN, 2001.

ça sociais e da liberdade.²⁵ Por tais razões Romagnosi abre seu clássico *Gênese do Direito Penal* alertando para o fato de que

Sè cosa importante, anzi un diritto de’popoli, che la Legislazione non oltrepassi gl’immutabili confini della giusta moderazione nel decretare le pene, egli deve altresì essere cura della società tutta, che i suoi individui sieno persuasi della loro giustizia. Quanto è desiderabile all’ordine sociale quell’ accordo, in cui il reo, nell’atto di subire la pena, dice a sè stesso: lo me la sono meritata! E lo spettatore pronuncia ch’ella è giusta! Questa voce, sollevata dal sentimento indelebile di approvazione pel giusto e pel vero, pròrio dell’Essere intelligente e morale, è l’oracolo della stessa natura. (ROMAGNOSI, 1836, p. 5).

Partindo da premissa de que as penas são necessárias para prevenir os delitos, afirma-se essencialmente que elas configuram meios eficazes para conter as causas que as fazem surgir. O Direito Penal, como *extrema ratio* e pelos fundamentos até agora vistos, foi cristalizando-se ao longo do tempo como elemento essencial à garantia da estabilidade, segurança e previsibilidade das relações sociais e, com isto, foi incorporando as razões do Estado para a gestão de seus interesses cotidianos – o que mostrou-se muito perigoso, até hoje.

Deste modo, temos que lembrar das lições liberais de Francesco Carrara no sentido de que a ciência criminal deve ocupar-se com a demarcação dos limites a partir dos quais o Estado pode tutelar direitos e garantias individuais e sociais, espoliando, eventualmente, direitos daqueles que violaram criminalmente os interesses legítimos e legais de terceiros (CARRARA, 1993). Isto se dá porque há outras maneiras deste Estado proteger Direitos que não pela via da sanção penal. Emerge daqui a crença de Carrara do Direito Penal, a qual está fundada também no princípio da subsidiariedade.²⁶

25 Cf. PALIERO, 1985.

26 Veja-se que, a despeito desta posição de pensadores liberais como Carrara, nos Estados Unidos da América, ao menos até o início do século XX, o governo federal dava pouca atenção ao enfrentamento da criminalidade em termos de regulação normativa e políticas de prevenção e responsabilidade, basta vermos que a primeira prisão federal só foi construída em 1891, sendo que em 1905 há registro de tão somente cerca de 18.000 casos penais na jurisdição de todo o país. Até 1915 havia o registro de aproximadamente 3.000 detentos por crimes praticados. Cf. DUBBER, 2006; DOYLE, 2010.

Seguro que Estados Autoritários – ao menos alguns, como na experiência do fascismo italiano²⁷ e do nazismo alemão, e mesmo em muitos regimes militares na América Latina das décadas 1960/1980 – abusam do Direito Penal para os fins do controle social pela via da intimidação, medo e terror, além é claro de golpear com isto a resistência civil e política da Sociedade.²⁸ Mesmo Sociedades e Estados não autoritários utilizaram, recentemente, o Direito Penal como ferramenta de controle comportamental não belicoso (moral e sexual), basta vermos a reflexão de Claus Roxin sobre o tema na experiência alemã:

E também eu já escrevi que os resultados que se deduzem da ideia de bem jurídico “na maior parte dos casos (...) são postulados político-criminais constitucionalmente fundados, que o legislador deve levar em conta, mas que não o vinculam.”...

A situação é, contudo, diversa se, num determinado dispositivo, é de todo impossível encontrar uma finalidade protetiva capaz de sobreviver a uma avaliação racional. E este é justamente o caso nos tipos já mencionados, com os quais o Tribunal Constitucional alemão – não por acaso – teve de ocupar-se em detalhe: a homossexualidade entre adultos, a posse de drogas para consumo próprio e o incesto entre irmãos. O naufrágio de todas as tentativas de fundamentação, comprovado pelos vários comentadores das decisões, demonstra que aqui há verdadeira inconstitucionalidade.

Em favor desta conclusão há ainda um segundo argumento. A proibição de uma penalização nesses casos pode ser fundamentada não apenas “consequencialisticamente”, isto é, ela decorre não apenas de circunstâncias de que os comportamentos incriminados não apresentem consequências lesivas para bens jurídicos de terceiros. Nestes três casos a não punibilidade está também fundada em razões “deontológicas”, isto é, em razões “absolutas”, independente da questão das consequências, a saber: que uma punição nesses casos significaria uma intervenção do legislador no

“espaço nuclear da esfera privada”, que está em todos os casos fora do alcance do Estado. (ROXIN, 2014, p. 51).

O mesmo ocorre na experiência norte-americana na década de 1960, conforme lição de Kadish, ao lembrar que o Direito Penal, nas chamadas situações de *overcriminalization*, pode assumir papel injustificado e perigoso, em especial “(1) to declare or enforce public standards of private morality, (2) as a means of providing social services in default of other public agency, and (3) as a disingenuous means of permitting police to do indirectly what the law forbids them do to directly” (KADISH, 1968, p. 22).²⁹ Argumento similar é o de Packer, ao sustentar que o Direito Penal deveria ser o último recurso para controlar os comportamentos sociais indesejados socialmente (*last resort principle*):

There is the question of alternatives: what other means of social control are available to achieve the same ends? The question of alternatives is particularly crucial. If there are readily available alternatives that avoid or minimize the formidable battery of objections and obstacles we have been considering, they must be carefully weighed. If there are not, we must face, rather than reject out of hand, the alternative of doing nothing. [...] the kinds of limiting criteria that our hypothetically rational or prudent lawmaker ought to take into account in determining what kinds of conduct should (or should not) be made criminal. (PACKER, 1968, p. 250).³⁰

Outro importante trabalho do mesmo período nos EUA é o de Morris e Hawkins, ao insistirem sobre a natureza subsidiária do Direito Penal no contexto norte-americano da década de 1960:

29 Cf. KADISH, 1987; BEALE, 2005.

30 Alerta ainda o autor que “In a sense, all limiting criteria reduce themselves to a simple prescription: first thing first. The criminal sanction is the law’s ultimate threat. [...] The sanction is at once uniquely coercive and, in the broadest sense, uniquely expensive. It should be reserved for what really matters. The prudent legislator, faced with the question of whether to make a certain kind of conduct criminal or (as it more frequently presents itself today) the question of whether to continue applying the criminal sanction to a certain kind of conduct, will ask himself what other means of control are available” (PACKER, 1968, p. 250).

27 Como nos diz STORTI (2016), “Il fascismo – ‘falsificatore della legalità’ – ha fatto del diritto penale, innanzitutto, uno strumento a tutela di se stesso – ha ‘adulterato la legalità’ “[lasciando] in vigore in apparenza nel código penale il principio nulla poena sine lege, ma coll’istituzione del tribunale speciale e delle commissioni per il confino si dà al governo e alla polizia mano libera per perseguir l’innocenza, e per trasformarla volta per volta, secondo le istruzioni che scendono dall’alto, in delitto capitale”. Cf. CALAMANDREI, 1968.

28 Cf. URIBE, 2002; HUERTAS, 1985.

The first principle of our cure for crime is this: we must strip off the moralistic excrescences on our criminal justice system so that it may concentrate on the essential. The prime function of the criminal law is to protect our persons and our property; these purposes are now engulfed in a mass of other distracting inefficiently performed, legislative duties. When the criminal law invades the spheres of private morality and social welfare, it exceeds its proper limits at the cost of neglecting its primary tasks. This unwarranted extension is expensive, ineffective, and criminogenic. We think it is improper, impolitic, and usually socially harmful for the law to intervene or attempt to regulate the private moral conduct of the citizen. In this country we have a highly moralistic criminal law and a long tradition of using it as an instrument for that purpose. It is also an unduly costly one, both in terms of harm done and in terms of the neglect of the proper tasks of law enforcement. Most of our legislation [...] is wholly misguided. It is based on an exaggerated conception of the capacity of the criminal law to influence men. (MORRIS; HAWKINS, 1970, p. 5).³¹

Ou seja, tendo como premissa informativa do lugar que deve ocupar o Direito Penal em Sociedades e Estados Democráticos contemporâneos, sem sombra de dúvidas, a lógica meridiana da *ultima ratio* é correta, pois é oposta aos históricos abusos cometidos pelo uso arbitrário deste campo jurídico sob o argumento de racionalidade estratégica da *extrema ratio*, em especial ocorridos até quase o início da década de 1990.³²

O que pretendemos problematizar, a partir de agora, é se, em pleno século XXI, em face dos níveis de complexidade e sofisticação que informam determinados comportamentos criminais de pessoas físicas e jurídicas, gerando campos de profunda insegurança social, as atribuições de sentidos dadas àquela *ultima ratio* ainda podem persistir intocáveis, ou se podemos

31 Os autores aqui estão se referindo a comportamentos sociais envolvendo “drunkenness, narcotics and drug abuse, gambling, disorderly conduct and vagrancy, abortion, sexual behavior, juvenile delinquency”. Cf. HUSAK, 2005.

32 Já tivemos oportunidade de sustentar que se afigura adequado associar à ideia de última ratio do Direito Penal com o princípio filosófico e jurídico da proporcionalidade, aqui entendido em estreitos termos como a relação de adequação ponderada entre a ação típica e a reação punitiva, ou seja, a reação estatal de punição de condutas criminosas só será legítima se proporcional à conduta ofensiva ao bem jurídico protegido. Cf. LEAL, 2017.

pensar em novos arejamentos semânticos e pragmáticos. É o que passamos a fazer.

3. Possibilidades de sentidos à *ultima ratio* para o Direito Penal na Sociedade de Riscos: algumas conclusões

É possível concluirmos, em face dos elementos até agora apresentados, que os sistemas jurídicos atuais têm tido dificuldades para dar conta das complexidades sociais. Isto, sem sombra de dúvidas, aplica-se – e não poderia ser diferente – também ao Direito Penal. Importa ressaltar que o respeito ao princípio histórico de ser o Direito Penal a *ultima ratio* e em virtude de sua conexa redução de intervenção nos conflitos sociais, tem resultado no efeito reflexo de aplicação, no plano legislativo e jurisprudencial, de outros princípios fundamentais para além da legalidade, a saber, o da ofensividade e o da culpabilidade, concretizando o que Pagliaro chama de princípio de *ultima ratio* em ação (2010, p. 78).

Há parâmetros igualmente normativos e jurisprudenciais que densificam materialmente a função do Direito Penal como *ultima ratio*, pode-se apontar o merecimento e a necessidade (constitucional e infraconstitucional) de penalizar determinados agentes que cometem ilícitos, entre outros. Isto se dá porque o merecimento e a necessidade da pena descrevem seus estados sucessivos de finalidade. O primeiro exprime a escolha legítima e democrática político-criminal da função retributiva do Direito Penal (por meio do processo legislativo constitucional e infraconstitucional vinculado), operando a pena aqui com função estigmatizante de reafirmação dos valores tutelados pelo sistema jurídico de cada país³³. A segunda, para além da perspectiva retributivista, tem a função de prevenção geral e especial da

33 Veja-se que este sistema jurídico penal, de modo geral, está fundado, também, na premissa da necessidade de controlar comportamentos que poderiam, por sua violação de deveres de cuidado, criar externalidades não desejadas pela ordem (econômica, política, ideológica, religiosa) vigente, o que resgata a ideia moderna da função da norma jurídica anteriormente referida.

pena, pois não basta que determinado bem possua estatura tal de ser merecedor deste tipo de proteção, mas afigura-se necessário também perquirir quais as razões de justificação e fundamentação para recorrer-se à pena para os fins de salvaguarda – preventiva e curativa – deste bem, e em que medida ela deve operar como tal (DOLCINI; MARINNUCCI, 2009, p. 59).

É certo que o Direito Penal contemporâneo, em especial a Criminologia, tem insistido na valoração de outros instrumentos de controle social e jurídicos (políticas públicas, participação social, responsabilidade civil ou administrativa). Os meios tradicionais não são mais (ou igualmente) idôneos para alcançar os escopos de prevenção e responsabilização pelo cometimento de violações de bens jurídicos tutelados pelo sistema jurídico³⁴. Igualmente, não se pode negar que a atual Sociedade de Riscos, com os seus excessivos processos de privatização de interesses e desregulamentação estatal, vem fragilizando muito as relações interpessoais e interinstitucionais, ampliando cenários de insegurança e instabilidade da ordem pública, o que, por sua vez, gera reações nominadas de defesa de duvidosa licitude (como, por exemplo, o uso de milícias privadas e armadas para garantir segurança a determinados segmentos sociais que podem pagar por este serviço³⁵).

Os riscos dos quais estamos falando afetam não somente, ou fundamentalmente, bens de natureza individual (propriedade, incolumidade física, igualdade, liberdade), mas outros de matiz coletiva ou difusa (meio ambiente, consumidor, interesses públicos indisponíveis). Estes, 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 eficiência satisfatórios. Para tanto, faz-se necessário ampliar a presença do Estado Punitivo e das normativas de Direito Penal? Outros sistemas normativos e de proteção pública, que não o Penal, poderiam dar conta deste mister?

34 A Criminologia tem tratado muito destes temas, e de forma bastante consistente. Cf. KILLIAS, 2006; NELKEN, 2009; MOLINA, 2012; CUSSON, 2010.

35 Cf. ALVES, 2003; CUNHA, 2007.

Temos que o Direito Penal pode contribuir bastante a determinados bens jurídicos protegidos pela ordem constitucional contemporânea, 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 na violação destes bens.³⁶ Estamos dizendo que não se sustenta, hoje, um Direito Penal exclusivamente subsidiário de bens jurídicos individuais, mas um Direito Penal funcionalizado como sistema de controle de riscos a bens jurídicos elevados à proteção constitucional e penal e, em um Estado de Prestações como o que vivemos, resta incluída a prestação da segurança pública, aqui entendida como aquela que compreende as condições necessárias e estabelecidas para o livre desenvolvimento do indivíduo na Sociedade.³⁷

E como se caracterizaria então este Direito Penal de *ultima ratio* na Sociedade de Riscos voltado à maximizar racional e ponderadamente a segurança pública? Por algumas notas especiais, que em hipótese alguma se constituírem como exaustivas: (a) dar-se-ia a intervenção do Direito Penal em âmbitos diferentes dos quais têm sido seus espaços tradicionais, ampliando-se o número de comportamentos penalmente relevantes; (b) tratar-se-ia de um Direito Penal que oferece tutela a um grande número de bens jurídicos de natureza supra individual ou coletiva; (c) predominar-se-ia, neste novo Direito Penal, os tipos de perigo e os delitos de perigo abstrato³⁸; (d) antecipar-se-ia o momento da intervenção penal, aumentando-se a repressão penal de determinados atos preparatórios, haja vista o potencial de danos irrecuperáveis que poderiam haver; (e) haver-se-iam modificações no sistema de imputação da responsabilidade, ampliando-se as situações de imputação objetiva e a responsa-

36 Aprofundamos tal hipótese no livro de LEAL (2017).

37 Cf. CURBET, 2011.

38 O esclarecimento destas questões por Bidasolo é importante “La situación de peligro ex ante opera como límite a la actuación incriminadora del legislador: la legitimidad del castigo de conductas peligrosas está vinculada al respeto a dichos límites axiológicos. Sólo en la medida en que se incriminen conductas con suficiente peligrosidad normativa, en abstracto, se respetarán los postulados del Estado de Derecho, en particular, el principio de intervención mínima y ultima ratio del Derecho Penal” (BIDASOLO, 2011, p. 104).

bilidade penal da pessoa jurídica; e (f) haver-se-iam mudanças pontuais no âmbito das garantias processuais para determinados delitos de maior complexidade e gravidade, atingindo, de certa forma, alguns institutos clássicos do Direito Penal, como o da legalidade estrita, do devido processo legal, do contraditório, entre outros – por óbvio que sem menoscabo deles (RIPOLLÉS, 2010).³⁹

Como diz Sanchez⁴⁰ (2004, p. 185), apresenta relevo a opção jurídico-política pelo Direito Penal no enfrentamento destes cenários de hipercomplexidade globalizada e mesmo de instabilidade e insegurança social quando atinge bens jurídicos protegidos pela norma penal, e não apenas em face da dureza fática da sanção, a saber: 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 e visando à contenção, apuração e responsabilidade do ato criminoso, justamente para garantir, a níveis aceitáveis, a segurança de todos.⁴¹

39 Outro texto importante é o de BUERGO, 2001, quem afirma que “la política criminal en el derecho penal del riesgo prima facie se caracteriza por un acentuado adelantamiento de la protección penal, así como la configuración de bienes jurídicos universales (de vago contenido)”. (2001, p. 44). Gracia Martín já amplia este âmbito para os seguintes: “a) El denominado Derecho penal del riesgo, con el cual se trataría de dar una respuesta, preferentemente por medio de los tipos de peligro abstracto, a los grandes riesgos que crean ciertas actividades en la actual “sociedad del riesgo”, como las relativas a la tecnología atómica y nuclear, a la informática, a la genética, o a la fabricación y comercialización de productos; b) el Derecho penal económico y del ambiente, que agrupa un conjunto de tipos penales orientados a proteger el ambiente y otros “nuevos” bienes jurídicos de la Economía que, generalmente, remiten a substratos de carácter colectivo; c) el Derecho penal de la empresa, en el cual se trata sobre todo de las cuestiones de imputación que plantea el hecho delictivo cometido a partir de una organización empresarial, y por esto con arreglo a los principios de división del trabajo y de jerarquía; d) el Derecho penal de la Unión Europea para la protección de los bienes jurídicos “europeos” diferenciados de los nacionales; e) el Derecho penal de la globalización para la protección de bienes jurídicos en el actual mercado global autorregulado y no controlado por los Estados nacionales; y f) el tan controvertido —y por Jakobs denominado en 1985— Derecho penal del enemigo” (MARTÍN, s/d). Cf. GRACIA, 2002.

40 Cf. DIAS, 2001.

41 Como é o caso, no processo penal brasileiro, a possibilidade de serem adotadas algumas medidas assecuratórias à persecução penal, dentre as quais: (a) o sequestro de bens imóveis, bastando a existência de indícios veementes da proveniência ilícita dos bens, em qualquer fase do processo (arts.125, 126 e 127, do Código de Processo Penal - CPP); (b) o arresto de bens móveis suscetíveis de penhora, nos termos do art.137, do CPP; (c) a busca e apreensão para descobrir objetos necessários à prova da infração ou à defesa do réu (alínea e, do §1º, do art.240, do CPP), ou (d) o recolhimento de qualquer elemento de convicção para o processo (alínea h, do §1º, do art.240, do CPP), entre outros. Até no âmbito das contravenções penais (Decreto nº 3.688/1941) temos penas acessórias que atingem direitos de natureza diversa da liberdade importantes à vida civil,

Em face do Direito Administrativo⁴², o Direito Penal afigura-se com maior neutralidade, notadamente, diante do fenômeno político e de suas relações de Poder em regra contaminante para os resultados que envolvem responsabilidade jurídica, assim como apresentar-se-ia este como sendo mais imparcial à atuação da jurisdição penal, tornando mais difícil para o infrator o uso de expedientes de neutralização do juízo de desvalor das condutas levadas a cabo.

A partir destas reflexões poderíamos pensar melhor na proposta do autor espanhol – e de tantos outros na mesma linha –, para, a partir de aí, avançarmos para além dos limites tradicionais que a ciência moderna nos impingiu, de modo geral e no que toca ao Direito e ao Direito Penal (liberal), constituindo novas responsabilidades jurídicas e penais com vocação mais rápida e intervencionista em prol da segurança pública, seja para evitar os danos que os ilícitos provocam (alguns irreparáveis) na vida das pessoas e das instituições (vide os crimes de corrupção que fragilizam as instituições democráticas e representativas em todos os cantos), seja para ser eficiente na responsabilização de quem deve, tendo por foco não tanto penas segregatórias de indivíduos, mas pecuniárias e restritivas de direitos (principalmente às pessoas jurídicas), fortalecendo o que se poderia nominar, no caso, de um Direito Penal da Evitação e Reparação.

Por certo, e por fundamentos muito louváveis⁴³, há longa tradição do Direito Penal, em especial no Brasil, que se opõem a esta perspectiva. No entanto, há muito o que ser discutido ainda, e o certo é que a ciência jurídica está perdendo campo, em certa medida, à criatividade e imaginação dos criminosos e violadores da ordem estabelecida, deixando a segurança pública com proteções cada vez mais deficientes, o que instabiliza

basta ver as disposições do art. 12, referido como tal: (i) a publicação da sentença; e (ii) interdições de direitos: a incapacidade temporária para profissão ou atividade cujo exercício dependa de habilitação especial, licença ou autorização do poder público; a suspensão dos direitos políticos.

42 Temos presente, todavia, que nesta Sociedade de Riscos os limites entre o Direito Administrativo e o Direito Penal tornam-se mais tênues, haja vista a existência de normas penais em branco que demandam complementação de outros instrumentos jurídicos válidos (Decretos, Portarias, Regulamentos).

43 Cf. BATISTA, 2005; BITENCOURT, 2010; D’AVILA, 2007; PRADO, 2005; ROXIN, 1997; SANTOS, 2008; TAVARES, 2007; ZAFFARONI, 2008.

as expectativas e comportamentos sociais e gera intranquilidades desestruturantes das relações intersubjetivas e mesmo institucionais.

4. Referências

- ALVES, J. C. S. **Dos Barões ao Extermínio: Uma História da violência na Baixada Fluminense**. Duque de Caxias: APPH-CLIO, 2003.
- ASCHERI, M. **Introduzione storica al diritto moderno e contemporaneo**. Torino: Giappichelli, 2008.
- BARATTA, A. Diritto alla sicurezza o sicurezza dei diritti? In: ANASTASIA, S.; PALMA, M. **La bilancia e la misura**. Giustizia, sicurezza, riforme. Roma: Franco Angeli, 2001.
- BATISTA, N. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2005.
- BAUDRILLARD, J. **Lo spirito del terrorismo**. Milano: Raffaello Cortina, 2002.
- BAUMAN, Z. **La società dell'incertezza**. Roma: Il Mulino, 1999.
- BEALE, S. S. The many faces of overcriminalization: from morals and mattress tags to overfederalization. **American University Law Review**, v. 54, n. 3, p. 747-780, 2005. Disponível em: <<http://scholarship.law.duke.edu/>>. Acesso em: 18 jul. 2017.
- BECCARIA, C. **Dei delitti e delle pene**. Milano: Giuffrè, 2007.
- BECCARIA, C. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Atena, 2001.
- BENJAMIN, W. **Per la critica della violenza**. Roma: Alegre, 2010.
- BENTHAM, J. **An Introduction to the Principles of Morals and Legislation**. London: Batoche Books, 2000.
- _____. **Théorie des Peines et des Rècompenses** – Tome I. Paris: Elibron Classics, 2006.
- BIDASOLO, M. C. Legitimidad de la protección de bienes jurídico-penales supraindividuales. **Revista do CENIPEC**, Barcelona, v. 30, 2011.
- BITENCOURT, C. R. **Tratado de Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- BOBBIO, N. **L'età dei Diritti**. Torino: Einaudi, 1990.
- BONETTI, P. **Terrorismo, emergenza e costituzioni democratiche**. Bologna: Feltrinelli, 2006.
- BRICOLA, F. **La discrezionalità nel diritto penale**. v. 1. Roma: Giuffrè, 1965.
- BUERGO, B. M. **El Derecho Penal en la Sociedad del Riesgo**. Madrid: Civitas, 2001.
- CALAMANDREI, P. La certezza del diritto e le responsabilità della dottrina. In: LOPEZ DE OÑATE, F. **La certezza del diritto**. Milano: Giuffrè, 1968.
- CARETTI, P.; BARBIERI, G. T. **I Diritti Fondamentali. Libertà e Diritti Sociali**. Roma: Giappichelli Editore, 2017.
- CARRARA, F. **Programma del Corso di Diritto Criminale**. Del delitto e della pena. Bologna: Il Mulino, 1993.
- CAZIER, J. P. Subjectivités en états d'urgence? **Chimères**, n. 88, p.7-9, 2016.
- CUNHA, M. V. da. **Como se manter íntegro em um mundo corrompido?** São Paulo: Campinas, 2007.
- CURBET, J. **Un Mundo Inseguro: la seguridad en la sociedad del riesgo**. Barcelona: UOC, 2011.
- CUSSON, Maurice. **Criminologia**. Lisboa: Casa das Letras, 2010.
- D'AVILA, F. R. Meias reflexões sobre o estado atual do Direito penal brasileiro. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 15, n. 179, out. 2007.
- RÉPUBLIQUE FRANÇAISE. Déclaration Des Droits De L'homme Et Du Citoyen De 1789. Versalhes, 1789. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Constitution/Declaration->

des-Droits-de-l-Homme-et-du-Citoyen-de-1789>. Acesso em: 08 out. 2015.

DENNINGER, E. Stato di prevenzione e diritti dell'uomo. In AMIRANTE, C. (a cura di). **Diritti dell'uomo e legge fondamentale**. Torino: Giappichelli, 1998.

DÍAZ, G. L. **El nuevo Derecho Penal**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2009.

DOLCINI, E.; MARINNUCCI, G. **Manuale di diritto penale**. Parte generale. Milano: Giuffrè, 2009.

DOYLE, J. M. Learning from error in American Criminal Justice. **Journal of Criminal Law and Criminology**, v. 100, n. 1, Winter 2010.

DUBBER, M. D. Criminal Law in Comparative Context. **Journal of Legal Education**, v. 55, n. 3, set. 2006.

DIAS, J. de F. **Temas Fundamentais de Direito Penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

_____. O papel do direito penal na protecção das gerações futuras. **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, 2003. Disponível em: <<http://www.defensesociale.org/02/9.pdf>>. Acesso em: 04 set. 2017.

FRIEDMAN, L. M. **A History of American Law**. New York: Touchstone, 2001.

GIUPPONI, T. F. La sicurezza e le sue 'dimensioni' costituzionali. In: VIDA, S. (Ed.) **Diritti Umani. Trasformazioni e reazioni**. Bologna: Bononia University Press, 2008.

GOMES, L. F. **As grandes transformações do direito penal tradicional**. Série as ciências criminais no século XXI. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2005.

GRACIA, L. *¿Qué es la modernización del Derecho Penal?* In: RIPOLLÉS, J. L. D. (Coord.). **La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo** - Libro en Homenaje al Profesor Dr. D. José Cerezo Mir. Madrid: Tecnos, 2002.

HUERTAS, E. S. **Sistema penal y criminología crítica**. Bogotá: Temis, 1985.

HUSAK, D. Applying Ultima Ratio: A Skeptical Assessment. **Ohio State Journal Of Criminal Law**, v. 2, n. 535, 2005.

JESCHECK, H. H. **Tratado de Derecho Penal**. Parte General. Granada: Comares, 1993.

KADISH, S. H. **Blame and Punishment**. New York: Macmillan, 1987.

_____. The Crisis of Overcriminalization. **American Criminal Law**, n. 17, 1968. Disponível em: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2550&context=facpubs>>. Acesso em: 18 jul. 2017.

KILLIAS, M. The opening and closing of breaches: A theory on crime waves, law creation and crime prevention. **European Journal of Criminology**, v. 3, n. 1, p. 11-32, 2006.

LEAL, R. G. **Responsabilidade penal do patrimônio ilícito como ferramenta de enfrentamento da criminalidade**. Porto Alegre: FMP, 2017. Disponível em: <<http://www.fmp.edu.br/servicos/285/publicacoes/>>. Acesso em:

LE PARLEMENT adopte la sixième et dernière prorogation de l'état d'urgence. **Le Monde**, 6 jul. 2017. Disponível em: http://www.lemonde.fr/politique/article/2017/07/06/les-deputes-examinent-la-prorogation-de-l-etat-d-urgence_5156770_823448.html>. Acesso em: 29 jul. 2017.

LOCKE, J. **Second Treatise of Civil Government**. London: Public Domain Book, 2009.

MANES, V. **Il principio di offensività nel diritto penale**. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza. Torino: Giappichelli, 2005.

MARAT, J. P. Des principes fondamentaux d'une bonne législation. **Le Droit Criminel**, Neuchâtel, 1780. Disponível em: <https://ledroitcriminel.fr/la_sciences_criminelle/penalistes/la_loi_penale/generalites/marat_plan_legislation_criminelle.htm>. Acesso em: 08 out. 2015.

MARTÍN, L. G. El Derecho penal moderno del Estado social y democrático de Derecho. **Suprema Corte de Justicia de la Nación**, 20-. Disponível em: <<http://www.sitios.scjn.gob.mx/cursoderecho-penal/sites/>>. Acesso em: 13 jun. 2016.

MATHIEU, B. État d'urgence: une révision constitutionnelle pour quoi faire? **Le Figaro**, 29 dez. 2015. Disponível em: <<http://www.lefigaro.fr/vox/politique/2015/12/29/31001-20151229ARTFIG-00107-etat-d-urgence-une-revision-constitutionnelle-pour-quoi-faire.php>>. Acesso em:

MOCCIA, S. **Il Diritto Penale tra essere e valore**: funzione della pena e sistematica teleológica. Roma: Edizioni Scientifiche Italiane, 1992.

MOLINA, A. G. P. de; GOMES, L. F. **Criminologia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MONTESQUIEU, C. S. **De l'esprit des lois**. Paris: Éditions Gallimard, 1995.

MORRIS, N.; HAWKINS, G. J. **The Honest Politician's Guide to Crime Control**. Chicago: University of Chicago Press, 1970.

MOSCA, C. **La sicurezza come diritto di libertà**. Teoria generale delle politiche della sicurezza. Roma: Cedam, 2012.

NAVARRETE, M. P. **Derecho Penal**. Parte General - Teoría Jurídica del Delito. Barcelona: Bosch S.A., 2000.

NELKEN, D. Comparative criminal justice: Beyond ethnocentrism and relativism. **European Journal of Criminology**, v. 6, n. 4, p. 291–312, 2009.

NEOCLEOUS, M. **The fabrication of social order**. London: Pluto Press, 2000.

OLLOQUI, J. J. de (Coord.). **Problemas jurídicos e políticos del terrorismo**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2014.

PACKER, H. L. **The limits of the criminal sanction**. Stanford: Stanford University Press, 1968.

PAGLIARO, A. **Il Diritto Penale fra Norma e Società**. Milano: Giuffrè Editore, 2010.

PALIERO, C. E. **Minima non curat praetor**. Iperrofia del diritto penale, decriminalizzazione dei reati bagatellari. Padova: CEDAM, 1985.

PRADO, L. R. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PULITANÒ, D. La questione penale di fronte alla politica. **Libertà Eguale**: Associazione di Cultura Politica, 2014. Disponível em: <<http://www.libertaeguale.lombardia.it/le/wp-content/uploads/2014/06/LE-Pulitan%C3%B2.pdf>>. Acesso em: 04 jul. 2017.

PULITANÒ, D. La cultura giuridica e la fabbrica delle leggi. **Diritto Penale Contemporaneo**, 28 out. 2015. Disponível em: <http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1445954303PULITANO_2015d.pdf>. Acesso em: 04 jul. 2017.

_____. **Ragionevolezza e Direito Penal**. Milano: Editoriale Scientifica, 2010.

PUTNAM, R. **Comunidade e Democracia**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas Editora, 1996.

SOARES, L. E. Public security: present and future. **Estudos Avançados**, v. 21, n. 56, 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ea/v20n56/en_28629.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2017.

RIPOLLÉS, J. L. D. De la Sociedad del Riesgo a la Seguridad Ciudadana: un debate desenfocado. In: FRANCO, A. S.; NUCCI, G. de S. (Orgs.). **Doutrinas Essenciais de Direito Penal**, v. 2, p. 975-1021, 2010.

ROMAGNOSI, G. D. **Genese del Diritto Penale**. Milano: Biblioteca Vittorio Emanuele, 1836.

ROXIN, C. **Derecho Penal**: Parte General. Madrid: Civitas, 1997.

_____. **Novos Estudos de Direito Penal**. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

- SANTOS, J. C. dos. **Direito Penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- SBRICCOLI, M. **Storia del diritto penale e della giustizia**. Milano: Giuffrè, 2009.
- SCHIOPPA, A. P. **Storia del Diritto in Europa**. Dal Medioevo all'età contemporânea. Bologna: Il Mulino, 2016.
- SCHÜNEMANN, B. **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013.
- SÀNCHEZ, J. M. S. **L'espansione del diritto penale**. Aspetti della politica criminale nelle società industriali. Milano: Giuffrè, 2004.
- SOARES, L. E. Public security: present and future. **Estudos Avançados**, v. 21, n. 56, 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ea/v20n56/en_28629.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2017.
- STORTI, C. (a cura de). **Le legalità e le crisi della legalità**. Torino: Giappichelli Editore, 2016.
- TAVARES, J. **Teoria do injusto penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- URIBE, M. T. **El Miedo**. Reflexiones sobre su dimensión social y cultural. Medellín: Corporación Región, 2002.
- VON LIZT, F. **Trattato di Diritto Penale Tedesco**. Roma: Giuffrè, 1999.
- ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. **Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

REPENSANDO O “ÚLTIMO” DA FUNDAMENTAÇÃO ÚLTIMA: A ULTIMAÇÃO COMO PROCESSO REFLEXIVO GARANTIDOR DE BOAS RAZÕES NÃO-DEFINITIVAS PARA A HERMENÊUTICA FILOSÓFICA E PARA O DIREITO JURISPRUDENCIAL

Maurício Martins Reis¹

¹ Advogado e Professor da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP-RS). Especialista, Mestre e Doutor em Direito. Doutor em Filosofia.

1. Introdução

Este breve ensaio tem por finalidade apresentar sucintamente a postulação filosófica da fundamentação última nos termos formulados por Karl-Otto Apel, com o propósito de articular a pertinência desta premissa com a mobilização histórica razoavelmente justificada do direito positivo constitucional e do modelo vinculante de jurisprudência. O campo de pensamento do filósofo nesse assunto será explicitado a partir do artigo intitulado *Fundamentação última não-metafísica* (1993), traduzido do alemão para o português. A tônica do raciocínio empregado nas próximas linhas remeterá à consumação² transitiva – como filosofia – da hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer, um pensador bem mais citado pelo vocabulário jurídico acadêmico do que Apel.

Ao nosso ver, o atributo de transitividade consumativa, característica da universalidade hermenêutica, consiste em nota essencial de um programa de pensamento capaz de ser predicado como um paradigma – globalmente – filosófico. E para que a hermenêutica alcance êxito no programa de uma filosofia universal, torna-se indispensável reivindicar os traços de uma fundamentação última não-metafísica, a qual, apesar de apontar

para a necessidade de resoluções determinadas (consumação) na escala do milenar combate da sabedoria frente ao relativismo cético, sempre regressará (ou jamais esgotar-se-á) por conta de encarnar-se implacavelmente como um projeto histórico inacabado de novas e melhores razões (transitividade).

Evidencia-se, pois, a necessidade de pensarmos sobre a exigência de reivindicação de validade da hermenêutica filosófica de Gadamer a partir das observações provenientes da lupa apeliiana. É sabido existirem ressalvas evidentes na obra máxima de Gadamer, *"Verdade e Método"*, diante da pretensa transparência absoluta da metodologia científica em fornecer mecanismos ou critérios definitivos de regulação de sentido (o discernimento entre boas e más interpretações). Entretanto, a resistência abstrata na evidenciação crítica de parâmetros normativos de validez tornaria, ao nosso ver, a hermenêutica gadameriana, por assim dizer, atrofiada (entenda-se, um arranjo estético teórico alheio a desdobramentos éticos práticos), ou, quando muito, uma enunciação programática implausível em apontar caminhos alternativos legítimos com esteio na razão histórica. Por isso a importância do aporte assertivo de autores como Apel para demandar a validade normativa da interpretação sem incorrer no erro de peregrinar em busca do fundamento derradeiro absoluto, uma espécie de causa primeira irreduzível em supremacia.

Tudo isso somente se fez possível em virtude do contributo da literatura filosófica de Gadamer e, assim pensamos, de seu aspecto de humildade em vida, o qual o impediu de reconhecer a possibilidade de que a hermenêutica oferece critérios – historicamente consolidados e abertos – sem arrefecer da condição de faticidade e finitude. Portanto, vislumbra-se conquistar para a hermenêutica tal índice de regulação (não-formal enquanto historicamente condicionada) tendente à uma espécie de validade. Deste modo, soa incompreensível e errôneo alguém tomar a verdade como incompatível com a matriz histórica de significados ao não aperceber-se de que a palavra "correção" (ou "justeza", dependendo da tradução) e seus desdobramentos ("correta", "correto", etc.) aparecem quase uma centena de ve-

2 A palavra consumação, para se referir à hermenêutica filosófica, foi retirada de artigo da lavra de Ernildo Stein (2011). Esse atributo, nos termos aqui propostos, define bem a necessidade de a hermenêutica consumir um ponto de vista – argumentativamente sustentável e historicamente situado – frente a perspectivas diversas, como que numa aposta ou investida de uma posição correta na filosofia. Frise-se, contudo, a premissa, registrada por Gadamer como mola propulsora de seu pensamento, de inexistir um modelo ou método para o alcance do desiderato clássico em torno da verdade. É de se dizer que o desabono da verdade como o alcance de fundamentos definitivos – pressuposto trivial da hermenêutica filosófica – não impõe à hermenêutica refugiar-se na cátedra da mera contemplação do universo, de modo a se contentar com o estatuto da prévia compreensão incidente em todo o interpretar dos sujeitos. Assim se recai no relativismo de indiferença (ou no nihilismo de incapacidade crítica frente ao abismo entre sujeito e mundo, ou ainda no construtivismo multiforme de imersão no projeto do compreender frente a qualquer modo de acesso à realidade). É necessário que a hermenêutica esgrima argumentos em prol de uma posição – histórica e nunca encerrada – tida como a mais adequada em dado contexto de tempo e lugar. Nas criativas palavras de Umberto Eco acerca da intensa repercussão provocada pelos autores contemporâneos que preconizam o denominado "pensamento fraco", cuja filosofia descende do lema nietzschiano "fatos não há, apenas interpretações", "uma curiosa qualidade dos fatos é a de mostrar-se resistentes às interpretações que eles não legitimam" (2013, p. 548). E prossegue: "se os fatos são sempre conhecidos e comunicáveis por meio de interpretações, eles de algum modo se erigem como parâmetro de nossas interpretações" (ibid., p. 549).

zes em “Verdade e Método”. Isso não indicaria ao menos indícios de validação contextual para a legitimidade dos significados? Como Gadamer poderia recusar, utilizando-se reiteradamente desses termos, a existência de parâmetros interpretativos em meio à realidade múltipla e historicamente projetada do mundo vivido?

A quadratura do círculo como esforço permanente do raciocínio para o fito de acomodar a unidade na multiplicidade e a multiplicidade na unidade, saliente-se, não é uma exclusividade da filosofia. O Direito é igualmente recheado de tentativas de equilibrar a dinâmica pendular entre a indeterminação arbitrária e a certeza axiomática. O erro sistemático típico na produção acadêmica pautada no desforço do pensamento se apoia em defender pontos de vista demasiadamente intensos. Substituir fatos por interpretações é como inverter os termos de uma frase metafísica: a mera inversão remanesce na metafísica como a agrura do pensamento que procura alcançar o fundamento último e decisivo do mundo.

2. Filosofia no Direito

Retornamos, deste modo, ao ponto da fundamentação última reflexiva em Apel. O filósofo reivindica para a compreensão da fundamentação última um modelo de filosofia diferenciado dos cânones tradicionais da modernidade, incompatível, pois, com qualquer parâmetro filosófico de confinamento dogmático, denominado por ele de pensamento metafísico, para o qual o percurso da fundamentação remonta a um dos inescapáveis problemas de má circularidade ou petição de princípio acometidos a estruturas lineares de raciocínio. Ademais, Apel está ciente e convencido de que a ressalva do postulado contemporâneo denominado falibilismo, cuja tese aponta a característica da probabilidade – e não da certeza – como a responsável pela explicação de êxito de determinada teoria científica durante certo período de tempo em que esteve vigente, no qual sua plausibilidade radica como prioritária ante a inexistência de alguma outra

hipótese razoável capaz de ser testada ou enquanto não forem encontradas inconsistências frente ao respectivo conteúdo. O falibilismo, portanto, desacredita de um progresso científico a perspectivar a descoberta de uma ideal teoria capaz de consubstanciar a definitiva razão explicativa do objeto investigado, uma espécie de fundamentação última efetivadora de um ponto arquimédico final e incontrastável. Como, então, Apel remanesce nos tempos atuais com a ambição de argumentar o princípio filosófico da fundamentação última (p. 307)?

Pretende-se configurar a possibilidade de uma fundamentação filosófica última que não seja vítima dos vícios de um estilo tradicional de se pensar, amparado em uma lógica descritiva com premissas e consequências conectadas pela simples cópula da causalidade. Com isso vislumbra-se esclarecer a diferença presente em uma fundamentação que “não se subsume sob o conceito de fundamentação que é pressuposto na metafísica ontológica tradicional e na lógica da ciência” (APEL, 1993, p. 308). Na formulação desta fundamentação filosófica última, ademais, irromperá alguma característica ou traço peculiarmente filosófico a ponto de não ser infligido – em seu núcleo de ultimação reflexivo – pelas inegáveis transformações acalantadas pelo movimento dialético da crítica.

Esta característica já aparece com timidez quando percebe-se o aceno para a normatividade de uma transição entre uma teoria e outra, no sentido de que a falsificação de uma teoria carece de aceitabilidade, argumentos e fundamentação. Isto se dá porque o princípio impulsionador da crítica e do progresso é destituído de espontaneidade e, assim, resulta insuficientemente no que é considerado pelos prismas descritivo e explicativo enquanto não se aporta a dimensão normativa responsável por identificar aquilo, mediante o escrutínio de argumentos, sendo metodologicamente relevante para a definição do que seja novo, pertinente, mais adequado e coerente. Esse indispensável elemento normativo pode ser qualificado como o eixo estruturador constitutivo – de fundo – da pretensão de verdade embutida na cena de qualquer controvérsia argumentativa que se pretenda idônea (APEL, 1993, p. 310).

Apel ataca os defensores implacáveis do princípio do falibilismo com uma espécie de desnudamento de uma contradição performativa: se não se cogitasse da fundamentação última, como eles alegam ser impossível e desnecessária, como haveria de supor-se justificado o critério para o exame e a crítica de teorias, se não apelando-se para uma instância outra, dada *a priori* e pressuposta como condição do compreender (APEL, 1993, p. 311)? Além disso, existiria um resquício inequívoco de fundamentação última na provisória validade de um compromisso teórico, tendo em vista as evidências paradigmáticas – coincidentes com os jogos de linguagem e os cânones de reflexão do pensamento filosófico – contidas em toda a pretensão (de verdade) de explicar-se algo com êxito por intermédio de uma determinada teoria. O fato de uma teoria ser sucedida (e falsificada) por outra no tempo não contradiria a fundamentação última inerente a cada uma em seu correspondente estatuto de validade. Ao contrário, é a própria condição de que nem tudo poder ser colocado em dúvida (o princípio da fundamentação última posto em outros termos, negativos) que capacita a mola propulsora para o renascimento pós-metafísico da fundamentação última.

Então, para Apel, "o princípio do falibilismo para ser compreensivo pressupõe algo assim como princípio do discurso como condição de sua possibilidade" (1993, p. 312), isto é, há de se ter em conta pressupostos em si mesmos e *a priori* evidentes "se quisermos tornar compreensível o princípio do falibilismo e sua aplicação metodológica" (p. 313). Portanto, a necessidade de fundamentação última bem se distancia da reivindicação de uma segurança dogmática, na medida em que ela, ao revés, projeta-se na articulação de um espaço mais abrangente para o postulado da ciência moderna sedimentado na falsificação de hipóteses e conjecturas. O filósofo, entretanto, não se furta de dialogar com a insistência em torno de um "racionalismo panocrítico" capaz de adjudicar para as próprias condições do discurso e pressuposições de inteligibilidade e normatividade, inclusive para o princípio do falibilismo, o marco da falibilidade, capaz, então, de literalmente colocar tudo à prova.

Logo, se o princípio do falibilismo pode ser colocado em suspenso, certamente é porque, paradoxalmente, a falibilidade consiste em um axioma ou postulado reflexivamente infalível. Nas palavras de Apel, somente pode-se compreender o falibilismo mediante o acatamento das pressuposições que o tornam passível de aplicação diante de teorias (objetos), inclusive diante de si mesmo (o princípio da falibilidade como algo falível, em uma espécie de metacrítica da razão científica). Na última, em vez de pretender uma autorefuturação, o princípio aplicado a ele mesmo redundava em reforço argumentativo que endossa a tese apeliana da fundamentação filosófica última em busca de evidências reflexivas consideradas aprioristicamente.

Consoante, afirma Otto Apel, o princípio do falibilismo autoaplicável consiste na "exacerbação máxima" (1993, p. 314) do paradoxo ao qual incorre o cético na tentativa de negar a possibilidade de fundamentação última, pois este toma como possível que as pressuposições incontroversas de seu discurso (quanto ao exame empírico de teorias e de hipóteses e à revisão da tese provada mediante o teste da falsificação diante de novos teoremas) possam ser ao mesmo tempo falsificadas (ao colocar o próprio princípio falibilista em debate) e pressupostas como válidas (no momento derradeiro de desbancar-se por argumentos uma fórmula explicativa por outra). Ocorre, então, que o princípio do falibilismo, para ser aplicado contra si próprio, predispõe uma extensão ilimitada e incondicional incompatível com a etapa ou conclusão lógica do raciocínio ao qual ele faz contraditoriamente chegar. Portanto, a dialética da autocrítica da razão carece de um princípio falibilista incontornável que não pode ser aplicado contra si mesmo; e, interessantemente, isto conduz a uma posição não-criticável no bojo da moderna ciência, a qual é aparentemente tão infalível quanto a postura da fundamentação filosófica última.

Os argumentos conducentes à fundamentação última não-metafísica desembocam neste "algo que justamente desde sempre temos que pressupor como válido se o questionamento ou a crítica de condições possíveis devem ser evidentes e nesta medida válidos" (APEL, 1993, p. 315). O critério adotado

por Apel para justificar a incontestabilidade das pressuposições da argumentação inerentes ao princípio (inevitável) da fundamentação última enraíza-se na contradição performativa (ou pragmática), a qual pode ser enunciada a partir do seguinte modelo de assertiva pronunciada pelo interlocutor (que põe em dúvida, em suspenso ou em desprezo o juízo da fundamentação última): “eu contesto com argumentos que eu esteja argumentando e que assim deva reconhecer como incontestáveis as pressuposições de existência e de regras do argumentar válido” (1993, p. 316). A tarefa do filosofar emprega precisamente o devir da (auto) contradição performativa a ser evitada.

Apel explica ser a fundamentação última não-metafísica imune à impugnação combativa de toda e qualquer fundamentação definida como “dedução de um algo de outro algo” (1993, p. 316). Referido conceito de fundamento pertence ao modelo de uma metafísica tradicional ontológica, diametralmente oposto ao preconizado pelo filósofo. Isto se dá porque o método de fundamentação especificamente filosófico esboçado por Karl-Otto Apel representa o “recurso reflexivo sobre as condições de validade da argumentação” (1993, p. 317), insuscetível de ser confundido com o procedimento tradicional dedutivo. Esse método, assim, não pretende fornecer nenhuma origem causal-explicativa de natureza fixa e absoluta.

Na parte final de seu artigo, Apel contesta o ceticismo de alguns teóricos em abandonar o pressuposto da fundamentação, porquanto se costuma equivocadamente generalizar o processo de fundamentar como um método inexorável de derivação de premissas em direção a conclusões, cuja transição para algo diferente faz sobrar sempre alguma coisa como pressuposta ou despistada do dever ser fundamentado, de modo a incorrer-se na aporia do círculo vicioso. A fundamentação assim considerada nada mais é do que um conceito não-reflexivo inevitavelmente onerado pelo problema da má circularidade, do qual remanescem esquemas ou pontos de vista não examinados de maneira crítica no quadro de uma argumentação ortodoxa. Em contrapartida, o modelo proposto por Apel é partidário de uma fundamentação reflexiva na qual se reconhecem como es-

senciais as condições normativas da razão argumentativa do discurso (1993, p. 318): a fundamentação última é performativamente reflexiva e não refletida para um fundamento de um elemento dogmático.

Apel então referenda que a fundamentação última é inviável no âmbito de uma metafísica tradicional, pois “não se pode fundamentar o ser-racional sem circularidade se se pressupõe o conceito não-reflexivo de fundamentação” (1993, p. 318). Por outro lado, o filósofo aceita que a fundamentação última nessa proposta reflexiva sofra o ônus concreto da falta ou deficiência decisória, padecendo da falta de um possível significado prático característico de modelos de fundamentação delineadores de um algo deduzido (mais concreto, mas nem por isso menos problemático enquanto fundamento posto e desafiado pela má circularidade). A hermenêutica filosófica de Gadamer, por exemplo, concentra-se nesse fator de não perquirir diretamente o “como” das decisões empreendidas nas ciências práticas, como o Direito, senão “as condições de possibilidade” que tornam possível o compreender histórico determinado em certo contexto problemático a desafiar uma resposta congruente e razoável enquanto aplicação para o caso e a partir dos elementos do sistema positivo.

A fundamentação filosófica última anuncia seu caráter prático pela via indireta do reconhecimento das normas do discurso argumentativo por meio do asseverar pragmático do princípio discursivo da razão, pressuposto comum das ciências empíricas, da ética e dos postulados teóricos racionais. Em todos esses ambientes – ou melhor, em qualquer discurso racional evidenciado no intercâmbio de razões intersubjetivas – o falante haverá de pressupor, sob pena de contradição performativa, o parâmetro de um tribunal crítico condizente com filtros de validade e falibilidade perante o objeto do debate, o qual não se diluirá no intercurso da história, tampouco se arrogará uma supremacia dogmática de índole artificial. A fundamentação última empreende, além disso, uma determinada forma da racionalidade discursiva capaz de contrapor-se a instrumentos (retóricos ou mesmo erísticos) do pensar instrumental e estratégico (p. 319).

Por conseguinte, o princípio pós-metafísico da fundamentação última alimenta – e não atrofia – os confins, supostamente ilimitados, do universo atinente ao discurso filosófico crítico. Apel consente em identificar o método da fundamentação última reflexiva com os primórdios da filosofia antiga desde Platão e Aristóteles, por excelência por meio do recurso, este era empregado para refutar os céticos da época, sendo denominado de prova indireta. Existe remotamente, portanto, uma tentativa de fundar o pensar filosófico por conta de um ponto de partida transcendental, o qual culmina no século vinte com um aparato pragmático-linguístico indissociável à tarefa do pensamento e da reflexão, assentados sobre as “condições de validade intersubjetiva da argumentação” (1993, p. 320). A filosofia, então, supera o déficit de reflexão na perspectiva metafísica tradicional, porquanto ela não se limita ao horizonte de explicar todos os fenômenos com base em uma universalidade do contingente, na qual paradigmas antitéticos convivem e sucedem uns aos outros mediante o apelo a uma incomensurabilidade dispersa.

As condições de possibilidade de conhecimento válido representam o “último” não-contingente da fundamentação pós-metafísica, já que este foi tematizado (e renovado) reflexivamente no próprio desempenho do filosofar. É certo que o aspecto transcendental já se ocupou em tempos anteriores à reviravolta linguístico-pragmática de modalidades questionáveis deste “possível parêntese do mundo” (1993, p. 321), como o solipsismo de Descartes a Husserl. Não se trata de ultrapassar as conquistas da moderna filosofia do sujeito, mas sim de coaduná-las ao modelo de verdade tido atualmente como síntese de uma validade intersubjetivamente considerada.

A definitiva superação da metafísica, então, não passa, necessariamente, por um processo de destranscendentalização conformador tão-só dos objetos contingentes intramundanos da ciência e do pragmatismo desenfreado (APEL, 1993, p. 322). Para Apel, ignorar as pressuposições transcendentais não-contingentes (necessárias ou consagradoras da fundamentação última) responsáveis pela validação do discurso contingente implica “uma recaída na postura ingênua da metafísica pré-kan-

tiana” (1993, p. 322). Abandonar o transcendental o faz recair em um difícil dilema: “ou ao abandono da filosofia discursiva e de sua pretensão de verdade como tal (...) ou a ser vítima de uma metafísica reducionista, segundo o modelo de uma ciência particular absolutizada” (1993, p. 322).

Karl-Otto Apel concentra-se, pois, no proceder reflexivo das pretensões universais de validade incursas na argumentação, sendo elas pressupostos pragmático-transcendentais ineludíveis do conhecimento válido do contingente, invariavelmente estruturados como linguagem. Segundo ele, “(q)ualquer tentativa de contestar as implicações do *a priori* argumentativo conduz necessariamente à autocontradição performativa” (1993, p. 323). Mesmo eventual relativização – mediante o procedimento de inferência e argumentação no percurso da trajetória da experiência humana – não faz desbaratar a fundamentação última transcendental, de modo a generalizar o predicado da contingência (APEL, 1993, p. 323).

Os desdobramentos do princípio da fundamentação última são os mais fundamentais, porquanto enraizados na medula espinhal da filosofia. Suas pressuposições podem ser atestadas de redundantes, na medida em que elas se configuram-se como “pressuposições pressupostas” (APEL, 1993, p. 324). A relativização cogitada por Apel das estruturas de conteúdo relacionadas aos atos de conhecimento afirmados aprioristicamente como necessários, em virtude da incidência empírica de argumentos novos vinculados a pretensões de validade correspondentes, consiste no limite da falibilidade enquanto projeto móvel destinado a abarcar novos campos e caminhos. Além desse limite, reina a fundamentação última não-metafísica, performativamente intransigente para efeito de propiciar, por paradoxal que seja, a transformação do objeto de conhecimento a partir de um esteio de validade capaz de referenciar juízos falsos dos verdadeiros. Perpetuar na filosofia o reducionismo a causas contingentes em um paradigma caudatário das ciências empíricas, conclui Karl-Otto Apel, faz com que o filósofo caia em um “ponto de vista quase-divino desde o qual acredita-se poder pensar o mundo com ‘totalidade limitada’ em sua contingência,

sem perguntar pelas condições de validade deste pensamento” (1993, p. 324).

Note-se, então, que Apel concorda com a tese de que quem argumenta recai sempre, em suas razões de argumentar, em algum vício de origem, no sentido de deixar descoberto alguma premissa do raciocínio ora empregado, como ocorre, por exemplo, com a norma hipotética fundamental no edifício teórico de Hans Kelsen. Contudo, ele a corrobora em termos estritos para determinada forma de pensar – uma filosofia – de caráter dogmático, alicerçada em juízos dedutivos indicadores de fundamentos virtualmente carecedores de outros fundamentos, até regressarmos ao infinito. Assim, o filósofo ampara no transcendental reflexivo pragmático-linguístico a imunidade ante o risco de incidir neste círculo vicioso. Esse transcendental escapa da armadilha não porque é revestido de uma característica peculiar perante os outros fundamentos; sua natureza incontestada de uma fundamentação última justifica-se por ele ser um transcendental (e não um objeto projetado no campo contingente de argumentação) e, mais importante, por ele encarnar a condição de possibilidade do criticismo contemporâneo.

A fundamentação última, portanto, não desemboca em uma espécie de dogmatismo, tanto quanto, para aqueles que asseveram a inviabilidade da fundamentação última, a aceitação (irrestrita) da inevitabilidade do círculo vicioso, para quem argumenta, não conduz a um ceticismo radical (LUFT, 2012, p. 40). Ora, nesse quilate de prudência avessa a extremos, temos que a fundamentação última apeliana equivale ao ceticismo moderado de outros empreendimentos. Apesar de as linguagens serem distintas, ambas as gramáticas levam ao mesmo destino, a saber, a abertura de todas as nossas pressuposições, “desde que tenhamos bons argumentos para tanto” (LUFT, 2012, p. 40). Veja-se que mesmo quando Luft assevera que todas as pressuposições são sujeitas a possíveis modificações – condicionadas ao máximo pelo princípio da coerência (que não prefere necessariamente o uno ao múltiplo). Há de se ressaltar que esta abrangência universal somente pode constituir-se no ambiente do discurso enquanto objeto (argumentativo) de problematização (filosófica

e científica), jamais alcançando o vetor transcendental reflexivo capaz de legitimar a conclusão segundo a qual “todas as nossas pressuposições estão abertas a possíveis modificações” (LUFT, 2012, p. 40).

A prova transcendental destacada no contexto da filosofia de Apel talvez não seja propriamente reinvestida de uma anterior “pretensão de fundar de modo absoluto ou último o conhecimento” (1993, p. 41), uma vez que, a uma, ela não descende rigorosamente de um modelo dogmático de fundamentação, como o kantiano (ainda vinculado à metafísica tradicional) no qual se busca um postulado derradeiro inconcusso, e, ainda, porque o seu caráter decisivo não depende de sua estrutura “estar claramente apresentada” (APEL, 1993, p. 41) – uma exigência reivindicável por certo do paradigma recusado pela pragmática transcendental no alcance de uma evidência cabal e inequívoca como fundamento – tanto quanto da demonstração performativa desta fundamentação última não-metafísica evitar, advertindo via reflexão, a contradição existencial ou pragmática do interlocutor. Para Luft, “a Pragmática Transcendental necessita fornecer algum tipo de argumentação que transcenda o marco tanto da Lógica dedutiva quanto de qualquer tipo de argumentação fraca” (2012, p. 47).

Mais adiante, Luft apresenta ressalvas mais específicas, agora com a finalidade de pôr em causa o procedimento de reduzir ao absurdo a tentativa de negação do princípio da pragmática transcendental:

(s)e há uma linha divisória a separar a argumentação com sentido da argumentação sem sentido, como oferecer – sem circularidade – argumentos para que uma pessoa transite deste para o outro lado da linha, do discurso supostamente sem sentido para o discurso com sentido?” (2012, p. 49).

E insiste: “(c)omo sustentar a legitimidade dessas regras universais em lugar de outras possíveis?” (LUFT, 2012, p. 49). Em realidade, a prova utilizada pelos que sustentam a viabilidade da fundamentação última, afirma Luft, não deixa de ser a mesma prova indireta de tempos passados na filosofia, algo

que depende ou é condicionado por recursos outros (como o Modus Tollens e a Lógica Formal), ou seja, destituído da incondicionalidade inerente ao predicado “última” qualificativo da fundamentação blindada contra o trilema münchausiano (2012, p. 50). O autor reconhece o caráter genuinamente diferenciador da proposta apoiada na prova fundada em uma contradição performativa do discurso (LUFT, 2012, p. 52), mesmo que, mais à frente, considere-a insuficiente para referendar o propósito da fundamentação última (2012, p. 54).

Ocorre que a diferença das linguagens utilizadas por Apel e Luft denuncia, conforme dito antes, a notória sintonia dos respectivos conteúdos, ambos pertencentes, ao nosso ver, a uma mesma plataforma filosófica. Apel concordaria com a seguinte frase de Luft, ao discordar do substitutivo paradigmático que parte da derivação para a reflexão: “a mera busca não configura qualquer fundamentação última” (2012, p. 51)? Certamente que não, porque pressupor que a fundamentação última signifique não a busca, mas já o encontro ratificaria um modo de pensar confortado na pretensão – rechaçada veementemente pela pragmática transcendental apeliana – de um procedimento dogmático de evidenciação autoritária das coisas mesmas (“fiat lux”). Isto é, para escapar da má circularidade, Apel, por certo, endossaria, corroborando, o enfraquecimento da argumentação ou da prova pressuposto pelo princípio da contradição performativa (a ser evitada), porém, sem sacrificar, como tenta concluir Luft, o empreendimento da fundamentação última.

Isto porque, partindo de uma perspectiva comparativa em vista de uma prova ou argumento alegadamente não-fraco (forte ou robusto), como se entrevê do discurso de Luft, a mostração reflexiva (frágil) permanece como processo reflexivo (por isso a nota de fundamentação última merece ser interpretada nessa ordem procedural de permanência, e não com o timbre de uma definitividade de dado critério), ao passo que a robustez da prova estrita esvanece na exata proporção em que não há saber definitivo, cujo desenvolvimento é propiciado exatamente pela força da atuação latente do princípio da fundamentação última. Assim, vislumbra-se um enlace de compatibilidade entre as duas

propostas: basta a fundamentação última “tornar explícito o implícito” (LUFT, 2012, p. 51), sem precisar prová-lo, porque a concretização da prova retoma um dos caminhos do itinerário sem saída de Hans Albert.

Essa aproximação entre duas visões supostamente inconciliáveis, ambas comungando a inviabilidade da fundamentação última (enquanto fundamento) como parâmetro estanque e definitivo e a viabilidade da fundamentação última (enquanto processo reflexivo irretrocedível), justificando, mesmo que provisoriamente, a validade e supremacia discursiva de um argumento, apenas vem confortada e melhor instruída ao Luft ocupar-se em negar a posição de um outro filósofo, V. Hösle. Referido autor aplica o princípio da pragmática transcendental contra o próprio esquadro de Hans Albert, pois ao enunciar a impossibilidade da fundamentação última, tal juízo postula uma estatura de necessidade de mesma valência daquela criticada pelo postulado da fundamentação última. Assim, “existiria fundamentação última, notoriamente a aceita de modo implícito pelo próprio Trilema” (LUFT, 2012, p. 56).

Para defender a sua posição, Luft apresenta-nos uma estratégia retórica inovadora. Segundo ele, introduziu-se com Hegel uma gradação acerca do atributo da necessidade, de modo a existirem dois sentidos discerníveis: uma necessidade relativa (condicionada) e uma necessidade absoluta (incondicionada). Então, a afirmativa de uma suposta contradição no veredicto de Münchhausen apenas seria procedente se tomássemos a necessidade, embutida no respectivo juízo – segundo o qual não poderia haver fundamentação última – como uma necessidade incondicionada. Isto porque “(s)e o Trilema supusesse como impossível sem mais (...) a fundamentação última, a sua inconsistência seria notória” (LUFT, 2012, p. 58).

Entretanto, não nos parece que esse esclarecimento socorra a preferência pela inviabilidade da fundamentação última nos termos propostos por Apel e pela pragmática transcendental. Asseverar que o trilema deva ser visto como uma hipótese para renegar a implícita condição de ali subjazer a fundamentação última em termos de uma incondicional armadilha contra funda-

mentos de natureza derivada ou dedutiva não alcança o êxito pretendido, quando muito, perfaz uma sofisticação artificial cuja compostura não se consegue livrar – mesmo com o manejo de outras palavras – da convergência ante o conteúdo disposto nas linhas da pragmática transcendental. Ambas as teorias compartilham, por conseguinte, da mesma gramática de atuação, e isto fica bem evidenciado quando Luft perquire, com acerto, como aliás fariam no mesmo sentido Apel, Kuhlmann e V. Höhle, como se poderia estabelecer “o caráter último, definitivo”, de razões tidas como boas (LUFT, 2012, p. 58). A nota de fundamentação última, reitera-se mais uma vez para o deslindar deste trabalho, jamais revestiu-se do atributo de definitividade para os pragmáticos transcendentais; ao contrário, eles sempre repudiaram tal vínculo, qualificando-o de dogmático e característico dos quadros de um pensamento metafísico ontoteológico, isto é, conducente à crença de um postulado primário irreduzível ou de uma causa originária não-retroativa.

3. Direito e a fundamentação última hermenêutica

Vamos agora refletir, a partir da fundamentação última não-metafísica da hermenêutica filosófica, sobre o direito jurisprudencial. Em que medida o artigo 927 do Código de Processo Civil de 2015 retira o caráter de historicidade dos tribunais superiores? Em absolutamente nenhuma medida, a não ser que se incorra na tentativa de ideologizar o discurso jurídico, blindando-se uma premissa ideológica de qualquer contestação ou ressalva no campo transparente da argumentação. A premissa ideológica mais vazada nos últimos tempos para o direito jurisprudencial é aquela que erroneamente nos induz a pensar que a estabilização interpretativa de critérios normativos pela jurisdição significa o congelamento do tempo e a culminância incontestada de um determinado sentido ou significado para as leis.

Ademais, percebe-se nesse discurso ideológico reducionista uma série de incoerências internas negligenciadas pelos

seus respectivos próceres. Por exemplo, como poderia um Tribunal como o STF, ao definir-se fundamentadamente por determinada interpretação a partir de um contexto problemático específico manejado nos autos (um caso concreto), pretender firmar a autoridade hermenêutica de suas decisões supondo algo que ele jamais o foi (e nunca o será), a saber, uma entidade metafísica altaneira, acima do bem e do mal, “a-histórica” e “neutra”? Se o STF é, supostamente, assim, não deveria fundamentar suas decisões, bastaria pronunciá-las em um veredicto intransitivo infenso a futuras interpretações, o que jamais foi o caso no modelo de precedentes obrigatórios reivindicado pela séria doutrina nacional e estrangeira.

Os críticos “hermenêuticos” deste modelo, além de autoritariamente se arrogarem de um predicado (os “hermenêuticos” são apenas eles e mais ninguém, em uma mensagem cifrada que lembra a risível nomenclatura de um partido político que se autointitula democrata), qualificam o trabalho jurisdicional ao seu bel-prazer. Ao mesmo tempo que admitem a existência da fundamentação procedida pelos tribunais superiores, dela duvidam logo em seguida, ao atribuir-lhe o estatuto de um juízo de neutralidade ausente da história. Para ser enfático: quem é neutro e a-histórico não julga, revela! Outra flagrante contradição encontrável nesses manifestos antiprecedentes repousa na mágica conversão de um julgamento incontestavelmente concreto e histórico procedido pelos Tribunais de Brasília (do qual talvez discordem em conteúdo ou extensão) em um acórdão cujo poder vinculante, por eles desacreditado e combatido (não necessariamente nessa ordem), se arremessa na pretensão de castrar o real e subjugar o ser (para usar duas figuras de linguagem, em Lacan e Heidegger, normalmente utilizadas para sofisticar o tom crítico de suas posições).

Bem vistas as coisas, como poderíamos defender um regime de precedentes obrigatórios, cujo legitimidade apruma-se no devido respeito aos preceitos constitucionais (mormente no dever de fundamentação) e instaura-se refletidamente na própria história em seus condizentes argumentos, que em dado e arbitrário momento se apresenta demissionário dessa própria

inelutável historicidade? Ora, as decisões tornadas vinculantes pela ordem constitucional e agora incrementadas pelo novo CPC (tome-se nesse acréscimo o exemplo das súmulas “não-vinculantes” pelo inciso IV do artigo 927 do diploma processual civil) jamais poderiam ostentar a prerrogativa de revogar a sua própria condição histórica, porquanto o lugar de que partem – a interpretação jurídica em seu contexto hermenêutico originário – é sabidamente acessível para toda a comunidade jurídica, exatamente porque o conseqüente máximo da democracia “hermenêutica” é saber-se discernir a medida da própria interpretação, a qual é passível de vinculação, o que não é, o que se pode distinguir, o que não se pode, e, no limite, qual a medida de permanência desse critério no âmbito do direito intertemporal.

Não se compreende como os críticos dos precedentes não perceberam (ou, em percebendo, não confessaram) que a lógica imanente – em qualquer lupa a abordar o regime dos precedentes obrigatórios – de distinguir e sobrepujar precedentes por óbvio aquiesce com o seu estatuto existencial de uma dada ocorrência no mundo. Podemos, contudo, focar noutro ponto contíguo ao tema, de interesse dos críticos: por que, então, vincular e almejar a universalidade vinculante de um juízo *erga omnes* se o precedente nasceu do mundo da vida? Poderíamos replicar com uma indagação afim: por que, então, eles (os críticos do direito jurisprudencial) não teimam com a norma jurídica? A mesma universalidade projetada em um critério normativo, historicamente maturado, estabelecido pela Suprema Corte, se dá no âmbito da legislação: as leis são constituídas por razões concretas implementadas no mesmo nascedouro histórico, e nem por isso percebem-se vozes militando a destituição do poder normativo abstrato das normas jurídicas.

Claro, desde finais dos anos 1990 estamos a criticar (com razão) um modelo exegético declaratório compatível com a ideologia da unidade do ordenamento jurídico, como se o Poder Judiciário fosse subalterno a ponto de apenas reproduzir as palavras da lei ou adjudicar-lhe tão-só contornos na esteira da intenção legislativa. Postula-se, em contrapartida a esse modo

de compreender o Direito, uma teoria hermenêutica pautada por uma atuação judicante em conformidade aos ditames da Constituição, congruente com uma prática decisória responsável (seja na interpretação como processo ou como resultado), com o fito de alcançarem-se critérios normativos adequados, justos, céleres e proporcionais em efetividade ao feixe particular de concretização dos direitos controvertidos em juízo. Mas nem por isso, mediante essa elaboração mais recente de um complexo debate no âmbito da hermenêutica jurídica, jamais rejeitou-se que o texto normativo – e o resultado dele aplicativo, a norma – prescindirá de universalidade, dessa convocação ínsita ao Direito em obediência ao indisponível reclamo da isonomia e da segurança jurídica. Esse caráter de uniformidade e de direcionamento para além do concreto nos mostra, sim, uma posição transcendental pela nota de ascensão abstrata ou universalizante a partir do concreto e não à sua revelia ou esquecimento. No entanto, não há uma transcendentalidade de cunho privilegiado como nos moldes de uma certa posição filosófica pela qual o significado ilumina-se em uma espécie de revelação hercúlea ontoteológica (subjetividade transcendental solipsista), senão sob o império da mesma historicidade a lhe garantir permanência ou serenar futura descontinuidade em nome de algum outro critério por igual legitimado mediante razões ou argumentos determinantes.

Portanto, merece cautela o uso da noção de transcendental para o campo jurídico. Primeiramente porque a transcendentalidade não se mostra exclusiva sob a perspectiva filosófica, denotando um significado único; e finalmente, porque tal noção pode, sim, acomodar-se ao elemento da historicidade tão caro à hermenêutica. Frisa-se, pois, os trabalhos de Ernildo Stein (um dos filósofos brasileiros mais citados pelos críticos dos precedentes) em torno do conceito de um “transcendental não-clássico”, condizente com os pressupostos da filosofia hermenêutica e peculiar no âmbito de permitir-se a fundamentação crítica dentro da própria história, sem esquecer os marcantes contributos filosóficos que de um modo eloquente conseguem traduzir a junção entre o compreender adequado e o válido

juízo de parametrização de sentidos em dada comunidade historicamente situada e mediada pela linguagem (dentre todos, Karl-Otto Apel, como pudemos observar no mote inicial desse artigo). O transcendental hermenêutico pressupõe a reviravolta linguístico-pragmática do pensamento e, assim, radicaliza o ponto de vista do intérprete, o qual, embora esteja situado historicamente no mundo, pronuncia-se e emite juízos sobre ele com outros intérpretes em uma inelutável esfera de intersubjetividade, encarregando-se, pois, do incontornável caráter crítico de alguma justificação racional. O transcendental, desse modo, não é mais, ou apenas, solipsista, mas intersubjetivo e, por isso mesmo, apresenta-se com uma demanda proporcional de integrar simbolicamente, mediante a atitude crítica do intérprete, argumentos justificativos racionais e coerentes em sua trajetória histórico-concreta.

Como os críticos dos precedentes, ademais, colocam em marcha o seu ponto de vista, saindo da mera crítica? O que colocam no lugar desse nefasto regime de direito jurisprudencial? A doutrina por eles defendida (“hermenêutica”), em oposição ao que ela chama de “teoria dos precedentes à brasileira”, deixa sempre em aberto um hiato: o de criticar as posturas adversárias, apontando-lhes adversidades teóricas, as quais, exatamente por serem teóricas, se amoldam na figuração retórica autônoma de um artigo, livro ou coluna semanal. Contudo, esse hiato se põe na ausência de uma alternativa concreta ao problema posto em causa, a saber, porque realmente um critério normativo deve vincular (seja ele uma lei ou um precedente interpretativo de lei). Lê-se em muitos lugares que essa denominada postura “hermenêutica” agasalha a possibilidade da interpretação correta (constitucionalmente correta ou adequada) nas suas elucubrações. Ora, se isso realmente é assim, como não admitir que essa interpretação correta não possa vincular? Se é correta (do ponto de vista heideggeriano ou “à la Gadamer”, entenda-se bem) em sua elaboração histórico-efetual, como dizer não à sua ulterior aplicação para casos semelhantes? A crítica hermenêutica precisa ser mais clara se ela endossa a necessidade de vincularmos sentidos ou não. Parece-nos que negligenciar a possibilidade da

vinculação de sentidos no Direito implica olvidar a própria razão de ser da ordem jurídica. Que estes sentidos devam ser hermenêuticamente construídos, historicamente situados (e toda a gramática gadameriana embutida), não se discute. Mas que ao final deverá ser estabelecido um certo critério a ser seguido, parecendo-me, inevitável mesmo no interior dessa matriz de pensamento.

É necessário não canonizarmos a fórmula de que cada caso é um caso; a especificidade da casuística não mina a possibilidade de a sua carga hermenêutica existencial ser extrapolada em fundamentação para outros casos concretos análogos. Se cada caso é um caso na máxima potência, o Direito se implodiria desde os primórdios pela impossibilidade de prestigiar a tipificação normativa de consequências para situações concretas tidas como semelhantes. O que essa fórmula retórica deve pretender é vislumbrar a adequada contextualização casuística frente a critérios normativos gerais e vinculantes, e não evitar a todo custo a formação e desenvolvimento desses expedientes abstratos, os quais, lembre-se sempre, não arremetem sem mais do pavimento argumentativo situacional de onde floresceram para impor cegamente um dado critério ou tese jurídica, pois é dessa circunscrição hermenêutica em sede de contexto e de normatividade que serão acomodados, respectivamente e cada qual a seu modo no decorrer da vida da jurisprudência, os discriminantes tópicos de aplicação (*distinguishing*) e os veículos tópicos revisores de orientação (*overruling*).

Cá entre nós, vamos objetivar o nó górdio da questão da interpretação dos precedentes (e não esqueçamos das leis) na sua correlata devida de concretizar justiça e isonomia: o problema localiza-se no direito intertemporal, ou seja, como efetuar um fino ajuste hermenêutico na sucessão de interpretações dissonantes ao longo do tempo, para o fito de equalizar as incongruências entre tratamentos jurídicos razoavelmente díspares para situações fáticas de matiz semelhante. Esse é o ponto! O sentido da norma não é unívoco e não é aleatório, estes são lugares comuns. O caso concreto demanda especificidades, eis um chavão. Precisamos estabelecer aportes de

inteligência na estabilização judiciária de expectativas hermenêuticas (corretas ou adequadas) de sentido ao longo do tempo histórico. Heidegger pertine ao debate não por causa do ser, mas porque o ser é o tempo.

A divergência jurisprudencial saudável é aquela que oportuniza a estabilização de um precedente para dado tempo histórico. A divergência jurisprudencial nociva é aquela que esconde-se na verborragia ontológica para procriar sentidos dos mais variados no mesmo tempo histórico, blindados em uma superfície tosca chamada “caso concreto”. Nenhum representante sério dos precedentes vinculantes (aqueles “à brasileira”) jamais defendeu a impossibilidade de distinguirmos casos de casos, mas sempre defendeu a possibilidade de, mediante tais distinções, conformar casos semelhantes na mesma régua normativa. Quem foi que disse que o estável é sinônimo de perene? Que a jurisprudência vinculante, então, seria o equivalente ao engessamento eterno dos pronunciamentos judiciais acerca de determinada matéria?

O reivindicado controle objetivo-racional do caminho que conduz do texto normativo à norma (interpretação) não pode ser uma via de mão única. Os “hermeneutas” criticam com veemência em alta escala de generalização o fato de o sentido ser “imposto” no direito jurisprudencial de cima para baixo, dos tribunais superiores aos inferiores, incluindo-se os juízes de primeiro grau. No entanto, esses ignoram como este mesmo sentido foi construído? A tese jurídica corroborada por um precedente vinculante não surge do nada, pois passou pelo crivo argumentativo “de baixo para cima”, invariavelmente pela circunstância de um determinado caso concreto (ou conjunto deles) carrear as convergências e divergências suscitadas de parte a parte em torno de uma controvérsia que receberá, por meio de uma resposta fundamentada e criteriosa (justa) tornada universalizável (coerente), tratamento equânime e potencialmente isonômico do sistema jurídico.

A agudização ou exacerbamento da postura hermenêutica não seria ela mesma uma mazela para o ordenamento jurídico? Veja, os “hermeneutas” confiam na qualidade dos argumentos

desenvolvidos, não raro originários (“de baixo para cima”) dos debates que instalam-se na primeira instância perante o juiz singular. Por conseguinte, eles assentem com a convicção de que há respostas ou decisões melhores do que outras, mais adequadas do que outras, constitucionalmente justas, por força desse conteúdo meritório inextricavelmente condicionado pelas especificidades do caso concreto. Dado este passo, por que, então, a resistência em tornar essa fundamentação – de tão exemplar que é em sua razoabilidade e adequação sob a luz da ordem jurídica vigente – uma expectativa de sentido, um modelo a seguir-se, para futuros casos semelhantes? Tudo o que hermenêuticamente sobe não deveria, por coerência, descer?

4. Referências

- APEL, K. O. Fundamentação última não-metafísica? In: STEIN, E.; BONI, L. A. de. (Org.). **Dialética e liberdade**: Festschrift em homenagem a Carlos Roberto Cirne Lima. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 1993. p. 305-326.
- ECO, U. O pensamento fraco versus os limites da interpretação. In: ECO, U. **Da árvore ao labirinto**: Estudos históricos sobre o signo e a interpretação. Rio de Janeiro: Record, 2013,
- LUFT, E. Fundamentação última é viável? In: LUFT, E.; CIRNE-LIMA, C.; (Org.). **Ideia e movimento**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.
- STEIN, E. Gadamer e a consumação da hermenêutica. In: STEIN, E.; STRECK, L. (Org.). **Hermenêutica e epistemologia**: 50 anos de Verdade e Método. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

CRISE CIVILIZACIONAL E RACIOCÍNIO JURÍDICO

Plauto Faraco de Azevedo¹

¹ Doutor pela Université Catholique de Louvain. Professor aposentado da Faculdade de Direito da UFRGS. Ex-pesquisador do CNPq. Ex-professor da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Professor do Curso de Graduação e de Mestrado da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP).

1. Do positivismo jurídico

A presente reflexão é orientada por uma concepção trans-positivista do direito, contrária à que cinde arbitrariamente suas projeções dogmáticas, axiológicas e sociológicas (DÍAZ, 1976; AZEVEDO, 1989).²

O positivismo jurídico, apesar de suas eventuais nuances, é um modo de ver o direito que o circunscreve ao ordenamento jurídico visto como um sistema autossuficiente, separado das forças sociais as quais o originam e influenciam sua aplicação. Em consequência, o direito considerado de forma avaliativa é suscetível tão só da aferição de sua legalidade, tornando-se, assim, metajurídico o problema de sua legitimidade.

Dentro da concepção positivista situam-se a Escola da Exegese, subsequente ao Código Civil francês de 1804; o Pandectismo alemão de Savigny (1779-1861) e seus seguidores, inclusive Ihering (1818-1892) da primeira fase; Puchta (1798-1846) com a sua pirâmide dos conceitos jurídicos, que bem assinala o conceptualismo jurídico; e a Escola Analítica Inglesa, cujo fundador foi John Austin (1790-1859) (BODENHEIMER, 1978. p. 70-99; MATA-MACHADO, 1986. p. 99-107; FERRAZ JUNIOR, 1976. p. 29-36).

A concepção do positivismo jurídico foi influenciada pelo extraordinário sucesso das ciências naturais durante a primeira metade do século XIX, do qual derivou uma tendência de aplicar os métodos usados nas ciências naturais às ciências sociais. Além deste aspecto, como pondera Batiffol, “o clima filosófico do século XIX exerceu uma influência direta sobre o pensamento jurídico no sentido do positivismo. Esta influência revela-se, na França, pela codificação napoleônica” (1966, p. 7-8), a qual foi

um avanço superador da insegurança jurídica derivada da pluralidade de legislações, tanto costumeiras quanto escritas. Além disto, é indispensável lembrar que o pensamento da burguesia, a qual ascendia ao poder, perdeu o impulso revolucionário.³ Como visto, o positivismo jurídico surgiu amparado no progresso científico, com a finalidade de manutenção do *status quo*, tornando-se a lei dogma, suscetível de ser considerada tão-só do ponto de vista formal (FAORO, 1986).

Não se pode deixar de lado o positivismo filosófico de Augusto Comte, oriundo de uma sociedade traumatizada pela Revolução Francesa. Sua filosofia traduz uma preocupação pela manutenção da ordem. Classificando as ciências, “designa a cada cientista a sua tarefa específica, proibindo-lhe transgredir as fronteiras que separam uma disciplina da outra [...]”. Buscando a segurança, menciona a “*higiene cerebral* [...]” que lhe proíbe toda leitura nova após os trinta anos. Ainda não deixando dúvida de seu conservadorismo, Comte “combate o sufrágio universal, a organização constitucional do Estado, a democracia parlamentar”. Também salienta que o problema social “não é solucionável por meio de uma reforma econômica, mas unicamente por uma reforma moral que mude os costumes e as crenças” (VERDENAL, 1974, p. 214-228).

Hoje, é essencial superar o positivismo jurídico. Não é aceitável confundir a precisão conceitual, indispensável ao trato adequado dos assuntos jurídicos, com o culto do conceito pelo conceito, a pretexto de uma falsa cientificidade do direito. É indispensável que o jurista tenha formação ampla para que possa ligar criticamente o direito com o contexto social, não podendo limitar-se à descrição das normas vigentes, indiferente às consequências sociais da aplicação do direito.

A visão positivista, na qual alicerçou-se a legislação napoleônica, defendida pela Escola da Exegese, encontra-se secularmente ultrapassada. Atualmente, vivemos uma crise de

² Como bem assevera Elías Díaz, “no se entiende plenamente el mundo jurídico si el sistema normativo (Ciencia del Derecho) se aísla y separa de la realidad social en la que nace y a la cual se aplica (Sociología del Derecho) y del sistema de legitimidad que inspira a aquél, sistema que debe siempre posibilitar y favorecer su propia crítica racional (Filosofía del Derecho). Una comprensión totalizadora de la realidad jurídica exige la complementariedad, o mejor la recíproca y mutua interdependencia o interacción de esas tres perspectivas o dimensiones que cabe diferenciar al hablar del derecho: perspectiva científico-normativa, sociológica y filosófica” (1976, p. 54).

³ Na França destacam-se, no positivismo jurídico, os juristas Demolombe, Aubry et Rau e Laurent. Na Alemanha, Windscheidt, no direito, e Laband, na Teoria do Estado. A última e mais destacada variante do positivismo é a teoria normativista de Hans Kelsen (LUKIC, 1974. p. 25-27) (“Philosophie du droit”). Grifo nosso.

civilização sem precedentes, pela sua extensão e profundidade, na qual evidencia-se a necessidade de repensar a noção do direito e do mundo. Não é admissível fechar-se os olhos para a miséria em que vive a maioria da humanidade, enquanto uma minoria enriquece incessantemente. Nesta situação indefensável até mesmo a vida acha-se ameaçada pela contaminação sistemática da biosfera (AZEVEDO, 2014).

2. Perelman e o raciocínio jurídico

Não podendo o jurista ficar alheio à dramática situação presente, refletida no ordenamento jurídico e na sua aplicação, é preciso que este faça uso de um pensamento reflexivo para compreender e aplicar adequadamente a lei. Neste sentido, tem importância incontestável o pensamento do eminente filósofo do direito Ch. Perelman, ex-professor da Universidade Livre de Bruxelas, infelizmente pouco lido. Salientava ele que Aristóteles já distinguia os raciocínios analíticos (que se expressam por meio do silogismo – lógica formal), dos dialéticos, os quais “não se referem às demonstrações científicas, mas às deliberações e às controvérsias [...]” (PERELMAN, 1976). No raciocínio silogístico, o autor defende que “a passagem das premissas à conclusão é necessária” (1976), o que não ocorre nos raciocínios dialéticos, nos quais a conclusão não é necessária, pois a decisão (discussão) supõe a possibilidade de decidir de outra forma.

Acresce Perelman que a distinção feita por Aristóteles entre os raciocínios analíticos ou silogísticos e os dialéticos ou retóricos, é tão importante para a própria lógica quanto para a metodologia jurídica. Isto é relevante porque “ainda há quem pense que toda forma de raciocínio que não se assemelha àquele típico da matemática, não pertence à lógica” (PERELMAN, 1976). Neste sentido, constata-se, tanto nos juristas romanos quanto nos glosadores da Escola de Bolonha, “que o direito se elabora através das controvérsias e das oposições dialéticas, isto é, das argumentações em sentido diverso” (PERELMAN, 1976).

Em suma, é indispensável que a reflexão jurídica supere as limitações analítico-descritivas, devendo considerar seu aspecto crítico-valorativo, uma vez que os raciocínios jurídicos não são cálculos nem demonstrações matemáticas. Assim sendo, não podem afastar-se da realidade social, o que contemporaneamente ocorre com os que aceitam a concepção neoliberal, desrespeitando os direitos fundamentais sociais e agredindo a democracia.

3. Deturpação da democracia

Como salienta Boaventura de Souza Santos, a democracia representativa “é hoje considerada internacionalmente o único regime político legítimo” (2006), mas verdade é que começam a proliferar os sinais de que os regimes democráticos passam a trair as “expectativas dos grupos sociais excluídos, dos trabalhadores cada vez mais ameaçados nos seus direitos e das classes médias empobrecidas [...]” (SANTOS, 2006). Acresce Boaventura

que as revelações cada vez mais frequentes de corrupção levam à conclusão que os governantes legitimamente eleitos usam o seu mandato para enriquecer à custa do povo e dos contribuintes. Por sua vez, o desrespeito dos partidos, uma vez eleitos, pelos seus programas eleitorais, parece nunca ter sido tão grande. De modo que os cidadãos se sentem cada vez menos representados pelos seus representantes [...]. (SANTOS, 2006).

A este respeito, Santos refere-se o pensamento de Rousseau, cuja importância demanda sua citação: “Se quisermos saber em que consiste precisamente o maior bem de todos, que deve ser a finalidade de cada sistema de legislação, veremos que ele se reduz a estes dois objetos principais *a liberdade e a igualdade* [...]” No que se refere à riqueza, a exigência é que “que nenhum cidadão seja tão opulento a ponto de poder com-

prar outrem e [que] nenhum [seja] pobre a tal ponto que possa ser forçado a vender-se".⁴

Segundo este critério, estamos ainda longe da democracia [...] se continuar a aumentar as desigualdades sociais entre ricos e pobres ao ritmo das três últimas décadas, em breve a igualdade político-jurídica entre os cidadãos deixará de ser um ideal republicano para tornar-se uma hipocrisia social constitucionalizada. (SANTOS, 2006).

4. Pretensão neoliberal globalizada

No quadro histórico presente, há um dado essencial a ser considerado – a concepção neoliberalista, contrária ao **Estado do Bem-Estar Social** (*Welfare State*), que é a maior realização político-jurídica da humanidade. O neoliberalismo menospreza os direitos sociais fundamentais, indispensáveis à realização da **dignidade da pessoa humana** (art. 1º, inciso III da CF), e agride o meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225 de CF). Esta é uma concepção que quer afastar do Estado suas atribuições essenciais em nome de uma concepção econômica regressiva.

Não se pode esquecer que, a partir do século XVIII, o liberalismo constituiu um avanço significativo, tendo conseguido restringir o poder absoluto dos reis e chegado à realização da democracia formal, tal como expressa na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789. Hoje, o neoliberalismo que diz significar a "modernidade", representando um retrocesso histórico, impositivo do "pensamento único", agressivo às conquistas sociais integrantes do patrimônio político-jurídico da humanidade.

A ideologia neoliberal desrespeita a Constituição, "sob a criminosa convivência de uma mídia comprometida" (PUGGINA,

1987). Esta defende o livre jogo das forças econômicas sem a intervenção do Estado, a qual é considerada necessariamente nociva; sustenta a necessidade de privatização ilimitada dos bens estatais e o primado incontestável da economia sobre a política, estimulando o consumo de bens, sob o comando empresarial, notadamente multinacional, indiferente aos problemas locais e à diversidade cultural.

Outro ponto defendido pelo neoliberalismo é a desregulamentação jurídica do mercado financeiro, por onde passam constantemente somas incalculáveis. No entanto, é verdade que, na crise financeira de 2007-2008, o Estado considerado não interventor viu-se na contingência de fazer face à crise, socorrendo com trilhões de dólares os seus responsáveis.

A presente globalização exprime uma tendência em profundidade e extensão antes inimagináveis, possibilitada pelo avanço tecnológico, especialmente da informática, que permite o contato simultâneo entre pessoas situadas em diferentes pontos do planeta, trocando impressões e informações e realizando negócios das mais variadas ordens. Entretanto, é indispensável compreender que trata-se de um fenômeno complexo, não podendo ser considerada tão-só do ponto de vista econômico, separando e desconhecendo os demais aspectos que o compõem. A tecnologia, o comércio e a indústria não podem menosprezar a existência humana e muito menos a do meio ambiente, cujo respeito é indispensável à sobrevivência humana.

Em suma, tem-se que perceber que a globalização atual não é a fase suprema da internacionalização. É um estágio limitado que privilegia interesses econômicos e financeiros, desconsiderando os valores da fraternidade e solidariedade, essenciais à realização da dignidade humana.

5. Democracia e oligarquia

Os filósofos Platão (427–347 AC) e Aristóteles (385-322 AC) pensaram e escreveram sobre temas da mais alta relevân-

⁴ "Si l'on recherche en quoi consiste précisément le plus grand bien de tous, qui doit être la fin de tout système de législation, on trouvera qu'il se réduit à ces deux objets principaux, la liberté et l'égalité [...] quant à la richesse, que nul citoyen ne soit assez opulent pour en pouvoir acheter un autre, et nul assez pauvre pour être contraint de se vendre." (ROUSSEAU, 1968. p. 88).

cia para todos os tempos.⁵ Aristóteles, pensando sobre a natureza humana, afirmou que “o homem, quando perfeito, é o mais excelente dos animais; quando afastado da lei e da justiça, é o pior de todos. [...] sendo a mais ímpia e a mais selvagem das criaturas quando despido de virtude [...]” (1970).

A seguir, fala da justiça particular, distributiva e corretiva. Esta “realiza a retidão nas transações privadas”, enquanto a justiça distributiva diz respeito à “distribuição das honras, riquezas e demais bens que podem ser repartidos entre os membros da comunidade política” (ARISTÓTELES, 1967, p. 225).

O pensamento de Aristóteles foi influenciado por Platão, em cuja *Academia* permaneceu por vinte anos. Platão já observava que a justiça e a injustiça encontram-se tanto no indivíduo quanto na cidade. Nesta, pela sua maior dimensão, uma e outra são mais facilmente perceptíveis. Referindo-se à possível discordância entre uma e outra, tanto na cidade como no indivíduo, Platão dá lições de sabedoria sociopsicológica que nosso mundo, após tantos séculos, não assimilou.

Tratando da organização da cidade, com referência às classes de censitários, instituídas tendo em vista a extensão de seus bens, Platão estabelece, como condição de estabilidade, a inexistência de extremos na divisão da riqueza social:

Eis, agora, sob que forma eu instituiria a lei relativa às classes. [...] Afiramos, sem a menor dúvida, que, em um Estado que não deva tornar-se vítima do pior dos males, que melhor se chamaria *desunião* do que *sedição*, não pode haver nem cidadãos em situação de intolerável pobreza nem outros desfrutando de grande riqueza, tendo em vista que esta dupla causa produz este duplo efeito. (1950, p. 804).

Essa situação inaceitável torna-se evidente quando Platão, na *República*, discorre sobre a oligarquia:

⁵ É interessante referir alguns dados biográficos destes dois grandes filósofos. Aristóteles ingressou na *Academia de Platão*, aos 18 anos, tendo nela permanecido por 20 anos. Ao contrário de Platão, que foi um ateniense bem-nascido e viveu 80 anos, Aristóteles passou por dificuldades em sua vida, tendo sido considerado pelos nacionalistas atenienses como partidário da Macedônia, o que o obrigou a retirar-se para uma propriedade herdada de sua mãe (em Cálcis), onde veio a falecer aos 63 anos.

É necessário que uma cidade assim não seja una, mas dupla, a dos pobres e a dos ricos, que habitam o mesmo solo e conspiram incessantemente uns contra os outros; [...] não se pode prevenir tal desordem dos governos oligárquicos; ao contrário, uns não estariam ricos em excesso e outros em completa miséria. (1950, p. 1150).

Não resta dúvida que o poder dominante no mundo globalizado não atenta à justiça distributiva. Assistimos, hoje, ao contristador espetáculo no qual a pobreza insofrível encontra-se em face da riqueza ilimitada. Aqueles que possuem em excesso terminam por ver em seu semelhante um inimigo potencial, que pode desapossá-lo ou mesmo suprimir-lhe a vida. Neste contexto social, o Estado desnatura sua função de realizador da ordem pública e do bem comum, transformando-se em aparelho destinado a manter a iniquidade. Diante de tal situação que separa os homens, tanto em perspectiva nacional quanto internacional, não pode o jurista permanecer alheio, a menos que aceite o inaceitável, resumindo sua atividade a um legalismo estéril.

6. Economia versus Ecologia

As características de nosso tempo exigem uma reflexão jurídica atenta à necessidade de proteção da pessoa e do meio ambiente, sem a qual a existência humana torna-se pouco provável. Na busca por bens supérfluos, esvaem-se as melhores energias do homem contemporâneo, chegando-se mesmo a identificar consumismo com desenvolvimento e este com o progresso. O desenvolvimento só pode ser sinônimo do progresso tendo como fulcro o homem.

Desrespeitando a biosfera, o pensamento neoliberal evidencia seu caráter indefensável. No direito ambiental, o jurista tem que ter clara consciência dos juízos de valor à base das leis - a defesa e preservação da vida permeia todas as suas normas, nacionais e internacionais. A Conferência de Estocolmo, de 1972, foi o primeiro grande brado de alerta contra a degradação ambiental.

A inclinação neoliberal - desenvolvimentista a qualquer custo - não tem feito senão acentuar-se. Nisto tem tido influência o "industrialismo", aliado à tecnociência, vale dizer, da ciência convertida em técnica alheia à interdependência dos inumeráveis ecossistemas integrantes da vida.

A cada dia mais evidencia-se a indefensabilidade de uma ética antropocêntrica, individualista e egoística, desprezando a íntima ligação entre todos os organismos vivos em conexão com o mundo inorgânico, cujos recursos são exauríveis. Sua utilização tem que realizar-se segundo uma ética da solidariedade, por meio da qual sobressaia-se a responsabilidade transgeracional, sendo a vida assegurada não só à presente geração como também àquelas que nos venham a suceder.

Em 1997, Ramonet já apontava dados significativos do sacrifício da natureza, destacando-se os incêndios gigantescos que devastaram as florestas de Sumatra, Borneo, Java e Sulawesi em uma extensão de mais de 800 mil hectares. Estes incêndios, durante décadas, tiveram como principal causa a política de desflorestamento intensivo, tendo por base um modelo hiperprodutivista centrado nas exportações (RAMONET, 1997).

Uma das preocupações da Cúpula da Terra, no Rio de Janeiro, em 1992, já era a emissão de gás carbônico, cujos efeitos ambientais são particularmente nocivos. Não obstante, a Conferência das Nações Unidas sobre Alterações Climáticas, realizada em novembro de 2000, em Haia, foi um fracasso absoluto, em virtude das "posições egoísticas do chamado *Grupo Umbrella*", integrado pelos Estados Unidos, Japão, Austrália e Canadá. A Conferência tinha por finalidade "definir os termos da aplicação do *Protocolo de Kioto* (1997), através do qual os países industrializados assumiram o compromisso de reduzir globalmente em 5% as suas emissões de gases com efeito de estufa, até 2010". No entanto, os Estados Unidos e seus aliados, defendendo interesses industriais e financeiros, mostraram interesse fundamental "no desenvolvimento do comércio das autorizações de emissão ('direitos de poluir')...". Conforme o mestre coimbrão, Nunes, assinalou: "a corretagem desses 'direitos de poluir' é já um florescente sector especulativo" (NUNES, 2003,

p. 85-86), com lucros calculados em 50 mil milhões de dólares, em outubro de 2000.

7. Gravidade dos desastres ambientais ocorridos e ocorrentes

Verdade é que a agressão à natureza persiste, sem que o mundo globalizado, dominado pelo dinheiro, propicie qualquer reação à altura da agressão incessante à natureza. Deste modo, pensemos sobre alguns acontecimentos recentes como, por exemplo, a ruptura de um *iceberg* de 1 trilhão de toneladas, medindo 5.800 km², desprendido da plataforma Larsen C, na Antártida, conforme anúncio dos cientistas da Universidade de Swansea, no Reino Unido, no dia 12 de setembro de 2017. É possível que o aquecimento global tenha influenciado esta ruptura, tendo em vista que este processo se acelerou recentemente.

Os oceanos, os quais ocupam 70% da superfície da Terra, têm sido severamente agredidos pela ação humana. Segundo a Organização das Nações Unidas (ONU), as agressões fundamentais resultam do lixo, do esgoto e da emissão de gases de efeito estufa. Os oceanos estão perdendo a vida. Estima-se que de "1/4 a 1/3 de criaturas marinhas seja capturado acidentalmente a cada pesca de arrasto e jogado de volta ao mar já morto ou morrendo, apesar da reação da ONU, que vem tentando tornar o arrasto ilegal em alto mar". A dificuldade está em que "o arrasto é um meio muito rentável de pegar peixes, camarões, lagostas", razão pela qual Boris Worm, professor de conservação marinha de Dalhousie, no Canadá, duvida que esta vá acabar.

Do mesmo modo, não se sabe ou não se fala que as espécies marinhas têm o setor auditivo como seu principal meio de comunicação. Na medida em que os navios de turismo, cada vez maiores, alguns com sete andares acima do nível do mar, transitam com motores emitindo fortes ruídos estes prejudicam seriamente os animais marinhos. A razão é que estes usam a audição para encontrar lugar de procriação, parceiro sexual e

comida. Cientistas concluíram que a baleia azul está ensurdecendo, enquanto a orca está precisando produzir cantos mais longos para se fazer ouvir, etc. Ainda, os oceanos são severamente castigados pela pesca excessiva.

Sem entrar em maiores detalhes, não é possível deixar de mencionar a existência do *Grande Lixão do Pacífico*, encontrado entre a Califórnia e o Havaí, espalhando-se por uma área maior que o Estado de Minas Gerais. Ele se compõe de lixo sólido, essencialmente de plástico, o qual é conduzido pelas correntes marinhas até o referido ponto. O cientista Charles Moore o descobriu em 1997, levando, assim, ecologistas a fazer campanhas contra a poluição plástica, tendo em vista o seu crescimento e a circunstância de que plástico não é biodegradável. “Um pedaço de plástico tem uma carga tóxica dezenas de milhares de vezes maior do que a da água salgada onde boia”. Como os peixes ingerem o plástico, os seres humanos podem ser contaminados. Tanto é assim que “a Suécia, em 1995, passou a recomendar que a mulheres, em idade fértil, limitassem o consumo de arenque e salmão do Báltico”, apesar de estes peixes serem como o feijão com arroz para os suecos. Muitos outros aspectos são sinalizados por essa reportagem, comandada por ilustres cientistas, o que recomenda sua leitura (CARMELLO, 2008).

Um dado novo de sério impacto ambiental é a tentativa de substituição do petróleo pelo xisto betuminoso, cuja exploração nos Estados Unidos, de onde é retirado das rochas do subsolo, ocasiona severa contaminação dos lençóis freáticos. O resultado é que as pessoas que vivem nesses locais ficam impossibilitadas de beber sua água, esta tendo que ser substituída por água trazida em caminhões pipa de outros lugares!

Levando em conta este contexto da poluição ambiental planetária, incompatível com a sobrevivência humana, há outros fatos que não podem deixar de ser referidos. O primeiro deles diz respeito à China, cuja extensa poluição local não só não é negada, como vem sendo objeto de trabalho ímpar para diminuí-la. Isto é demonstrado de modo indubitável pelo jornalista-ecologista André Trigueiro, que lá esteve acompanhado de

sua equipe, observando e relatando o que vem sendo feito pelo governo chinês.⁶

Paradoxalmente a essa atitude praticamente desconhecida realizada na gestão do líder chinês Xi Jinping, o presidente Donald Trump, pouco depois de assumir o poder, retirou, por decreto, em 1º de junho de 2017, os Estados Unidos do Acordo de Paris, aprovado em 12 de dezembro de 2015. Este acordo é um tratado dentro da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre a mudança do clima que trata da redução de emissão de dióxido de carbono a partir de 2020.⁷

O incomparável trabalho do jornalista-ecologista André Trigueiro também se evidencia no relato da maior tragédia ambiental do Brasil: o rompimento da barragem da mineradora Samarco (controlada pelas empresas Vale do Rio Doce e Anglo-Australiana BHP Billiton), o qual varreu do mapa o distrito de Bento Rodrigues, a 35 km de Mariana (MG), causando 19 mortes. Este rompimento causou um tsunami de lama quente e fétida de rejeitos de minério, percorrendo uma distância superior a 800 km entre os Estados de Minas Gerais e Espírito Santo, até desaguar no litoral capixaba, destruindo a bacia do rio Doce, tendo sido o maior vazamento de rejeitos minerais do mundo. Dele resultou a devastação de matas ciliares, provocando a suspensão do abastecimento de água em vários municípios, atingindo de forma direta ou indireta aproximadamente 3 milhões de pessoas. Além disso, segundo o IBAMA, 835 hectares de Áreas de Preservação Permanente (APP) foram destruídos. Os efeitos do desastre sobre a flora e a fauna ainda não são totalmente conhecidos, mas já se sabe que a carga de metais pesados se depositou no fundo do mar.

6 O Jornal da Globo, em parceria com Globo Natureza, mostra 5 reportagens feitas por André Trigueiro e sua equipe, na China, cujo título geral é *A guerra que a China declarou à poluição*. As reportagens são: 1) China investe para vencer para vencer a guerra contra a poluição em todo o país; 2) Poluição no norte da China afeta um total de 150 milhões de pessoas; 3) China desenvolve tecnologia solar para combater a pesada poluição; 4) Brasil e China são parceiros em um projeto diesel menos poluente; 5) Rua do comércio popular na China – espetos de escorpião e aranha.

7 Logo após essa atitude unilateral, que hoje coloca os Estados Unidos como único país não signatário deste acordo de singular importância, Donald Trump fez-se fotografar com um grande grupo de carvoeiros, afirmando que o problema ecológico não existe. Não fosse a fotografia, o acontecimento pareceria inacreditável.

Sendo assim, dois aspectos jurídicos referentes à tragédia não podem ser omitidos. O Ministério Público Federal denunciou 21 pessoas por homicídio qualificado, com dolo eventual, e uma pessoa por crime de apresentação de laudo ambiental falso. O MPF também denunciou as empresas Samarco, Vale e BHP Billiton por nove crimes ambientais.

Os procuradores da República constataram falhas no processo de licenciamento da barragem da Samarco, fiscalização frouxa e gestão temerária da empresa, que teria previsto antecipadamente a ocorrência da tragédia em um relatório interno produzido por seu departamento de Geotécnica. (TRIGUEIRO, 2017, p. 61-62).

O documento, confiscado pelo Ministério Público, relata circunstâncias semelhantes ao que veio a suceder, sem que tenha havido ação da mineradora para evitar a tragédia. Esta incomensurável tragédia mostra que a privatização da empresa Vale do Rio Doce trouxe malefício para o Brasil e seu povo, assim como o descontrole ambiental desta empresa, aliada à Anglo-Australiana BHP Billiton, não deixa dúvida.

8. Menosprezo à Constituição: ameaça à vida

As referências às mais recentes agressões ao meio ambiente são suficientes para demonstrar sua gravidade, sendo indispensável que se refira ao contexto histórico-político-econômico em que se inserem. Essas agressões são impulsionadas pelo aspecto neoliberal do capitalismo, o qual, incentivando o lucro pelo lucro, impulsiona os homens a esquecerem que são transeuntes que habitam uma casa - o planeta Terra - e que têm responsabilidade transgeracional de conservá-la e preservá-la para seus descendentes.

O trabalho ideológico do neoliberalismo não só o apresenta como imperativo histórico incontornável, como busca identificá-lo com a mundialização. Entretanto, sendo esta uma

tendência natural das possibilidades humanas, não se pode aceitar que deva orientar-se pela força antiecológica do mercado sem controle. O problema ecológico é, hoje, "mais sério do que nunca por causa da crise sistêmica em que entramos" (WALLERSTEIN, 2002, p. 111-121). Não se pode aceitar a anemia da política, dominada pelo desvirtuamento da economia indiferente ao ser humano, nem a ciência orientada por um paradigma incapaz de compreender a multiplicidade e a interligação de todas as dimensões da vida.

Verdade é que, para civilizar o sistema capitalista vigente, é indispensável civilizar o homem para que este lute contra a sua tendência ao egoísmo e à indiferença pelo próximo, orientando-se em direção à amizade e à solidariedade, hoje tragicamente esquecidas. Para que se caminhe neste sentido, é indispensável a educação generalizada, o que não pode acontecer com a péssima distribuição da renda vigente no mundo.

Como muito bem assinalou Fabio Konder Comparato, em seu Discurso de Despedida, em 09 de agosto de 2006, por ocasião de sua aposentadoria na Faculdade de Direito da USP, é preciso respeitar a Constituição, conforme seus artigos 1º, III; 3º, I; 3º, III e 170, VII, VIII, ao que este escrito demanda o acréscimo do art. 225 da CF. Em seu pronunciamento, este incomparável jurista, paradigma da honestidade e da busca do bem público, já assinalava que, em menos de 18 anos de vigência, a atual Constituição brasileira já fora remendada 58 vezes. E que "em nenhuma dessas mudanças os proclamados representantes do povo dignaram-se a consultá-lo" (COMPARATO, 2006).

O que dizer do contexto histórico atual, em que as alterações constitucionais têm sido feitas seguindo orientação político-econômica neoliberal, em desrespeito ao povo? A iniquidade ética do que vem acontecendo no Brasil é claramente perceptível mesmo no domínio infraconstitucional, bastando que se lembre da medida provisória que, afirmando ter por objetivo reduzir o gasto público, diminuiu o salário mínimo em R\$ 4,00, o qual passou da ínfima quantia de R\$ 969,00 para R\$ 965,00 ao mês.

Não é preciso lembrar para que se perceba o descaso com o povo brasileiro. Onde está o respeito da dignidade da pessoa humana? A indignidade dos opressores apaga a Constituição? E a agressão irresponsável ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, indispensável à sadia qualidade de vida, vai continuar? É preciso reagir, o que não é possível sem ultrapassar uma visão formalista do direito, a qual impede sua ligação à vida.

9. Referências

- ARISTÓTELES. *Éthique à Nicomaque*. 2. ed. v. 6. Paris: Librairie philosophique J. Vrin, 1967.
- ARISTÓTELES. **La politique**. 2. ed. Paris: Librairie Philosophique J. Vrin, 1970.
- AZEVEDO, P. F. de. **Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica**. Porto Alegre: Fabris, 1989.
- BATIFFOL, H. **La philosophie du droit**. Paris: Presses Universitaires de France, 1966.
- BODENHEIMER, E. **The Philosophy and Method of the Law**. rev. ed. Cambridge, Mass.: Harvard University, 1978.
- CARMELLO, C. O fim dos oceanos. **Super Interessante**, São Paulo, p. 60-67, dez. 2008.
- COMPARATO, F. K. **Discurso de jubilação**. São Paulo: Arcadas, 2006.
- DÍAZ, E. **Sociologia y filosofía del derecho**. Madrid: Taurus, 1976.
- FAORO, R. **A injustiça nos Tribunais**. Aula inaugural na Faculdade de Direito da UFRGS em 20 mar. 1986. Porto Alegre: UFRGS, 1986.
- FERRAZ JUNIOR, T. S. **Conceito de sistema no direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.
- LUKIC, R. **Théorie de l'état et du droit**. Paris: Dalloz, 1974.
- Mata-Machado, E. de G. **Elementos de teoria geral do direito**. 3. ed. Belo Horizonte: UFMG/PROED, 1986.
- NUNES, A. J. A. **Neoliberalismo e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- PLATÃO. **Oeuvres complètes**. Tome II. Paris: Gallimard, 1950.
- PUGGINA, M. O. Discurso de posse no Tribunal de Justiça do RGS. **Revista de Jurisprudência do T.J.RGS**, Porto Alegre, v. 32, n. 181, p. 402-408, abr. 1987.
- RAMONET, I. Soulager la planète. **Le monde diplomatique**, Paris, nov. 1997.
- ROUSSEAU, J. J. **Du contrat social**. Paris: Garnier-Flammarion, 1968.
- SANTOS, B. de S. **O futuro da democracia**. Portal Carta Maior. 6 set. 2006. Disponível em: <<http://www.cartamaior.com.br/?/Coluna/O-futuro-da-democracia/19415>>. Acesso em: 27 ago. 2017.
- TRIGUEIRO, A. Bacia do rio Doce: a maior tragédia ambiental do Brasil. In: _____. **Cidades e soluções: como construir uma sociedade sustentável**. Rio de Janeiro: LeYa, 2017.
- VERDENAL, R. A filosofia positiva de Augusto Comte. In: Châtelet, F. (Ed.). **História da filosofia: ideias, doutrinas**. v. 5. Rio de Janeiro: Zahar, 1974.
- WALLERSTEIN, I. Ecologia e custos capitalistas de produção. Sem saída. In: _____. **O fim do mundo como o concebemos: Ciência social para o século XXI**. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

“AS PLACAS” E A CONDUÇÃO POLÍTICA DO ESTADO: ESTUDO SOBRE A DISTINÇÃO ENTRE A FUNÇÃO ADMINISTRATIVA E A FUNÇÃO DE GOVERNO

*Maren Guimarães Taborda*¹

¹ Mestre e doutora em Direito Público pela UFRGS. Especialista em Gestão Tributária pela Universidad Castilla-La Mancha. Professora titular de História do Direito (Graduação) e de Direito Constitucional (Programa de Pós-Graduação em Direito) na FMP/RS. Procuradora do município de Porto Alegre. E-mail: <tabordamaren@yahoo.com.br>. O presente texto é reprodução parcial de “Função administrativa e função de governo: o ‘giro do carteiro’ e a condução política do Estado”, em ÁVILA, Humberto (Org.). **Fundamentos do estado de direito**: estudos em homenagem ao professor Almiro do Couto e Silva. 1. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. v. 1, p. 262-292. É estudado no grupo de pesquisa “O princípio da publicidade na constituição democrática: transparência, direito fundamental de acesso e participação na gestão da coisa pública”, no tema **Teoria da Constituição**, desenvolvido junto ao mestrado em Direito da FMP/RS.

1. Introdução

"Função" é vocábulo da língua portuguesa originado do latim *functione* ou *functio*. Palavra derivada da forma verbal *fungi*, que significa "cumprir", "realizar", em oposição a "fazer" no sentido passivo, *functio* indica desobrigar-se, saldar dívida e pagamento de taxa,² ou, mais especificamente, cumprimento de um dever, tarefa, encargo ou obrigação.³ Função designa, igualmente, "ação própria ou natural dum órgão, aparelho ou máquina [...] utilidade, uso ou serventia".⁴ Em linguagem filosófica, função pode ser operação (correspondendo à palavra grega *ergon*, usada por Platão para dizer que a função da alma no seu conjunto é a de comandar e dirigir) própria de cada coisa, "no sentido que é o que cada coisa faz melhor que outras coisas",⁵ com um caráter finalístico e realizador (operação ou ação dirigida a um fim e capaz de realizá-lo) ou, ainda, relação, conforme a concepção matemática, segundo a qual função é regra que une as variações de dois grupos de quantidades ou a operação mesma de aplicar tal regra.

Quando a expressão latina *functio*, usada na forma verbal *fungi*, vinha acompanhada dos vocábulos *munus*⁶ e *officium*,⁷ denotava equiparação, distinção, além de um simples dever, obrigação ou encargo e, ainda, autoridade, dignidade, serviço ou ofício, passando a significar o cumprimento ou o exercício de

incumbências relativamente permanentes. O sentido originário de função é, pois, necessariamente coligado a ofício (serviço), isto é, à abstrata prefiguração de competência para o desenvolvimento de determinada atividade.⁸ Advém daí que não importa, nessa definição, só o sujeito – pessoa física ou jurídica – titular do serviço que desenvolve a atividade, mas a ligação de tal atividade com o serviço, independentemente de quem seja o titular deste último (Caio, Tício, ou Sempronio). Essa possibilidade de se substituir, indiferentemente, os sujeitos ou os objetos, tendo em vista determinada destinação, também se encontrava na definição, por exemplo, das coisas fungíveis como *res quae functionem recipiunt*: o que importava, então, era a destinação da coisa, o verdadeiro fim que destinava satisfazer. De forma análoga, quando considerada a atividade do sujeito titular de um serviço decorrente da finalidade da mesma, o termo função passava a ter o significado de delegação para um fim (*deputatio ad finem*).⁹

Considerando ainda a utilização do termo para referir os elementos determinantes dos encargos de um serviço (referência ao conteúdo ou objeto da atividade), tem-se que, do significado originário de função enquanto atividade de um serviço – função-serviço –, resultaram outros dois, a saber: função-tarefa (dever) e função-finalidade.¹⁰ O uso frequente e indistinto dessas duas últimas acepções não se justifica por um motivo lógico, segundo o qual o conteúdo e o objeto de uma atividade unitariamente considerada determinam a finalidade, e sim pelo fato de que é função a atividade relevante como tal, em sua continuidade e globalidade, e não em suas particulares manifestações ou determinações. A noção de relevância contínua ou global se decompõe nas particulares noções de relevância de conteúdo, de objeto, de finalidade e de serviço, para fins de caracterização de uma atividade como função, conforme seja função-serviço, função-finalidade ou função-tarefa.¹¹

2 Cf. ERNOUT, A.; E MEILLET, A. *Dictionnaire Étymologique de la Langue Latine (Histoire des Mots)*. 4. ed. Paris: Éditions Klincksieck, 1985. p. 262.

3 MODUGNO, Franco. *Enciclopedia del Diritto*. Milão: Giuffrè, 1964. Vol. XVII. Verbetes "Funzione", p. 301, *verbis*: "Derivato dal latino *functio*, sta ad indicare, in primo luogo, l'adempimento di un compito, di una mansione, di un obbligo".

4 FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio da língua portuguesa*. 2. ed. 35. reimp. São Paulo: Nova Fronteira, 1996. Verbetes "Função".

5 ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. Tradução por Alfredo Bosi. São Paulo: Ed. Mestre Jou, 1970. p. 450-451.

6 *Munus* era a forma viva de *munia* (-ium), indicando funções oficiais, deveres, encargos de um magistrado. Dos múltiplos significados de *munus*, os mais destacados são: cargo, ofício, emprego, dever, cuidado, graça, favor, o que é obrigado, que está na obrigação de. Cf. MEILLET, op. op. cit., p. 422, e SARAIVA, F. R. Santos. *Novíssimo dicionário latino-português*. 10. ed. Rio de Janeiro: Livraria Garnier. 1993. Verbetes "Munus", p. 761.

7 Dever, obrigação moral, o que se deve fazer por obrigação, sentimento de dever. O primeiro sentido foi de execução de uma tarefa, tarefa a executar. Cf. MEILLET, op. op. cit., p. 459, e SARAIVA, op. op. cit., p. 814.

8 MODUGNO, op. cit., p. 301.

9 MODUGNO, op. cit., p. 301.

10 Cf. MODUGNO, op. cit., p. 301-302.

11 Cf. MODUGNO, op. cit., p. 302

Modugno¹² aponta ainda outro significado próprio de função, o que chama função-poder, pois "o poder é o conjunto de órgãos que exercem institucionalmente uma função com a correlativa autoridade", e finaliza afirmando ser função uma atividade atribuída a um ente, "prefigurada no conteúdo e na finalidade, implicando um certo efeito, ainda que livremente escolhida, à qual aceda uma autoridade (potência ou força)".¹³

Como concretização do poder político, a expressão "função do Estado"¹⁴ desdobra-se em dois sentidos possíveis, relacionados ambos com o sentido originário da expressão "função": função como tarefa ou incumbência em que o elemento finalístico se manifesta diretamente ou como atividade na qual a finalidade se manifesta indiretamente. Na primeira acepção, é tarefa ou incumbência (encargo) correspondente a certa necessidade coletiva, uma finalidade do Estado que se concretiza em certa época histórica, traduzindo determinado vínculo entre a sociedade e o Estado, e "um princípio (ou uma tentativa) de legitimação do exercício do poder".¹⁵ Alargando-se o espectro das necessidades humanas coletivas, as funções-tarefas assumidas pelo Estado são cada vez mais complexas: vão desde a garantia da segurança e da paz civil até à promoção do bem-estar e da justiça social.¹⁶

As chamadas "funções-atividades" do Estado, a seu turno, constituem meios para atingir aquelas "funções-finalidades" previamente determinadas, são conhecidas através da análise

da obra do Estado, de seus órgãos, agentes e serviços e dependem das normas constitucionais concernentes à organização do poder político, principalmente as normas de fixação e repartição de competência dos órgãos estatais. Ainda nesse caso, deve-se distinguir entre um significado impróprio do termo que define o conteúdo ou a espécie de uma atividade (função política, de controle, consultiva) e um próprio, mas parcial, que se refere à formalização da atividade mesma (função administrativa, legislativa e jurisdicional). Generalizando, pode-se dizer, com Jorge Miranda,¹⁷ que função estatal no sentido de "atividade", pode ser definida "como um conjunto de actos (independentes ou aparentemente independentes uns em relação aos outros), destinados à prossecução de um fim comum, por forma própria". Assim, cada função ou atividade estatal é específica pelos seus resultados (elementos materiais), formalidades que exige e órgãos¹⁸ de que emana (elementos formais), bem como contínua e duradoura porque se desdobra em atos localizados no tempo, "que envolvem pessoas e situações diversas".¹⁹

Dentre as três funções estatais formalizadas na construção da ideia de Estado de Direito, a Função Administrativa, entendida materialmente (como execução), é a mais compreensiva de todas: não existe organização política – Estado – sem Administração "porque é a única função absolutamente ineliminável pela existência do ente político".²⁰ Do ponto de vista histórico, a Administração precedeu a todas as outras manifestações do poder estatal: um Estado pode existir sem leis ou juízes, mas não sem administração.²¹ No direito romano, na época imperial,

12 MODUGNO, op. cit., p. 303.

13 MODUGNO, op. cit., p. 303, **verbis**: "Il significato proprio e più comprensivo del termine funzione consiste dunque nell'indicazione di un'attività globalmente rilevante: il che significa attività attribuita ad un **munus**, ad un **officium**, ad un ente, pubblico o privato, prefigurata nel contenuto e nello scopo, vertente su un certo effetto, anche se liberamente prescelta, alla quale acceda una potestà."

14 "Estado" será sempre usado neste trabalho como sinónimo de organização política da sociedade, embora tenhamos em mente os argumentos contra e a favor do uso contínuo dessa expressão, amplamente difundida e aceita no início da Idade Moderna, em consequência do prestígio de que gozou a obra de Maquiavel, como pormenorizadamente discutido por Norberto Bobbio em **Estado, Governo e Sociedade**.

15 MIRANDA, Jorge. Funções, órgãos e actos do estado: apontamento de lições. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1990. p. 4.

16 Ainda conforme MIRANDA, J., op. cit., p. 5, essa crescente complexidade das funções assumidas pelo Estado "decorre do alargamento das necessidades humanas, das pretensões de intervenção dos governantes e dos meios de que se pode dotar [...]"

17 MIRANDA, J., op. cit., p. 8.

18 "Órgão", em sentido anatómico ou fisiológico, é parte do corpo dos seres vivos, que goza de certa autonomia e desempenha uma ou mais funções especiais. Do ponto de vista jurídico, em uma primeira acepção, os órgãos desempenham funções atribuídas às pessoas privadas ou públicas. A publicização da noção de pessoa jurídica – base da construção da Teoria do "Estado de Direito" – se deu a partir do conceito de órgão e, assim, chegou-se à ideia de que órgãos são centros de competência instituídos pela Constituição ou pela ordem jurídica, para o desempenho das funções estatais, em uma segunda acepção jurídica do termo "órgão". Na **Teoria geral do Estado**, de Georg Jellinek, é onde aparece sistematizada a noção segundo a qual o órgão é o centro de unificação "da vontade de uma associação", isto é, seu instrumento.

19 MIRANDA, J., op. cit., p. 8.

20 MODUGNO, op. cit., p. 210.

21 Cf. STASSINOPOULOS, Michel. **Traité des Actes Administratifs**. Atenas: Collection de L'Institut Français d'Athènes, 1954. p. 2.

ocorreu a primeira especialização material do que se entende, modernamente, por "funções estatais", através do processo extraordinário – *cognitio extra ordinem*; a legislação foi a segunda e última especialização, só possível com o Estado moderno e as revoluções liberais, com sua nova concepção de lei. Com base nessas premissas, este estudo procura distinguir entre o significado próprio e parcial de "função-atividade executiva" (função administrativa) e um dos seus conteúdos e espécies, a "função de governo", aqui compreendida como "função-atividade" executiva em sentido impróprio. Para alcançar tal objetivo, far-se-á, preliminarmente, uma fixação do que se entende por "função de governo" (1). A seguir, é necessário comparar, na perspectiva histórica, diversas teorias sobre a referida distinção, surgidas no âmbito do direito francês (2), do direito alemão (3) e do direito brasileiro (4), verificando-se divergências e pontos de contato.

2. A função executiva e suas tarefas

Na medida em que a função executiva é "capaz de tornar-se ativa por iniciativa própria",²² ela compreende o exercício de tarefas em si muito diferentes. De acordo com isso, a Constituição é o elemento fixo, permanente, da vida do Estado; a administração, a sua atividade, que se manifesta a partir do governo (*Regierung*).²³

O governo, enquanto elemento essencial da ordem democrática, só foi realçado enquanto "função" em época recente, principalmente na Alemanha, para indicar tarefas de decisão criadora, de iniciativas políticas, de direção sintética da ordem estatal e controle, dirigentes das atividades políticas.²⁴ O Poder Executivo, segundo isso, exerce função de governo unido ao Parlamento, porque a realização dos objetivos do governo de-

pendem, em grande parte, da criação de leis, de modo que o "governo" só é possível com o apoio da maioria.²⁵

Tradicionalmente, a doutrina alemã entendeu que a atividade do Estado se manifesta em diversas direções e pode ser distinguida em funções particulares de editar o direito (*Rechtsetzung*), dizer o direito (*Rechtsprechung*) e administrar em sentido estrito (*Verwaltung*) e, por isso, outros autores, como Malberg (no âmbito da doutrina francesa), afirmaram haver uma parte muito importante da Função Administrativa que não se caracteriza por subordinação à lei,²⁶ porquanto em todo Estado se pode encontrar a oposição entre atividade livre e atividade regrada. O maior campo de aplicação da atividade livre é a legislação, mas para a Administração, tal liberdade não é menos importante: é a atividade de governo que decide a guerra (política exterior), preside as relações entre o Governo e o Parlamento implicando a nomeação de ministros, de funcionários, o mando supremo das forças armadas, o direito de indulto e de conceder honras políticas.²⁷

O problema do reconhecimento, pela doutrina, de uma função política ou governamental ao lado das três funções formalizadas na construção do Estado de Direito está "íntima e necessariamente ligado à consagração legal de um controle jurisdicional mais ou menos desenvolvido da actividade da Administração",²⁸ porque, sem esse controle, não há por que indagar-se sobre o cabimento de uma atividade política ao lado da atividade administrativa. É a respeito da maior ou menor parte da atividade do Executivo, isenta de controle pela Justiça Administrativa ou pela Justiça encarregada do contencioso administrativo, que se pode falar em uma atividade especificamente política ou de governo.

Historicamente, no âmbito do direito alemão, a expressão "governo" antecedeu à de "administração",²⁹ uma vez que esta

22 Cf. HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução por Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1998. p. 37, 43.

23 Cf. FLEINER, Fritz. **Les Principes Généraux du Droit Administratif Allemand**. Paris: Delagrave, 1933. p. 9.

24 Cf. HESSE, op. cit., p. 398.

25 Cf. HESSE, op. cit., p. 400.

26 Cf. MALBERG, R. Carré de. **Contribution à la Théorie générale de l'État**. Paris: Sirey, 1922. p. T.I, p. 523.

27 Cf. JELLINECK, op. cit., p. 467.

28 QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. **Teoria dos Actos de Governo**. Coimbra: Coimbra, s/d. p. 28.

29 Cf. STASSINOPOULOS, op. cit., p. 22.

última serve para designar toda a atividade do Executivo sob o regime do Estado de Direito, ou "tudo o que o Estado faz".³⁰ Originariamente, compreendeu-se sob *Regierung* a atividade inteira do Estado: legislação, justiça e administração. A justiça, isto é, domínio dos tribunais ordinários, foi a primeira atividade que se tornou independente, distinguindo-se os negócios de governo dos negócios da justiça. Com o advento do *Reschsstaat*, a legislação, fruto da colaboração da representação nacional, aparece como oposta ao restante das atividades estatais. "Para toda a atividade que não é nem justiça nem legislação, a palavra administração foi introduzida"³¹ designando uma nova atividade que também se destacou do governo e que está posta ao lado da Justiça, mas a ela se opõe.

A questão da controlabilidade da atuação do Estado se coloca não só com relação à Administração ou ao Executivo, mas igualmente em relação ao Legislativo. Ali onde a defesa da Constituição esteja confiada aos tribunais (gerais ou especiais), há controle dos atos políticos do Legislativo, mas isso não significa que exista, necessariamente, fiscalização da atividade política do Executivo. Exemplo disso é o sistema norte-americano, cuja técnica de controle de constitucionalidade exclui da apreciação da *Supreme Court* as chamadas *political questions*, isto é, as questões relativas à atividade governamental do Executivo.³² É no domínio das questões políticas que o Executivo reivindica a isenção de controle judicial, em face da envergadura dos interesses públicos nelas envolvidos, que, para seu equacionamento requerem "o primado da acção, porventura da acção momentânea e vitoriosa, da decisão sobre a norma".³³ Se o Governo estiver completamente sujeito à fiscalização judicial, não poderá exercer adequadamente sua competência política de direção ou, como assevera Jellineck, "será politicamente impossível".³⁴ Na tentativa de distinguir atos políticos de atos

administrativos, a doutrina francesa construiu a teoria dos atos de governo e a doutrina alemã, a teoria da discricionariedade. A doutrina brasileira, desde o séc. XIX, faz a distinção entre "governo" e "administração", com a tendência a identificar alguns atos políticos como não sindicáveis. É o que se verá a seguir.

3. A Teoria dos Atos de governo no direito francês

A Teoria dos Atos de governo surgiu no âmbito do direito administrativo francês indicando, ao lado da "teoria das circunstâncias excepcionais", uma inflexão ou limite ao princípio da legalidade administrativa, uma vez que, lá, há um vínculo "forjado pela história" entre "a ideia substancial de legalidade e os mecanismos processuais de seu controle".³⁵ Essa teoria de uma atividade política contraposta à atividade administrativa do Executivo, criada jurisprudencialmente e sancionada pelo legislador em 24 de maio de 1872, é o resultado da progressiva jurisdicionalização do controle da Administração, isto é, da institucionalização do Conselho de Estado como tribunal especial independente, com jurisdição própria.

Assim, não sendo mais o Conselho de Estado um órgão de *justice déléguée* e sim de *justice retenue*, era necessário criar uma barreira diante da jurisdição administrativa, de modo que certos atos do Executivo restassem livres de apreciação judicial.³⁶ No primeiro estágio da doutrina, marcado pela jurisprudência do Conselho de Estado durante o Segundo Império, foram considerados "atos de governo" aquelas providências inspiradas por um "móbil político", de modo que, em 1822, o Conselho rejeitou uma reclamação alegando estar frente a uma "questão política" cuja decisão pertencia exclusivamente ao

30 LABAND, Paul. *Le Droit Public de L'Empire Allemand*. Trad. francesa da 1ª ed. por C. Gandilhon. Paris: V. Giard & E. Brière, 1901., p. 513.

31 MAYER, Otto. *Le Droit Administratif Allemand*. Paris: V. Giard & E. Brière, 1903. p. 3. [Tradução francesa feita pelo autor.]

32 QUEIRÓ, op. cit., p. 17.

33 QUEIRÓ, op. cit., p. 21.

34 Cf. QUEIRÓ, op. cit., p. 23.

35 CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Coimbra: Almedina, 1987. p. 67.

36 Cf. QUEIRÓ, op. cit., p. 45-46; DEBBASCH, Charles; RICCI, Jean-Claude. *Contentieux Administratif*. 5. ed. Paris: Dalloz, 1990. p. 75; CORREIA, op. cit., p. 67.

Governo.³⁷ Já em 1867, o mesmo órgão afirmou serem os atos políticos aqueles que, por sua natureza, não podem ser atacados pela via contenciosa.³⁸

Essa doutrina foi abandonada pelo Conselho em 1875, ao entender que tais atos estão naturalmente limitados aos objetos em que a lei julgou necessário conceder ao Governo poderes gerais discricionários e que, por isso mesmo, estão subtraídos a qualquer controle. Com efeito, a decisão *Prince Napoléon*, de 19 de fevereiro de 1875, marca o abandono da teoria do "móvil político", mas não o abandono completo da "teoria dos atos de governo": apenas reduziu fortemente o seu campo de aplicação.³⁹ A doutrina, principalmente Laferrière, bem que se esforçou para construir um conceito de função governamental autônomo daquele de função administrativa, mas, ante a ausência de resultados suficientes, a jurisprudência chegou a uma solução empírica do ato de governo ou "teoria da enumeração", cuja lista vem diminuindo cada vez mais. Dessa forma, a doutrina procurou encontrar critérios materiais de fundo que presidissem à enumeração jurisprudencial, para concluir que atividade governamental é aquela de execução de preceitos constitucionais, ao contrário dos atos administrativos puros, que seriam, "execução de uma disposição legal ordinária".⁴⁰

Uma parte considerável da doutrina francesa (Devolvé/Vedel, seguidos por Rivero) impugna a ideia de ato de governo como uma espécie irrecorrível de ato administrativo, uma vez que "a razão da irrecorribilidade daqueles que habitualmente são agrupados sob essa rubrica se extrai do jogo normal das regras do contencioso".⁴¹ Vedel,⁴² aliás, reputa "falsa" a distinção jurídica entre "governo" e "administração", asseverando ter a mesma somente um "valor político". Do ponto de vista jurídico, ainda que seja verdadeiro que o Poder Executivo tenha outras

atividades que não são execução de leis em sentido estrito (relações constitucionais entre o Parlamento e o Governo, apresentação de projetos de lei à Assembléia Nacional, condução das relações exteriores com outros Estados ou coletividades internacionais), o regime jurídico de tais atos é o mesmo dos atos administrativos *stricto sensu* (puramente executivos), e isso se manifesta claramente pelo fato de que diversos ramos da Administração têm por chefes os ministros, membros do Governo.

Assim, uma fiscalização da competência, forma, fundo e fim dos atos do Executivo substitui, sem grandes inconvenientes, a "tradicional insindicabilidade absoluta dos actos de governo",⁴³ de modo que restam incontrolláveis apenas os atos que traduzem a discricionariedade facultada aos agentes políticos pelo legislador, de forma residual. Tais atos se apresentam em duas categorias: atos relativos às relações do Poder Executivo com o Poder Legislativo e atos que põem em causa a condução das relações exteriores da França.

Na primeira categoria se encontram atos como a decisão do Primeiro Ministro de depositar um projeto de lei, de recusar o depósito de um projeto de lei (CE, 29 de novembro de 1968) ou, ainda, de retirar tal projeto; a recusa do Primeiro Ministro em propor ao Presidente da República que vete uma revisão da Constituição pelo Parlamento (CE, 26 de fevereiro de 1992); o decreto de promulgação de uma lei (CE, 3 de novembro de 1933); o decreto submetendo um projeto de lei a referendo (CE, 19 de outubro de 1962); o decreto de dissolução da Assembléia Nacional (CE, 20 de fevereiro de 1989); a decisão de recorrer aos poderes excepcionais previstos no art. 16 da Constituição (CE, 02 de março de 1962).

Tratando da segunda categoria de atos, a jurisprudência entende como ato de governo aqueles que são relativos à condução das relações exteriores da França, tais como os que envolvem a elaboração, a assinatura e a ratificação (CE, 23 de julho de 1961) ou a suspensão (CE, 18 de dezembro de 1992) de tratados e acordos internacionais, ou, ainda a decisão de sus-

37 Decisão LAFITTE, de 1/5/1822, cf. DEBASCH, op. cit., p. 77.

38 DEBASCH, op. cit., p. 77.

39 Cf. *Analyse des grands arrêts du Conseil d'État et du Tribunal des Conflits*. Arrêt Prince Napoléon. 19 février 1875. [Siteo do Conselho de Estado Francês: <http://www.conseil-etat.fr>.]

40 QUEIRÓ, op. cit., p. 58.

41 CORREIA, op. cit., p. 68.

42 VEDEL, Georges. *Droit Administratif*. Paris: PUF, 1958, p. 18. Tomo I.

43 QUEIRÓ, op. cit., p. 70.

pendar provisoriamente testes nucleares (CE, 29 de setembro de 1995). Da mesma forma, são atos de condução de relações exteriores a decisão de votar em tal ou qual sentido nas diferentes instâncias internacionais (CE, 23 de novembro de 1984) ou a suspensão de qualquer cooperação científica e técnica com o Iraque durante a Guerra do Golfo (CE, 23 de setembro de 1992). Enfim, constituem igualmente atos de governo: a recusa de submeter um litígio à Corte Internacional de Justiça (CE, 9 de junho de 1962); a proteção de pessoas e bens franceses no estrangeiro (CE, 02 de março de 1966); a criação de uma zona de segurança nas águas internacionais para os testes nucleares (CE, 11 de julho de 1975) e a decisão segundo a qual o Ministro dos Assuntos Estrangeiros recusa a uma jurisdição estrangeira o direito de demorar-se na França na qualidade de membro de uma missão diplomática (CE, 16 de novembro de 1998). Constatou-se, assim, que o Conselho de Estado foi elaborando, casuisticamente, uma "lista" de atos de governo que compreendem atos dos órgãos de soberania, como os do Presidente, quando submete um projeto de lei a referendo, quando decreta anistia ou decide a dissolução da Assembleia Nacional. Da mesma forma, o Conselho de Estado qualifica como atos de governo as decisões relativas às relações do Governo com o Parlamento, ou do Governo com outros Estados ou organismos internacionais.⁴⁴

4. Teoria da Discricionariedade Administrativa no direito alemão

Se o modelo francês de legalidade constitui o que Carl Schmitt chamou de "Estado de Direito de tipo judicialista" (*Jurisdiktionsstaat*), cujo centro de atividade está colocado na Jurisdição como eixo principal de defesa dos cidadãos contra o arbítrio administrativo, o modelo alemão é exemplo de "Estado legislador" (*Gesetzgebungsstaat*), segundo essa mesma termino-

logia, porque, lá, o princípio é que a atividade da Administração pressupõe normalmente uma lei formal.⁴⁵ Com isso, está presente, no direito alemão, a ideia de que ou a vinculação da Administração à lei é rigorosa – há dever de atuação conforme a prescrição legal – ou essa vinculação é mais "afrouxada" – as autoridades administrativas obtêm certos espaços de atuação e decisão –, o que as deixa em condição de escolher entre consequências jurídicas diferentes.⁴⁶

A concepção de que existem certos espaços livres para a atuação da Administração decorre do fato de, no direito público germânico do séc. XIX, no que tange ao contencioso administrativo de anulação, a competência dos tribunais ter sido fixada pelos legisladores em um sistema de enumeração, também conhecido por "sistema prussiano", ou em um sistema de cláusula geral ou "sistema sud-alemão", de modo que não se apresentou, para a jurisprudência, nenhuma necessidade de se recorrer, em favor do Executivo, a uma teoria especial de atos do governo.⁴⁷ Em ambos os casos, o legislador concedeu ao Executivo uma ampla esfera de liberdade, fora de qualquer fiscalização jurisdicional, desde que não se atingissem os direitos subjetivos dos particulares, para cuja proteção o contencioso administrativo havia sido instituído. De acordo com Queiró "Uma jurisprudência dos 'actos de governo' foi obstaculizada pela jurisprudência da discricionariedade".⁴⁸

A doutrina alemã oitocentista, de modo geral, fazia oposição entre Governo e Administração, ficando o Governo fora do conceito geral de Administração, porquanto tal atividade não está contida nos limites da lei e não está, segundo essa concepção, submetida ao regime do direito. A crítica a esta posição se

45 Cf. QUEIRÓ, op. cit., p. 67; CORREIA, op. cit., p. 77.

46 MAURER, Harmut. Elementos de direito administrativo alemão. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 2000. p. 46-47. [Tradução das conferências realizadas em Porto Alegre, abril de 2000.]

47 Cf. QUEIRÓ, op. cit., p. 86. Sobre o sistema da enumeração, bem como o de cláusula geral ver MASUCCI, Alfonso. La legge tedesca sul processo amministrativo. In: **Quaderni di Diritto processuale amministrativo**. Milão: Giuffrè, 1991. p. 3-8.

48 QUEIRÓ, op. cit., p. 87.

44 Cf. DEBBASCH, op. cit., p. 81; VEDEL, op. cit., p. 170-172; RIVERO Jean. **Direito administrativo**. Coimbra: Almedina, 1981, p. 93-102; CHAPUS, René. **Droit Administratif Général**. 7. ed. Paris: Montchrestien, 1993. Tomo I, p. 841-846; QUEIRÓ, op. cit., p. 70; CORREIA, op. cit., p. 75-76.

faz no sentido de que o poder governamental sempre age sob a condição e nos limites das habilitações constitucionais.⁴⁹

A “liberdade de ação” de que goza o Governo, entretanto, não se confunde com aquela esfera livre de que se beneficia a Administração nos limites de seu poder discricionário: margem de livre apreciação da oportunidade e conveniência de atos ou medidas administrativas porque, além de serem “juridicamente coisas distintas [...] têm âmbito, alcance e significados diferentes”.⁵⁰ O legislador tem em vista o poder discricionário quando se remete à experiência técnica dos agentes administrativos, convidando-os a tomar, em certos casos, as medidas necessárias para a manutenção da ordem pública, ou a concretizar o comando legal.

A legislação e a teoria do direito falam de poder discricionário quando o direito objetivo deixa ao órgão que determine, ele mesmo, sua ação, isto é, quando a lei ou o direito atribuem a decisão última sobre o “justo”, o “correto”, o “apropriado”, no caso concreto, a alguém que tem a responsabilidade de decidir segundo sua convicção pessoal (valoração). Assevera English⁵¹ que isso é assim porque “se considera ser a melhor solução aquela em que, dentro de determinados limites, alguém olhado como pessoa consciente da sua responsabilidade, faça valer o seu próprio <ponto de vista>”, de modo que a discricionariedade no direito não apenas é inevitável, mas também algo de bom: o princípio do Estado de Direito conforma a discricionariedade no sentido de que a convicção pessoal “de quem quer que seja chamado a decidir, é elemento decisivo para determinar qual das várias alternativas que se oferecem como possíveis dentro de certo <espaço de jogo> será havida como sendo a melhor e a <justa>”,⁵² principalmente no domínio da Administração e da Jurisdição.

O motivo para a concessão da liberdade de decisão para a Administração não é só, como para concessão de poder discri-

cionário ao juiz, a necessidade de ter em conta singularidades (concretizações), pois, em certos casos, só a autoridade administrativa é tecnicamente competente para editar algumas medidas que concernem ao interesse público. Isso é assim porque o legislador, “muitas vezes, não está capacitado para colher a multiplicidade da vida e adotar uma regulação que satisfaça todas as possibilidades e alternativas da prática”, diz Maurer,⁵³ e, por isso, a autoridade deve, em virtude do poder de auto-determinação que lhe confere o legislador, escolher dentre as diferentes soluções possíveis, aquela que, na espécie, responde melhor às instruções da lei. Em princípio, não existe um poder discricionário livre, mas somente um juridicamente vinculado: quando a autoridade atua em desconformidade com a finalidade da autorização e extrapola os limites legais do poder discricionário,⁵⁴ ela atua antijuridicamente e, nesse caso, os tribunais “estão obrigados a revisar a observância das vinculações do poder discricionário e a revogar uma decisão de exercício de poder discricionário vicioso por causa da antijuridicidade.”⁵⁵ Assim, os limites exteriores são os vícios de poder discricionário, que constituem uma ilegalidade, pois a Administração está proibida de agir arbitrariamente na esfera de liberdade que lhe é deixada. Daí que, se a autoridade não faz uso do poder discricionário que lhe compete, excede o quadro determinado legalmente (escolhendo uma consequência não prevista), abusa do poder discricionário, não se deixando dirigir exclusivamente pela finalidade da autorização e, ainda, viola direitos fundamentais e princípios administrativos gerais, pode ser obrigada, pelos tribunais, a revisar e a revogar sua atuação.⁵⁶

Na Alemanha, o problema da discricionariedade está ligado aos possíveis âmbitos da reserva de lei, de forma que a questão de saber se a administração está rigorosamente vinculada ou tem espaço livre de atuação se determina de acordo com as regulações legais respectivas.⁵⁷ É o legislador quem de-

49 MALBERG, op. cit., T.I, p. 523.

50 QUEIRÓ, op. cit., p. 24; ver, também, MAURER, 2000, p. 48-49; FLEINER, op. cit., p. 93.

51 ENGLISH, Karl. Introdução ao pensamento jurídico. Tradução de J. Baptista Machado. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988. p. 222.

52 ENGLISH, op. cit., p. 227.

53 MAURER, 2000, p. 49.

54 Cf. MAURER, 2000, p. 50.

55 MAURER, 2000, p. 50.

56 Cf. MAURER, 2000, p. 50-52.

57 Cf. MAURER, 2000, p. 49; MAURER, 1994, p. 26..

limita este espaço de atuação, usando, para tanto, expressões como "pode", "tem a permissão de", "tem o direito de", em vez de palavras como "deve" e "está obrigado a", e a autoridade administrativa disso não pode desviar-se.⁵⁸ Quando, no entanto, falta essa determinação, e a Administração resta "mais livre ainda", ela estará vinculada "no máximo, aos princípios gerais de direito administrativo e à Constituição, particularmente aos direitos fundamentais que, todavia, em regra, não oferecem diretivas para a solução de casos particulares."⁵⁹ É justamente nesses casos que se coloca a questão da reserva de lei, pois, ao contrário da primazia da lei, que vincula a administração às leis existentes, mas não proíbe uma atuação sem lei, a reserva de lei "exige para a atividade administrativa no caso concreto, uma autorização legal."⁶⁰

A reserva de lei, cujo alcance não é determinado, é um dos problemas clássicos do direito público alemão, de modo que, na literatura jurídica, aparecem distinguidas quatro posições:⁶¹ a) a dos que entendem que se mantém o âmbito tradicional;⁶² b) os que consideram extinta a reserva geral e só existentes as reservas especiais próprias de certos direitos fundamentais;⁶³ c) a dos que sustentam que a reserva é total, abrangendo todos os setores e planos da atividade administrativa⁶⁴ e d) a dos que defendem o alargamento do âmbito tradicional, sem que isso signifique reserva total.⁶⁵ Esta última posição é a majoritária e

58 Cf. MAURER, 2000, p. 49-50.

59 MAURER, 1994, p. 62.

60 MAURER, 1994, p. 62.

61 Cf. CORREIA, op. cit., p. 84.

62 Posição de Bachof/Wolff e Peters, segundo a qual a função da reserva de lei "consiste em garantir a liberdade de actuação e a propriedade das pessoas físicas e colectivas, de modo que a esfera individual só possa ser atingida por actos ablativos mediante uma autorização legal", de forma que, quando a intervenção ablativa incida sobre direitos fundamentais, a norma habilitadora seja dotada de generalidade e abstração. Cf. CORREIA, op. cit., p. 84-85.

63 Tese sustentada por Vogel, Papier e Krebs, no sentido de que se a *Grundgesetz* não contém a proclamação explícita da reserva de lei e se ali constam reservas especiais, principalmente aquelas relativas aos direitos fundamentais, a figura desapareceu no direito germânico. Cf. CORREIA, op. cit., p. 38-39.

64 Posição de Jesch, parcialmente aceita pelo Tribunal Constitucional Federal e pelo Tribunal Administrativo Federal, no sentido de que toda a atuação da Administração está coberta pela reserva de lei, uma vez que, na presente estrutura constitucional, "a reserva de lei é ditada pela primazia orgânica do parlamento". Cf. CORREIA, op. cit., p. 40, 90, respectivamente.

65 Cf. MAURER, 1994, p. 62 e ss.; CORREIA, op. cit., p. 40.

se impôs, a partir de 1949, através de inúmeras decisões do Tribunal Constitucional Federal e do Tribunal Administrativo Federal. O entendimento dos tribunais é o de que o legislador está obrigado "jurídico-constitucionalmente – desatado da característica de intervenção – a tomar mesmo todas as decisões essenciais, sobretudo no âmbito do exercício dos direitos fundamentais".⁶⁶ Advém daí que, mantida a reserva de lei, seu âmbito deve ser definido de acordo com o critério da essencialidade do ato (*Wesenlichtkeitstheorie*), avaliada em função do significado, do peso, da fundamentalidade e da radicalidade da intensidade do comando jurídico para o cidadão e para a comunidade. Dessa forma, de acordo com a teoria da essencialidade, "é o Parlamento quem define os parâmetros jurídicos das questões essenciais à vida da comunidade, de modo que o Executivo possui competência normativa originária sobre todos os aspectos não 'essenciais' da função administrativa".⁶⁷

O incremento da atividade estatal trouxe para o primeiro plano a administração prestadora (*Leistungsverwaltung*), em detrimento da administração ablativa (*Eingriffsverwaltung*) e, na medida em que a Lei Fundamental afirmou o princípio do Estado Social, este recebe o poder-dever de conformação social, dirigido ao legislador e à Administração. Para este último, o princípio vale como critério orientador da discricionariedade.⁶⁸ Daí que, no direito alemão, é controvertida a demarcação das áreas da legalidade e da oportunidade na atuação administrativa em face dos casos concretos, pois essa depende do entendimento que se extraia da Lei Fundamental sobre o caráter meramente executivo e parcialmente autônomo do poder administrativo. Mesmo quando a Administração executa direta ou indiretamente as leis, depende, na área da discricionariedade e dos conceitos jurídicos indeterminados,⁶⁹ daquilo que se considere ser aplicação de

66 MAURER, 1994, p. 63-64.

67 CORREIA, op. cit., p. 759.

68 Cf. CORREIA op. cit., p. 89-90.

69 No equacionamento dos institutos da discricionariedade e dos conceitos jurídicos indeterminados, a doutrina alemã faz uma distinção entre previsão (*Tatbestand*) e estatuição (*Rechtsfolge*) das normas, de modo que, em certas circunstâncias, o legislador, em vez de estabelecer vinculativamente os efeitos de direito que deverão corresponder à previsão, deixa ao órgão da Administração a liberdade de configurar esses efeitos (*Rechtsfolge*), fazendo com que a discricionariedade seja de

comandos normativos ou exercício de livre apreciação.⁷⁰ Assim, quando a Administração executa a lei, os atos são sindicáveis, pois o controle é de legalidade; quando o ato pertence à esfera da discricionariedade, o juiz administrativo pode controlar o juízo de oportunidade quando desenvolve a aplicação de princípios gerais como o da proporcionalidade e da igualdade.⁷¹

5. Governo e Administração no Brasil

Em 1862, em meio a um debate sobre liberdade e centralização política e administrativa,⁷² o visconde do Uruguai, governador da Província do Rio de Janeiro, escreveu que, embora não seja possível separar as formas e a ação administrativas das formas e da ação dos poderes políticos, há uma diferença notável entre Governo e Administração: "como govêrno, o Poder Executivo aplica por si só e diretamente as leis de ordem política",⁷³ promulga e executa as leis, é o encarregado e "depositário do pensamento político", dirige moralmente a Nação e suas relações com as demais nações; "como administrador, o Poder Executivo não aplica, nem lhe é possível aplicar, por si só e diretamente, as leis da ordem administrativa", é poder secundário e subordinado ao poder político. O "governo" deve ser livre, seu poder é mais ou menos discricionário, "sujeito somente às leis (em cuja confecção intervém), à opinião e à representação

decisão (adotar ou não certa conduta) ou de escolha (escolher uma entre várias condutas possíveis). Dado que a discricionariedade sempre se localiza na parte da norma constituída pela estatuição e não na especificação dos pressupostos, quando isso ocorre, a relativização da vinculação da administração à lei é resultado da utilização de conceitos jurídicos indeterminados. Daí que, se o poder discricionário aparece no plano da consequência jurídica e o conceito jurídico indeterminado está localizado no tipo da regulação legal, a Administração obtém, pelo emprego de tais conceitos, um espaço de atuação que só pode ser apreciado judicialmente com limitações. Cf. MAURER, 2000, p. 54.

70 Cf. CORREIA, op. cit., p. 107.

71 Cf. MAURER, 2000, p. 51-52.

72 Cf. CARVALHO, José Murilo. *Federalismo e centralização no império brasileiro: história e argumento*. **Pontos e bordados**: escritos de história e política. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1999. p. 155 e ss.

73 URUGUAI, Paulino José Soares de Souza, Visconde de. **Ensaio sobre o direito administrativo**. Brasília: Ministério da Justiça, 1997. p. 25.

nacional"⁷⁴ e, finalmente, a "administração é [...] a ação vital do poder político e o seu indispensável complemento. O poder político é a cabeça, a administração o braço".⁷⁵ A partir disso, Uruguai acaba por afirmar que uma "vigorosa e bem combinada organização administrativa" pode, com algumas modificações, servir a qualquer governo, e dá o exemplo da França, onde a administração monárquica sobreviveu.⁷⁶ Embora Uruguai admita a posição daqueles que negam a utilidade de uma distinção entre Administração e Governo, afirma que tal diferença, ainda que não expressa em leis, resulta "da natureza das cousas, e do complexo jôgo da legislação",⁷⁷ e é mais prática do que teórica. A partir desse marco teórico, alguns importantes administrativistas brasileiros passaram a esboçar a distinção entre função administrativa e função de governo, ressaltando, na maioria dos casos, o aspecto da insindicabilidade dos denominados "atos de governo".

Da segunda geração de administrativistas brasileiros, ressalta a obra de Ruy Cirne Lima, em que o autor não traça fronteira precisa entre "Governo" e "Administração". Ele, aliás, sustenta que "Administração" é o governo ou a "gestão dos negócios de alguém" e que por 'Administração Pública' se entende tanto "a pessoa de direito público ou o órgão político, normalmente competente para exercer atividade administrativa dentro do Estado", como "a atividade administrativa em si mesma".⁷⁸ Atividade impessoal vinculada pela finalidade, "administração" é conceito antagônico ao de propriedade porque "sob administração o bem se não entende vinculado à vontade ou personalidade do administrador, porém, à finalidade impessoal que essa vontade deve servir". Nesses termos, a finalidade é fixada em lei, e, às vezes, poderá ficar a critério do próprio administrador sua determinação, de acordo com as circunstâncias.

74 URUGUAI, op. cit., p. 25.

75 URUGUAI, op. cit., p. 26.

76 URUGUAI, op. cit., p. 27. "Quando uma nação tem instituições administrativas conformes aos bons princípios, úteis, protetoras, arraigadas nos hábitos da população, os novos governos, dada uma mudança política, servem-se delas; apenas modificam uma ou outra base, um ou outro princípio, mas não as destroem, nem podem destruir."

77 URUGUAI, op. cit., p. 30.

78 LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de direito administrativo**. 6. ed. São Paulo: RT, 198. p. 19.

O Poder Executivo, no entanto, acerca dos negócios públicos, não tem atribuições irrestritas e sim "atribuições de administração",⁷⁹ pois a ele incumbe a determinação da finalidade, tendo em vista a utilidade pública e o dever de a ela vincular-se no desenvolvimento de sua atividade: "não o arbítrio que se funda da força – , mas a necessidade que decorre da racional persecução de um fim", sintetiza Cirne Lima.

Assevera Themístocles Brandão Cavalcanti que,⁸⁰ partindo da definição residual da função administrativa – administração é toda atividade que não se compreende dentro da legislação e da Justiça –, essa, "outrora compreendida na expressão genérica de *governo*, foi-se aos poucos diferenciando até assumir a posição que hoje ocupa no complexo das funções do Estado". Por isso, há uma esfera de atividades que, embora atribuíveis exclusivamente ao Poder Executivo, com a administração propriamente dita não se confundem: é a esfera do Governo ou da "função política".⁸¹ Por "governo" compreende-se um conjunto de atividades políticas ou "certa maneira de agir" em uma esfera em que o interesse e a conveniência preponderam. Ainda que a administração possa agir discricionariamente, ainda é apenas um modo de proceder, uma técnica, um processo para atingir determinado fim e, assim, não se confunde "o ato político com o administrativo, mesmo quando é considerado em sua feição discricionária".⁸² O ato político, então, de acordo com Brandão Cavalcanti, tem uma causa mais geral e está menos sujeito a circunstâncias que disciplinam o seu exercício, e se distingue do ato administrativo pelo conteúdo e pela finalidade.

Nos *Comentários à Constituição*, Pontes de Miranda adverte que, nos regimes presidencialistas, o presidente da República "deve ter o poder de ordenação política da Nação, não exclusivo, mas em sistema que não exclua a ordenação política da função integrativa da Justiça Constitucional, nem a vigilância

da Assembléia quanto à lei fundamental".⁸³ O chefe do Estado (ou chefe do Estado e o Governo, nos regimes parlamentares), também precisa ter o poder de intervenção nas coletividades interiores e da ação emergencial, o que é diferente de administrar ou executar *stricto sensu*, denominado pelo autor de "Função de decidir controvérsias", isto é, deliberar "sobre matérias cuja cognição lhe seja permitida" e decidir, "administrativamente, em casos de controvérsias entre o Estado e outras pessoas, privadas ou de direito público, se a lei lhes atribuiu tal competência" (grifos no original).⁸⁴

A doutrina administrativista mais recente oscila na matéria.⁸⁵ Hely Lopes Meirelles,⁸⁶ por exemplo, assegura haver diferença essencial entre "governo" e "administração": governo é o comando, a iniciativa, a fixação de objetivos do Estado e "a manutenção da ordem jurídica vigente", atuando mediante atos de soberania ou de autonomia política na condução dos negócios públicos. "Administração", em sentido formal, é o conjunto de órgãos que executam os objetivos do "Governo"; em sentido material, o conjunto das funções necessárias ao serviço público e, em sentido operacional, é "atividade técnica subordinada". Desse modo, de acordo com o autor, a Administração "não pratica atos de governo; pratica, tão-somente, atos de execução, com maior ou menor autonomia funcional, segundo a competência do órgão e de seus agentes".⁸⁷ Em resumo, assevera Hely Lopes Meirelles, "governo" é atividade política e discricionária; "Administração", atividade "neutra", vinculada à lei ou "à norma técnica". No que diz respeito à hierarquia, a conduta do Governo é independente; a da Administração, hierarquizada. Quanto à responsabilidade, o Governo tem responsabilidade constitucional e política, mas não tem "responsabilidade profissional pela execução"; a Administração, ao contrário, só tem

79 LIMA, op. op. cit., p. 21.

80 CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Tratado de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1955. V. I, p. 48.

81 CAVALCANTI, op. op. cit., p. 49.

82 CAVALCANTI, op. op. cit., p. 49.

83 MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*. Com a Emenda nº 1, de 1969. São Paulo: Editora RT, 1970. Tomo II, p. 267.

84 MIRANDA, F., op. op. cit., T.III, p. 269.

85 Cf. MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992. p. 140.

86 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 22. Ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 60.

87 MEIRELLES, op. cit., p. 61.

responsabilidade técnica e legal pela execução.⁸⁸ Se a Administração é o instrumental de que dispõe o Estado para pôr em prática as opções políticas do Governo, seu poder de decisão incide tão somente na área de suas atribuições "e nos limites legais de sua competência executiva, só podendo opinar e decidir sobre assuntos jurídicos, técnicos, financeiros ou de conveniência e oportunidade administrativas, sem qualquer faculdade de opção política sobre a matéria".⁸⁹

José Cretella Júnior,⁹⁰ a seu turno, embora admita a dificuldade de demarcar rigorosamente a fronteira entre "ato administrativo" e "ato de governo", assevera ser "ato de governo" ou "ato político" aquela manifestação de vontade do poder público que "escapa à revisão do Poder Judiciário" sem que constitua "decisão arbitrária" ou ato contrário ao Princípio da Legalidade. Para o autor, tais atos são indispensáveis em todos os sistemas jurídicos, porquanto são os únicos capazes "de descer a aspectos que só o poder governamental tem meios de apurar",⁹¹ isto é, são aqueles atos que tendem a defender o Estado e a sociedade de perturbações e ataques dos inimigos externos e internos, quando tais investidas possam abalar as instituições vigentes em seus fundamentos. Mais particularmente, "atos de governo" são atos que concernem às relações constitucionais do Estado e, sobretudo, à ordem pública do país, e que podem apresentar duas dimensões: material e formal. No aspecto material, são "atos políticos" ou "atos de governo" aquelas decisões do Poder Executivo e do Poder Legislativo, no exercício de atribuições próprias, ditadas em defesa da segurança do Estado e da Constituição, e que só têm como limites as liberdades públicas e os direitos subjetivos individuais;⁹² no aspecto formal, são "atos políticos" os que emanam do Congresso e só eventualmente do Poder Executivo. Ainda, "neste último caso, integram-se os atos políticos com a intervenção de uma Câmara

Legislativa, geralmente o Senado, como, por exemplo, os atos relativos à ordem internacional e à nomeação dos membros do Poder Judiciário".⁹³

Em face dessas considerações, Cretella Júnior acaba por afirmar que a diferença, então, entre ato administrativo e ato de governo reside em que estes últimos são "espécie" do gênero "ato administrativo" e não são suscetíveis de recursos, gerando apenas responsabilidade política ou moral. Além disso, para o autor, "a discricionariedade do ato político é maior do que a discricionariedade do ato administrativo",⁹⁴ mas ambos têm como limites as prerrogativas individuais, as liberdades públicas e os direitos subjetivos públicos. Embora o ato político se aproxime, em certos aspectos, dos atos administrativos discricionários, com eles não se confunde, na medida em que a discricionariedade política "está desvinculada de fórmulas apriorísticas, que, existentes, destituiriam a ação governamental da benéfica plasticidade que lhe é inerente".⁹⁵

Com posição contrária, Fernando Andrade de Oliveira⁹⁶ assevera haver mais pontos de afinidade do que divergências entre a função administrativa e a função governamental, uma vez que "em ambos os casos o desempenho da função pública se opera em uma área de relativa liberdade, conscientemente outorgada pelo legislador", e pelo fato de a autoridade administrativa (como a autoridade governamental) não estar "confinada ao cumprimento mecânico da norma superior".

Para Odete Medauar,⁹⁷ embora se possa perceber, em alguns casos, uma fronteira nítida entre os atos administrativos e os atos governamentais, v.g., na opção por determinada política econômica ou tomada de posição em questão internacional, tal distinção não é absoluta porque, nos Estados contemporâneos, a vida da Administração é produto de várias exigências da sociedade, tais como "exigência de quadro organizacional resultante

88 MEIRELLES, op. cit., p. 61.

89 MEIRELLES, op. cit., p. 61.

90 CRETTELLA JÚNIOR, José. Teoria do ato de governo. *Revista de Informação Legislativa*, n° 95, p. 73-75, jul./set. 1987.

91 CRETTELLA JÚNIOR, op. cit., p. 75.

92 CRETTELLA JÚNIOR, op. cit., *passim*.

93 Cf. CRETTELLA JÚNIOR, (nota 98), p. 78.

94 CRETTELLA JÚNIOR, op. cit., p. 79.

95 CRETTELLA JÚNIOR, op. cit., p. 80.

96 OLIVEIRA, Fernando Andrade de. Conceituação do direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, n° 120, p. 45, abr./jun. 1975.

97 MEDAUAR, op. cit., p. 141.

da Administração e governo, capaz de produzir atividades com o empenho e a presteza que a realidade atual exige dos poderes públicos", bem como a exigência de que a Administração se submeta à lei e ao Direito.

Reconhecendo a existência de "atos de governo" diferentes, pela finalidade e conteúdo, dos atos administrativos (não "políticos"), a tradição constitucional brasileira determinou o campo de ação do Governo, "determinando que ao Poder Judiciário fosse vedado conhecer de questões exclusivamente políticas",⁹⁸ a não ser que a ação governamental, no exercício de suas competências constitucionais, ameace ou venha a lesar direitos individuais. Os "atos de governo", muitas vezes, concretizam-se em "fatos políticos" ou "fatos administrativos", como a suspensão de fato da liberdade de reunião e de associação e a busca e apreensão em domicílio, em caso de decretação de estado de sítio (Constituição da República Federativa do Brasil, art. 137, incisos I a VII). Daí que "quaisquer dessas medidas, derivadas da autoexecutoriedade do ato político ou ato de governo, são legais, insuscetíveis, portanto, de revisão pelo Poder Judiciário".⁹⁹

Exemplos típicos de atos de governo estão elencados na Constituição da República, tais como os contidos no art. 49 da CRFB, cuja competência exclusiva de edição é do Congresso Nacional: a resolução definitiva sobre tratados, acordos e atos internacionais; a autorização para que o presidente da República declare a guerra e celebre a paz e permita o trânsito de forças estrangeiras no país; a autorização para que o presidente e o vice-presidente da República se ausentem do país; a aprovação do estado de defesa e da intervenção federal; a autorização de decretação de estado de sítio; a sustação de atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa; a apreciação dos atos de concessão e renovação de concessão de emissoras de rádio e televisão, entre outros.

98 CRETELLA JÚNIOR, op. cit., p. 80.

99 CRETELLA JÚNIOR, op. cit., p. 82.

Pelo art. 50 da CRFB, às Casas do Congresso Nacional e a suas Comissões, é conferida competência para convocar ministro de Estado ou quaisquer titulares de órgãos diretamente subordinados à presidência da República, para prestar, pessoalmente, informações sobre assunto previamente determinado, importando em crime de responsabilidade a ausência injustificada. Já pelo art. 51, incisos I e II, compete privativamente à Câmara dos Deputados praticar atos de governo como autorizar, por dois terços de seus membros, a instauração de processo contra o presidente e o vice-presidente da República e ministros de Estado, bem como proceder à tomada de contas do presidente da República, quando estas não forem apresentadas ao Congresso Nacional no prazo para tal instituído. Ao Senado Federal compete privativamente processar e julgar o presidente e o vice-presidente da República nos crimes de responsabilidade e os ministros de Estados nos crimes de mesma natureza e com aqueles conexos; processar e julgar os ministros do Supremo Tribunal, o procurador-geral da República e o advogado-geral da União nos crimes de responsabilidade, além de aprovar, previamente, por voto secreto, após arguição pública, a escolha de determinadas autoridades internas (ministros do TCU indicados pelo presidente, procurador-geral da República, presidente e diretores do Banco Central, governadores de territórios, por exemplo) e externas (chefes de missão diplomática de caráter permanente), conforme art. 52, incisos I a IV da Constituição.

Finalmente, ao presidente da República, enquanto chefe do Estado e do Governo, cabe, privativamente, pelo art. 84 da CRFB, nomear e exonerar ministros de Estado (inciso I), iniciar processo legislativo, na forma e nos casos previstos na Constituição (III), sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução (IV) e vetar projetos de lei, total ou parcialmente. A ele também compete, privativamente, todos os atos elencados nos incisos VII a XXIV do mesmo artigo, que incluem, entre outros, relacionar-se com Estados estrangeiros, celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional, decretar o estado de defesa e o estado de sítio, decretar e

executar a intervenção federal, declarar guerra quando autorizado pelo Congresso Nacional ou por ele referendado quando a ocorrência se der em intervalos das sessões legislativas, celebrar a paz, autorizado ou com referendo do Congresso .

Desde o final dos anos 1990 o STF já vem se posicionando no sentido de reconhecer uma esfera de ação das autoridades políticas não suscetível de controle judicial, como no caso do HC 72726-3,¹⁰⁰ em que o relator argumenta que a revogação do ato de expulsão de estrangeiro "circunscreve-se ao juízo de conveniência do Presidente da República" e, no julgamento do HC 72082-0, no qual se afirma ser a expulsão de estrangeiro um "ato discricionário do Poder Executivo". Tal ato, em que pese discricionário, submete-se às condições de legalidade e fundamentação. Assim, o Judiciário pode examinar a conformidade do ato com as leis vigentes, mas jamais a conveniência e a oportunidade da medida.¹⁰¹

Em decisões mais recentes sobre extradição, o STF sempre afirma restringir-se a sua cognição à legalidade extrínseca do pedido, sem exame de mérito,¹⁰² isto é, da conveniência e oportunidade (discricionabilidade) ora para deferir o pedido, ora para

100 "HC nº 72726-3 – Relator: Min. Ilmar Galvão. EMENTA: HABEAS CORPUS. EXPULSÃO FUNDADA NA NOCIVIDADE DA PERMANÊNCIA DO ESTRANGEIRO NO PAÍS. PEDIDO DE REVOGAÇÃO. FILHO BRASILEIRO, LEI N. 6.815/80, ART. 75, § 1º. (Informativo STF n. 40). In: BARBOSA SOBRINHO, Osório Silva. **Constituição federal vista pelo STF**. São Paulo: Editora Juarez Oliveira, 2000. p. 229.

101 "HC nº 72082-0 – REL. MIN. FRANCISCO RESEK. EMENTA: EXPULSÃO. DECRETO PRESIDENCIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONVERSÃO EM HABEAS CORPUS. ATO EXPULSÓRIO. DISCRICIONARIEDADE MITIGADA. POSSIBILIDADE DE RECURSO ADMINISTRATIVO E JUDICIÁRIO. CAUSA EXCLUDENTE DA EXPULSABILIDADE: FILHO BRASILEIRO DEPENDENTE DA ECONOMIA PATERNA. NÃO DEMONSTRADA. PEDIDO INDEFERIDO. [...] II – A expulsão é ato discricionário do Poder Executivo. Não se admite, no entanto, ofensa à lei e falta de fundamentação. Contra o ato expulsório são possíveis recurso administrativo – pedido de reconsideração – e apelo ao Poder Judiciário. Quanto a este, o escopo da intervenção, muito estreito. Cuida o judiciário apenas do exame de conformidade do ato com a legislação vigente. Não examina a conveniência e a oportunidade da medida, circunscrevendo ser na matéria de direito: observância dos precedentes constitucionais e legais (HHCC 58.926 – RTJ 98/1045 e 61.738 – RTJ 110/6550, entre outros). In: BARBOSA SOBRINHO, Osório Silva. **Constituição federal vista pelo STF**. São Paulo: Editora Juarez Oliveira, 2000. p. 229.

102 EMENTA: [...] VÍNCULOS FAMILIARES. CIRCUNSTÂNCIA QUE NÃO IMPEDE A EXTRADIÇÃO: SÚMULA 421/STF. ATENDIMENTO DE TODOS OS REQUISITOS LEGAIS. EXTRADIÇÃO DEFERIDA. [...] 2. No processo de extradição, a cognição deste Supremo Tribunal restringe-se à legalidade extrínseca do pedido, sem ingresso no mérito da procedência da acusação, pelo que descabe verificar contradições nos elementos de prova apresentados pelo Estado requerente, ou, ainda, perscrutar a existência de justa causa para a ação penal em curso na jurisdição estrangeira

anular o julgamento porque violado o preceito do *due process of law* (no caso concreto de ausência do defensor constituído).¹⁰³

6. Considerações finais

Em síntese, a respeito da existência ou não de uma função política ou de governo ao lado, ou diferente, da função administrativa, pode-se afirmar que a atividade de governo é uma espécie de atividade administrativa e que a esfera de ação do Governo não se confunde com o poder discricionário, até porque esta se localiza sempre no plano da estatuição.

A competência do Governo é conferida diretamente pela Constituição, e os atos praticados nessa condição são livres, não podendo ser atacados por via jurisdicional.¹⁰⁴ Tais medidas não se opõem ao conceito geral de atos da administração e subsumem-se em execução todos esses poderes. Daí que execução, em sentido material, subdivide-se em Governo e Administração,¹⁰⁵ e por atos de governo se entendem os atos do poder político, distintos da administração, e que estariam fora da ordem jurídica (não regulamentados pelo direito e não sujeitos a controle judicial): relações diplomáticas, a declaração de guerra, o tratado de paz etc.

O que caracteriza o ato de governo é a liberdade no que tange às necessidades de habilitações legislativas e à livre iniciativa. O governo exerce um poder que lhe é próprio, uma atividade independente da lei, pois, como acentuou Rivero,¹⁰⁶ "governar é tomar decisões essenciais que empenham o futuro nacional"; administrar "é uma tarefa cotidiana que desce até

[...]” REL. MIN. LUIZ FUX. Julgado em 14/11/2017. 1ª Turma, <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14120607>, acessado em 14 de dezembro de 2017.

103 EMENTA: EXTRADIÇÃO. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DO DEFENSOR CONSTITUÍDO. NULIDADE DO JULGAMENTO. PREJÚZO EVIDENTE. QUESTÃO DE ORDEM. ANULAÇÃO DO JULGAMENTO. REL. MIN. ROBERTO BARROSO. Julgado em 14/11/2017. 1ª Turma, <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14120683>, acessado em 14 de dezembro de 2017.

104 MALBERG, op. op. cit., T.I, p. 525.

105 JELLINECK, op. op. cit., p. 468.

106 RIVERO, op. op. cit., p. 17.

aos actos mais humildes: o giro do carteiro, o gesto do sinaleiro que regula o trânsito”, isto é, atividade que se exerce “sobre coisas momentâneas”, como afirmou Montesquieu.

Finalmente, a função de governo é um elemento essencial da ordem democrática por ser a condução política do Estado – direção responsável da política externa e interna – que inclui o comando do processo econômico. Embora a função de governo seja jurídico-constitucionalmente vinculada, possui uma liberdade política conformadora cujos limites são traçados pela participação e pelo controle parlamentar, pela necessidade de cooperação entre os poderes públicos e pelo controle por meio da opinião pública. Na configuração das relações exteriores, entretanto, o governo está sujeito a menores restrições, e assim uma dimensão especial da função de governo se manifesta na função de chefia do Estado: aquela em que predomina o elemento da preservação da unidade estatal.

Porto Alegre, primavera de 2017.

7. Referências

- ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Tradução por Alfredo Bosi. São Paulo: Ed. Mestre Jou, 1970.
- ANDRADE DE OLIVEIRA, Fernando. Conceituação do direito administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, nº 120, abr./jun. 1975.
- BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade**: para uma teoria geral da política. Tradução Marco Aurélio Nogueira. 4. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1992.
- CARVALHO, José Murilo. Federalismo e centralização no império brasileiro: história e argumento. **Pontos e bordados: escritos de história e política**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1999.
- CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Tratado de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1955. V. I.
- CHAPUS, René. **Droit Administratif Général**. 7. ed. Paris: Montchrestien, 1993. Tomo I.
- CORREIA, José Manuel Sérvulo. **Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos**. Coimbra: Almedina, 1987.
- CRETELLA JÚNIOR, José. Teoria do ato de governo. **Revista de Informação Legislativa**, nº 95, jul./set. 1987.
- DEBBASCH Charles; RICCI, Jean-Claude. **Contentieux Administratif**. 5. ed. Paris: Dalloz, 1990.
- ENGLISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Tradução de J. Baptista Machado. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988.
- ERNOUT, A.; E MEILLET, A. **Dictionnaire Étymologique de la Langue Latine (Histoire des Mots)**. 4. ed. Paris: Éditions Klincksieck, 1985.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio da língua portuguesa**. 2. ed. 35. reimp. São Paulo: Nova Fronteira, 1996. [Verbetes “Função”.]

FLEINER, Fritz. **Les Principes Généraux du Droit Administratif Allemand**. Paris: Delagrave, 1933.

FRANCE, Conseil d'État. **Analyse des grands arrêts du Conseil d'État et du Tribunal des Conflits**. Arrêt Prince Napoléon. 19 février 1875. [Sítio do Conselho de Estado Francês: <http://www.conseil-etat.fr>.]

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1998.

JELLINECK, Georg. **Teoria General del Estado**. Tradução Fernando de Los Rios. Buenos Aires: Editorial Albatros, 1970.

LABAND, Paul. **Le Droit Public de L'Empire Allemand**. Trad. francesa da 1. ed. por C. Gandilhon. Paris: V. Giard & E. Brière, 1901.

LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de direito administrativo**. 6. Ed. São Paulo: RT, 1987.

MALBERG, R. Carré de. **Contribution à la Théorie générale de l'État**. Paris: Sirey, 1922. Tomos I-II.

MASUCCI, Alfonso. La legge tedesca sul processo amministrativo. **Quaderni di Diritto Processuale Amministrativo**. Milão: Giuffrè, 1991.

MAURER, Harmut. **Elementos de direito administrativo alemão**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 2000. [Tradução das conferências realizadas em Porto Alegre, abril de 2000.]

_____. **Droit Administratif Allemand**. Paris: LGDJ, 1994. [Trad. francesa de **Allgemeines Verwaltungsrecht**, feita por Michel Fromont, p. 111-113.]

MAYER, Otto. **Le Droit Administratif Allemand**. Paris: V. Giard & E. Brière, 1903. [Tradução francesa feita pelo autor.]

MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 22. Ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários à constituição de 1967**. Com a emenda nº 1, de 1969. São Paulo: Editora RT, 1970. Tomo II.

MIRANDA, Jorge. **Funções, órgãos e actos do estado**: apontamento de lições. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1990.

MODUGNO, Franco. **Enciclopedia del Diritto**. Milão: Giuffrè, 1964. Vol. XVII. [Verbete "Funzione".]

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. **Teoria dos actos de governo**. Coimbra: Coimbra, s/d.

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

SARAIVA, F. R. Santos. **Novíssimo dicionário latino-português**. 10. ed. Rio de Janeiro: Livraria Garnier. 1993. [Verbete "Munus".]

STASSINOPOULOS, Michel. **Traité des Actes Administratifs**. Atenas: Collection de L'Institut Français d'Athènes, 1954.

URUGUAI, Paulino José Soares de Souza, Visconde de. **Ensaio sobre o Direito Administrativo**. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

VEDEL, Georges. **Droit Administratif**. Paris: PUF, 1958. Tomo I.

A APLICAÇÃO DAS RESPONSABILIZAÇÕES DA LEI ANTICORRUPÇÃO PARA AS ENTIDADES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA

Caroline Fockink Ritt¹
Chaiene Meira de Oliveira²

1 Caroline Fockink Ritt é doutoranda em Direito na UNISC, orientada do professor Rogério Gesta Leal. Mestre em Direito e Professora de Direito Penal da UNISC. E-mail: rittcaroline@unisc.br

2 Chaiene Meira de Oliveira é graduanda do curso de direito na Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), bolsista de iniciação científica sob orientação da professora doutoranda Caroline Fockink Ritt, na pesquisa: Fundamentação e Formatação de Políticas de Combate à Corrupção no Brasil: Responsabilidades Compartidas entre Espaço Público e Privado. Email: chaymeira@hotmail.com

Resumo

O presente trabalho de pesquisa responde aos seguintes questionamentos que guiam este estudo: as entidades da administração pública indireta, as quais assumem a forma de entidades empresárias estatais, poderão ser sujeitos ativos das práticas corruptivas previstas na lei Anticorrupção? Elas poderão receber as sanções previstas na Lei Anticorrupção, diante da responsabilização administrativa e judicial? A Lei Anticorrupção, que é consequência do Brasil ter aderido ao regime global de proibição da corrupção, aprovando e ratificando vários documentos internacionais, procura atingir a outra ponta da corrupção, que é a empresa corruptora. Esta aplica-se a sociedades empresárias estatais que possuem a personalidade jurídica de direito privado. As pessoas jurídicas de direito público, tanto interno quanto externo, que possuem personalidade de direito público não são abrangidas pela Lei Anticorrupção. A Lei prevê duas formas de responsabilizações: administrativa e judicial. Abordar-se-á alguns aspectos referentes à administração pública indireta, distinguindo as pessoas jurídicas que a compõem, para finalmente analisar a possibilidade de aplicação da Lei Anticorrupção às entidades empresárias estatais, as quais são sujeitas à Lei Anticorrupção como sujeito ativo das condutas corruptivas previstas e poderão receber as sanções nela previstas. Tal irá ocorrer como consequência do tratamento isonômico estabelecido pela Constituição Federal de 1988 às sociedades empresárias estatais de direito privado e em respeito ao princípio da moralidade administrativa.

Palavras-chaves: Administração pública indireta. Corrupção. Entidades empresárias. Lei anticorrupção.

Abstract

This research work responds to the following guide questions: may indirect public administration entities, that takes the form of state entrepreneurial companies, be active subjects of corruptive practices provided by Anti-corruption Law? Can they receive the penalties foreseen by Anti-corruption Law, in the face of administrative and judicial accountability? Anti-corruption Law, which is a consequence of Brazil has joined the comprehensive scheme of corruption prohibition, approving and ratifying several international documents, seeks to achieve the other end of corruption, which is the corrupting company. It applies to state entrepreneurial companies that possess legal personality under private law. Legal entities under public law, both domestic and external, that have personality under public law are not covered by Anti-corruption Law. The law provides for two forms of liabilities, administrative and judicial. This study approaches some aspects concerning the indirect public administration, distinguishing legal entities of which it is composed., to finally analyse the possibility of Anti-corruption Law enforcement to state business entities, which are subject to Anti-corruption Law, as active subject of foreseen corrupting conducts and may receive the penalties contained therein. This will occur as a result of isonomic treatment established by Federal Constitution of 1988 to state business companies of private law and in respect of the principle of administrative morality.

Key-words: Anti-corruption Law, corruption, entrepreneurial entities, public indirect administration.

1. Introdução

O presente trabalho tentará responder aos seguintes questionamentos que guiam este estudo: as entidades da administração pública indireta, que assumem a forma de entidades empresárias estatais, poderão ser sujeitos ativos das práticas corruptivas previstas na lei Anticorrupção? E, em sequência, procuramos responder se estas poderão receber as sanções previstas na Lei Anticorrupção diante da responsabilização administrativa e judicial.

Em um primeiro momento será feita a análise da Lei Anticorrupção, a qual procura atingir a outra ponta da corrupção, a empresa corruptora. Essa aplica-se a sociedades empresárias estatais que possuem a personalidade jurídica de direito privado. Será considerado que as pessoas jurídicas de direito público, tanto interno quanto externo, por possuírem personalidade de direito público, não são abrangidas pela Lei Anticorrupção. Fazer-se-á também a análise das responsabilizações previstas pela Lei Anticorrupção, tanto na forma administrativa como na judicial.

Para analisarmos a possibilidade de aplicação da Lei Anticorrupção às entidades empresárias estatais, é necessário abordar alguns elementos referentes à administração pública indireta, como seus aspectos mais relevantes, e distinguir as pessoas jurídicas que as compõem.

Finalmente, serão examinadas as sociedades empresárias estatais e a sua sujeição à Lei Anticorrupção como sujeito ativo das condutas corruptivas previstas na Lei, assim como a sua sujeição às sanções previstas pela Lei diante do princípio da isonomia e moralidade administrativa.

2. Lei anticorrupção como instrumento jurídico para prevenção e combate da corrupção

Aderindo ao regime global de proibição da corrupção, o Brasil assinou, aprovou e ratificou a Convenção Interamericana contra a Corrupção (OEA); a Convenção Internacional contra a Corrupção (ONU); a Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo); e a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE³ (QUEIROZ, 2015, p. 283-284).

Apesar da tipificação de crime de corrupção na sistemática penal nacional, a sociedade brasileira sentia a falta de uma norma que também alcançasse as empresas envolvidas em casos de corrupção, pois a punição positivada dizia respeito tão somente ao âmbito pessoal. Até o advento da Lei Anticorrupção, as pessoas jurídicas que fossem flagradas em situações dessa natureza eram punidas apenas com o impedimento de participar de licitações públicas e celebrar contratos com a Administração Pública, por meio de suspensão ou declaração de inidoneidade. A Lei Anticorrupção foi editada com a finalidade de regular a responsabilidade administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, esta sendo tanto nacional como estrangeira (BITTENCOURT, 2014, p. 21).

Assim, faz-se necessário abordar quais responsabilizações serão aplicadas às pessoas jurídicas de direito privado quando cometem atos corruptivos previstos no artigo 5º da Lei Anticorrupção. Essa, justamente, tem como objetivo sancionar a outra ponta das atividades corruptivas, que são as empresas corruptoras. Prevê dois tipos de responsabilizações para as empresas

3 Promulga a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Internacionais, concluída em Paris, em 17 de dezembro de 1997. Diário Oficial da União da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 1º de dezembro de 2000.

corruptoras: responsabilização administrativa e judicial. Será abordada, objetivamente, cada uma delas.

2.1. RESPONSABILIZAÇÕES ADMINISTRATIVA E JUDICIAL NA LEI ANTICORRUPÇÃO

No que diz respeito à responsabilidade administrativa, conforme o art. 6º da Lei, serão aplicadas as seguintes sanções de: I- multa no valor de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação; e II - publicação extraordinária da decisão condenatória. A publicação extraordinária da sentença é feita na forma do § 5º, do art. 6º, a expensas da pessoa jurídica, cujo valor, se não for pago, converte-se em dívida também a ser inscrita para cobrança executiva (BRASIL, 2013).

Estabelece o art. 8º que a aplicação de sanção no âmbito da Administração Pública deve ser precedida de regular processo administrativo, o qual é o instrumento idôneo para conferir efetividade à pretensão punitiva e à formação da vontade administrativa sancionatória e, no seu parágrafo primeiro, estabelece que esta competência pode ser delegada. (SANTOS, 2014, p. 191)

A competência para a instauração do processo administrativo de responsabilização, que será passível de delegação, caberá à autoridade máxima de órgão ou entidade dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, os quais poderão agir de ofício ou mediante provocação, observados o contraditório e a ampla defesa. A Controladoria Geral da União, no âmbito federal, exercerá protagonismo, uma vez que terá competência concorrente para instauração dos processos, além de ser o órgão responsável pela apuração, pelo processo e pelo julgamento dos atos ilícitos praticados contra a administração pública estrangeira (SOUZA, 2015, p. 166).

O Ministério Público foi autorizado a buscar responsabilização pela omissão das autoridades competentes para promover

a responsabilização administrativa, medida que deve ser aplaudida com o objetivo de evitar que haja a perpetuação de atos lesivos ao patrimônio público pela inação de agentes públicos que deveriam zelar por ele (FERNANDES; COSTA, 2014, p. 46).

A legitimidade do Ministério Público, prevista no art. 18, é considerada extraordinária. Ela somente irá ocorrer se for constatada a omissão das autoridades competentes para promover a responsabilização administrativa (art. 20), situação que deverá ser comprovada na petição inicial. Ainda, na ação que o parquet ajuizar, além das sanções previstas no art. 19 da Lei, poderão ser aplicadas as do art. 6º, já referidas (MEIRELES; ALEIXO; BURLE FILHO, 2015, p. 124).

O artigo 8º da Lei Anticorrupção, segundo a doutrina, possui um grave problema, que deve ser resolvido utilizando-se das normas gerais de Direito Público. Ele dá a entender que a autoridade máxima de qualquer entidade dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, pelo seu dirigente máximo, poderia instaurar o processo administrativo e aplicar sanções. Não se pode esquecer, porém, que o Poder Executivo tem entidades da administração indireta de Direito Privado e que não podem aplicar sanções a quem quer que seja.

Disso decorre que as empresas públicas e sociedades de economia mista não podem instaurar processos administrativos punitivos e muito menos aplicar sanções, como ocorre com o chamado poder de polícia. Se o fizerem, sua atuação será inconstitucional, por violação do princípio do direito à liberdade de agir e da integridade da pessoa, a qual pode somente ser restringida pela lei (GRECO FILHO; RASSI, 2015, p. 172-173).

Com relação à responsabilização judicial, ela é deflagrada por uma ação cível de responsabilização da pessoa jurídica por ato lesivo à administração pública, a qual visa a aplicação, isolada ou cumulativa, das sanções previstas no art. 19 da Lei Anticorrupção: I- perda dos bens, direitos ou valores que representam vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração; II- suspensão ou interdição parcial das atividades da pessoa jurídica, III- dissolução compulsória da pessoa jurídica; e IV- proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções,

doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras ou controladas pelo Poder Público, pelo prazo mínimo de 1 ano e máximo de 5 anos (QUEIROZ, 2015, p. 296).

As sanções previstas no art. 19 têm uma cláusula legal de reserva de jurisdição, podendo ser aplicadas somente pela via da responsabilização judicial. O mesmo não se pode dizer das sanções previstas no art. 6º, as quais são típicas da esfera de responsabilização administrativa, mas que podem ser veiculadas, subsidiariamente, na esfera judicial nas situações de omissão da autoridade administrativa competente (QUEIROZ, 2015, p. 296).

Tais sanções de natureza cível podem ser aplicadas somente pelo Poder Judiciário. Pressupõe-se o ajuizamento da respectiva ação de responsabilização judicial, sendo proibida à autoridade administrativa a sua manipulação no âmbito extrajudicial. Na ação de natureza judicial são previstos como legitimados a União, os Estados, o Distrito Federal, os municípios e o Ministério Público.

3. Administração Pública Indireta: breves apontamentos e a distinção entre as pessoas jurídicas que a compõem

Como ponto central desse estudo, busca-se responder o questionamento se as entidades da administração pública indireta, que assumem a forma de sociedades empresárias, ficam sujeitas às sanções da Lei Anticorrupção. Para melhor adentrar este ponto é necessário abordar e diferenciar as entidades que compõem a administração pública indireta.

A Administração Indireta é definida como sendo o conjunto de pessoas administrativas que, vinculadas à Administração Direta, têm o objetivo de desempenhar as atividades administrativas de forma descentralizada. O objetivo da Administração Indireta do Estado é a execução de algumas tarefas de seu interesse por outras pessoas jurídicas (CARVALHO FILHO, 2014, p. 463).

Esta é o próprio Estado executando algumas de suas funções de forma descentralizada, seja porque o tipo de atividade tenha mais pertinência para ser executada por outras entidades, seja para obter maior celeridade, eficiência e flexibilização em seu desempenho. Estas atividades são exercidas indiretamente, ou seja, de forma descentralizada (CARVALHO FILHO, 2014, p. 464).

A circunstância a qual a entidade é enquadrada em uma das categorias jurídicas previstas (autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou empresa pública) é o que confere a certeza, de forma indiscutível, para que esta seja considerada integrante da Administração Indireta, independentemente de prestar serviço público ou exercer atividade econômica de natureza empresarial. Não é o fim ao qual se destina a entidade que a qualifica como participante da Administração Indireta, mas sim a natureza da qual ela é revestida (CARVALHO FILHO, 2014, p. 465).

A autarquia, um dos componentes da Administração Indireta, pode ser definida como sendo pessoas de direito público, integrantes da Administração Indireta. Esta foi criada por lei para desempenhar funções que, despidas de caráter econômico, sejam próprias e típicas do Estado, isto é, de capacidade exclusivamente administrativa (CARVALHO FILHO, 2014, p. 474).

As fundações são instituídas pelo Poder Público e caracterizam-se por ser um patrimônio, total ou parcialmente público, aos quais a lei atribui personalidade jurídica, de direito público ou privado, para consecução de fins públicos. Ao ter personalidade pública, o seu regime jurídico torna-se idêntico ao das autarquias. As fundações de direito privado são regidas pelo Direito Civil em tudo o que não for derogado pelo direito público (DI PIETRO, 2002, p. 365).

As sociedades de economia mista são pessoas jurídicas criadas por lei, como um instrumento de ação do Estado, dotadas de personalidade jurídica de Direito Privado, mas submetidas a certas regras especiais decorrentes desta sua natureza auxiliar da atuação governamental. Estas são constituídas sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto

pertencem, em sua maioria, à União ou à entidade de sua administração indireta, sob remanescente acionário de propriedade particular (MELLO, 1998, p. 114).

Empresas Públicas são pessoas jurídicas de direito privado com capital inteiramente público. Estas são criadas por lei específica, para realizar atividades de interesse da administração instituidora, nos moldes da iniciativa particular. Podem revestir qualquer forma e organização empresarial. O que caracteriza a empresa pública é o seu capital exclusivamente público, advindo de somente uma ou várias entidades. (MEIRELES; ALEIXO; BURLE FILHO, 2015, p. 455.)

Muitas das entidades da administração pública indireta podem assumir a formação de sociedade empresária estatal. No entanto, é necessário analisar e compreender se a referida sociedade empresária estatal possui natureza de pessoa jurídica de direito público ou privado.

3.1. Entidades de Administração Pública Indireta que assumem a forma de sociedades empresárias estatais

As sociedades empresárias podem ser definidas como pessoas jurídicas de direito privado que atuam no âmbito de seu objeto social e visam à exploração da atividade empresarial. São as primeiras destinatárias da Lei Anticorrupção. A finalidade da norma foi a de alcançar a outra ponta da relação de corrupção, a qual é justamente a empresa corruptora, que pratica atos lesivos à administração pública em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não.

A Lei Anticorrupção aplica-se às sociedades empresárias e às simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou do modelo societário adotado. Também aplica-se a quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas ou sociedades estrangeiras que tenham sede, filial ou representação no território nacional, constituídas de direito ou de fato, conforme artigo primeiro e o parágrafo único da Lei Anticorrupção. Observa-se que as empresas estatais que exercem

atividades econômicas sujeitam-se à Lei Anticorrupção (MEIRELES; ALEIXO; BURLE FILHO, 2015, p. 124).

A Lei Anticorrupção procurou conferir o maior alcance possível sobre as pessoas jurídicas (art. 1º), inclusive, com o objetivo de evitar qualquer ato de dissimulação para fuga da persecução do Estado. Esta subsiste a responsabilidade de pessoa jurídica na hipótese de alteração contratual, transformação, incorporação, fusão ou cisão societária, conforme art. 4º da Lei (QUEIROZ, 2015, p. 307). Sendo assim, surgem questionamentos quanto à possibilidade de sujeição à Lei das sociedades empresárias estatais, ou seja, aquelas entidades da administração pública indireta que atuam no domínio econômico, o tema será apresentado a seguir.

4. Sujeição das entidades empresárias estatais às determinações e sanções previstas na Lei Anticorrupção

O tópico que é o objeto principal desse estudo pretende inquirir se é possível punir as pessoas jurídicas de direito privado da Administração Pública Indireta que exercem função de sociedade empresária estatal. Estas atuando no domínio econômico são puníveis por atos de corrupção tipificados na Lei Anticorrupção? Na busca da resposta para tal questionamento, parte-se de duas metodologias hermenêuticas que conduzirão a conclusões totalmente opostas.

Levando-se em conta o chamado método finalístico-pragmático, pela estruturação jurídica dessas duas entidades, e a teleologia do artigo 1º, caput e parágrafo único, da Lei Anticorrupção, a punição das entidades seria incompatível. Ministar as sanções dos artigos 6º e 19, mesmo perante as sociedades estatais que atuem no domínio econômico, levaria a uma situação que não poderia ser seguida e poderia ser até considerada ilógica.

A situação não parece das mais razoáveis quando se pensa em criar pessoas jurídicas desse porte para atuar diante dos imperativos da segurança nacional ou do relevante interesse coletivo, conforme art. 173, caput, da Constituição Federal de 1988, alocando-se – ainda que em parte – recursos públicos para este fim. As penas de perdimento de bens, multa e ressarcimento fariam retornar este mesmo investimento justamente ao local de origem, ou seja, ao erário da Administração Pública direta, conforme artigo 24, da Lei Anticorrupção. Este fator esvaziaria o caráter pedagógico da Lei, criando, inclusive, uma situação sem nenhuma efetividade (HEINEN, 2015, p. 47).

Além disso, a possibilidade de determinar-se a extinção da pessoa jurídica estatal ou a interdição de suas atividades, ainda que seja ela uma entidade de direito privado que atua no livre mercado, permitiria que o Poder Judiciário subjugasse a vontade do legislador, o qual autoriza a criação destas pessoas na forma do art. 37, inciso XIX, da Constituição Federal de 1988. Do mesmo modo, tais medidas ou a própria contrapropaganda iriam de encontro justamente às razões consideradas substanciais para a criação destas sociedades, ou seja, dos motivos do artigo 173 caput da Constituição Federal.

Seguindo esta linha de raciocínio, podemos argumentar também que o Supremo Tribunal Federal, ao interpretar o art. 173 da Constituição Federal, ao criar as entidades mencionadas, o Estado, na verdade, está atuando na condição de agente empresarial, ou seja, está explorando, de forma direta, atividade econômica em concorrência com a iniciativa privada. Os parágrafos do citado art. 173 aplicam-se observando o comando que está no caput, de modo que, antes de mais nada, é o Estado que está por detrás dessas entidades. Analisando a questão sob um prisma finalístico e de efetividade, a conclusão é no sentido de que não se poderia concordar que o artigo 1º da Lei Anticorrupção pudesse ser aplicado às sociedades estatais que atuam no domínio econômico e são controladas pela Administração Pública (HEINEN, 2015, p. 47-48).

Por outro lado, analisamos a questão levando em conta o critério analítico-sistêmico. Partindo do texto expresso da

Constituição Federal de 1988, alguns dispositivos não deixariam dúvidas acerca da possibilidade de aplicação da Lei Anticorrupção. Pessoas jurídicas de direito privado criadas pelo Poder Público, ao explorar atividade econômica de forma direta, conforme § 1º do artigo 173 da Constituição Federal de 1988, sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive no que concerne direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários (art. 173, §1º, inciso II, da CF/88) (HEINEN, 2015, p. 48).

Apenas em duas hipóteses a exploração direta de atividade econômica em sentido estrito é admitida às empresas públicas e às sociedades de economia mista: quando essa exploração (a) for necessária aos imperativos da segurança nacional ou (b) for relevante para o interesse coletivo, conforme definidos em lei (GRAU, 2013, p. 1829). Este tipo de sociedade é comum no mundo empresarial atual, inclusive no âmbito internacional, principalmente nas áreas energética, de tecnologia e de transporte público, por exemplo. Devido à sua forte presença econômica e, principalmente, às áreas nas quais atuam, muitas delas de evidente interesse coletivo, tais sociedades empresárias têm grande proximidade e interface com o Poder Público, podendo ser sujeitos ativos na prática dos atos lesivos à administração pública (PETRELLUZZI, 2014, p. 55).

Os instrumentos de participação do Estado na economia são a empresa pública, a sociedade de economia mista e as suas subsidiárias. O Estado é ativo agente econômico, atuando como regulador de atividade que é normativa ou também como explorador direto de atividade econômica. Em princípio, ao setor privado fica a incumbência da exploração de atividade econômica e fica reservado ao Estado a tarefa fundamental de disciplinar a ordem econômica. A atuação do Estado na ordem econômica pode ocorrer por meio da criação de entidades autárquicas (as chamadas Agências Reguladoras) ou também da criação de entidades empresariais (empresas públicas e sociedades de economia mista).

Entidades empresariais são definidas como sendo pessoas jurídicas de direito privado com função pública atípica criadas

a partir de autorização legislativa, conforme estabelecido no artigo 37, XIX e XX da Constituição Federal de 1988. Estas diferem das autarquias, pessoas jurídicas de direito público com função outorgada pelo Estado, por exercer serviço público típico e por serem criadas diretamente por lei (CHIMENTI, 2005, p. 493- 494).

Assim, devido ao tratamento isonômico conferido pela Constituição Federal de 1988 a estas sociedades empresárias estatais, elas ficam sujeitas às determinações e sanções da Lei Anticorrupção. Observa-se que a emenda constitucional 19 de 1998 manteve a isonomia de tratamento que deve existir entre empresas privadas e públicas, sociedades de economia mista e também com relação às suas subsidiárias. Essa regra constitucional possui como objetivo combater alguma forma de concorrência desleal entre o Estado e o privado relacionada tanto a atividades do comércio como das indústrias.

O art. 173 da Constituição, com a redação da emenda 19/98, determinou às empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias, que estas estão sujeitas ao regime jurídico que é próprio de empresas privadas, referindo-se também aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários (MORAES, 2003, p. 1847-1848).

As entidades empresariais que exploram qualquer atividade econômica sujeitam-se ao regime jurídico das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias. Consequentemente, estas não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos ao setor privado. Com a nova redação determinada pela Emenda Constitucional nº 19 de 1998 ao art. 173 da Constituição Federal de 1988, empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, não somente no que diz respeito aos direitos e obrigações trabalhistas e tributários, mas também aos direitos e obrigações civis e comerciais (CHIMENTI, 2005, p. 494).

O art. 173 da Constituição Federal de 1988, igualmente a sua emenda número 19 de 1998, consagra o tratamento isonômico das entidades empresárias, instituídas pelo Estado

na administração indireta, com as demais empresas de natureza privadas. Logo, observa-se que, como consequência, as entidades empresárias estão abrangidas pelo artigo 1º da Lei Anticorrupção, podendo ser sujeitos ativos de práticas corruptivas previstas na Lei (artigo 5º) e receber as sanções previstas por ela, quando condenadas por atos corruptivos, tanto administrativa como judicialmente.

Se o Estado necessita de uma pessoa jurídica para exercer determinada atividade, ele a coloca no mundo jurídico e dele a retira quando lhe pareça conveniente ao interesse coletivo. É o Estado que fixa quais fins devem ser perseguidos, já que sem estes não haveria justificativa para a existência desta pessoa jurídica. É o Estado, também, que exerce sobre esta pessoa jurídica o controle estabelecido em lei. Para que ela atinja esses fins, o Estado poderá lhe outorgar, na medida do que seja necessário, determinados privilégios do Poder Público (DI PIETRO, 2002, p. 362-363).

Algumas distinções estabelecidas legalmente pelo Estado não dizem respeito à aplicação ou não da Lei Anticorrupção. As sociedades empresárias estatais não ficariam "imunes" à aplicação da Lei Anticorrupção, como, por exemplo, quando tratar-se de uma situação de corrupção, prevista no art. 5º da Lei, praticada por sociedades de economia mista que executam atividades em regime de concorrência ou que tenham como objetivo distribuir lucros aos seus acionistas. As sociedades empresárias estatais, portanto, podem ser sujeitos ativos da prática dos atos lesivos à administração pública nacional ou estrangeira, estes previstos no art. 5º da Lei Anticorrupção (PETRELLUZZI, 2014, p. 55).

Do mesmo modo, sociedades poderão receber as sanções previstas no artigo 6º e 19 da Lei Anticorrupção. Sendo assim, defende-se que ao não sancionar uma sociedade empresária estatal, a qual faz parte da administração pública indireta, estaria desprestigiando-se o princípio da moralidade administrativa. Para melhor compreensão deste ponto, será analisado o princípio da moralidade administrativa e sua importância na administração pública tanto direta como indireta.

4.1. Aplicação das sanções previstas na lei anticorrupção às entidades empresárias estatais e o prestígio da moralidade administrativa

No Brasil, analisando-se o plano constitucional, conclui-se que todas as Constituições anteriores (1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967 e 1969) exigiram probidade na administração pública. A nossa Constituição de 1988 ampliou a escala axiológica de respeito à legalidade e à moralidade administrativa, bem como apresentou instrumentos de controle e repressão à corrupção (QUEIROZ, 2015, p. 284).

O princípio da moralidade administrativa, em que pese não ter tido previsão expressa nas Constituições anteriores à de 1988, há muito encontra-se arraigado no ordenamento jurídico pátrio, sendo considerado princípio implícito da atuação administrativa. Não obstante à ausência de menção de moralidade administrativa nas constituições passadas, são encontradas referências à probidade administrativa, no art. 57 da Constituição da República de 1934, no art. 85 da Constituição da República de 1937, no art. 89 da Constituição da República de 1946 e no art. 84 da Constituição da República de 1967.

O princípio está expressamente previsto atualmente no art. 37, caput, da Constituição Federal de 1988, o qual dispõe que a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da lealdade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Com relação ao caráter normativo do princípio da moralidade, será inválido o ato administrativo que infrinja regras de direito, como aquele que não esteja em harmonia com a moral administrativa (GARCIA, 2013, p. 140).

Com o surgimento do Estado Democrático de Direito, passou-se a referir-se a uma moral própria do Estado. Os movimentos políticos do final do século XIX transformaram o velho e formal Estado de Direito em um Estado Democrático. Tratava-se de uma moral distinta da moral comum, fechada ou presa a determinadas peculiaridades próprias do ambiente da Adminis-

tração Pública. Surge, então, o termo moralidade administrativa para representar os valores próprios da Administração Pública (SIMÃO NETO, 2014, p. 216).

A moralidade administrativa constitui, atualmente, pressuposto de validade de todo ato da Administração Pública (CF, art. 37, caput). Trata-se de uma moral jurídica, entendida como o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração. A moral comum é imposta ao homem para sua conduta externa. A moral administrativa é imposta ao agente público para sua conduta interna, segundo as exigências da instituição à qual serve e a finalidade de sua ação, qual seja: o bem comum (MEIRELLES; ALEIXO; BURLE FILHO, 2014, p. 91-92).

A moralidade administrativa não se confunde com a moral comum. Ela tem contornos próprios decorrentes da atividade estatal, voltada sempre à boa administração. Compreende, além dos valores comuns, valores específicos próprios da razão de ser do Estado (SIMÃO NETO, 2014, p. 216).

Com relação à conceituação do princípio da moralidade, pode ser considerado aquele que determina que os atos da Administração Pública devam estar inteiramente conformados aos padrões éticos dominantes na sociedade para a gestão de bens e interesses públicos. Se estes não forem observados, podem trazer como consequência a invalidade jurídica dos atos da administração (CARDOZO, 1999, p. 158). Em linhas gerais, a definição de moralidade administrativa compreende a atuação do Poder Público segundo primados de ética, honestidade, boa-fé, probidade, decência e ideais congêneres (FRANCISCO, 2013, p. 155).

A natureza da atividade administrativa é de encargo de um múnus público, devendo ser exercida de acordo com a lei e a moralidade pública, enquanto o seu fim deve ser direcionado ao interesse público (MILESKI, 2015, p. 93-94). A importância da Administração se revela pelo tratamento amplo que hoje esta recebe nas Constituições, inclusive a brasileira. Revela-se, ainda, pela preocupação, quase universal, em modernizá-la, para que tenha eficiência, atue sem corrupção, não desperdice recursos públicos e respeite o indivíduo, tratando-o como cidadão porta-

dor de direitos, não como súdito que recebe favor (MEDAUAR, 2015, p. 48).

Todos os segmentos administrativos do Estado, centralizados ou descentralizados, em todos os níveis, têm necessariamente a moralidade como um de seus alicerces (FAZZIO JÚNIOR, 2014, p. 92). O princípio da moralidade administrativa surge, então, no marco do Estado Social e Democrático de Direito, como exigência de conformidade à ideia de função administrativa. A moralidade administrativa, por sua vez, aparece como um padrão de comportamento exigido da Administração, a qual consistente em estar orientada à plena e fiel execução de sua função (GOMÉZ, 2016, p. 164).

É notório que no Brasil várias empresas estatais são verdadeiras pletoras de improbidades, defende-se as suas extinções. Argumentar que há uma blindagem contra punições previstas na Lei Anticorrupção para estatais em geral, estaria causando um risco moral, mediante o qual governantes poderiam nomear regularmente agentes corruptos para dirigi-las na certeza de que os bens e a existência da própria empresa seriam sempre preservados em caso de eventual descoberta de desvios. Com isso, a pessoa jurídica perpetua-se como instrumento de práticas corruptivas, que é justamente o que a lei quer evitar e reprimir. Pontualmente, a Lei Anticorrupção visa combater e considerar que as empresas estatais não possam ser penalizadas pela Lei Anticorrupção, reforçando o argumento de banalização com relação à corrupção (PRISCO, 2014).

Deste modo, entende-se que as sociedades empresárias estatais também estão sujeitas à Lei Anticorrupção. É o Estado quem as cria e quem estará atuando, por meio delas, por mais que assumam a personalidade de direito privado. Estas deverão ter tratamento isonômico, com relação às demais empresas, observando e cumprindo as disposições estabelecidas. A Lei Anticorrupção não estabelece imunidade a elas, sujeitam-se a todas às sanções previstas, tanto na esfera administrativa como judicial. Do contrário, esta estaria ferindo o princípio da isonomia e também da moralidade administrativa, o qual deve

reger todas as atividades administrativas, tanto na forma direta quanto indireta.

Os casos concretos que envolvam entidades da administração pública indireta, de natureza de direito privado, irão provocar a jurisprudência para uma melhor interpretação da redação pouco clara, a qual pode até levar a equívocos, do artigo 1º da Lei Anticorrupção. Assim, os aplicadores e estudiosos da Lei Anticorrupção poderão ter um melhor entendimento da possibilidade de aplicação das sanções previstas na Lei Anticorrupção às pessoas jurídicas da administração pública indireta, principalmente quando estas assumem a forma de sociedades empresárias estatais.

Considera-se que as sociedades empresárias estatais de direito privado são abrangidas pela Lei Anticorrupção, podendo praticar atos corruptivos tipificados por esta e, como consequência, receber sanções, tanto na esfera administrativa quanto na judicial. Do contrário, o resultado seria um prejuízo moral significativo diante da possibilidade do uso dessas empresas para a realização de práticas corruptivas e a impossibilidade de seu sancionamento e até de sua extinção. A lei, desse modo, não atenderia o princípio da isonomia que rege estas entidades e o respeito ao princípio da moralidade administrativa. A corrupção seria banalizada por meio de um entendimento de blindagem, o que é justamente o que a Lei Anticorrupção visa combater.

5. Conclusões

O presente trabalho de pesquisa respondeu aos seguintes questionamentos que lhe serviram de guia: as entidades da administração pública indireta, as quais assumem a forma de entidades empresárias estatais, poderão ser sujeitos ativos das práticas corruptivas previstas na lei Anticorrupção? Em sequência, também buscou-se saber se estas poderão receber as sanções previstas na Lei Anticorrupção, diante da responsabilização administrativa e judicial.

A Lei Anticorrupção, que prevê as responsabilizações administrativa e judicial, foi aprovada como decorrência dos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil para enfrentamento e combate à corrupção. Em um primeiro momento foi feita uma análise da Lei Anticorrupção, a qual procura atingir a outra ponta da corrupção, a empresa corruptora. Considerou-se que as pessoas jurídicas de direito público, tanto interno quanto externo, por possuírem personalidade de direito público não são abrangidas pela Lei Anticorrupção. Ocorrendo situações de corrupção, a responsabilidade pelo ato ilícito será pessoal do agente público que o praticou. Para esses casos, aplicam-se ao agente público as sanções de caráter penal, civil e administrativo, além daquelas de natureza política e eleitoral, previstas em outros estatutos legais, já que as sanções constantes nessa lei são destinadas exclusivamente a pessoas jurídicas.

Embora a lei nada diga a esse respeito, dificilmente criaria-se uma norma para o Poder Público punir a si mesmo. Seria, então, incongruente que os entes estatais pudessem criar uma lei para punir pessoas jurídicas de direito público, aplicando multas ou publicando a decisão. Além disso, ao cogitar tal possibilidade, este poderia pensar em punir tais entes estatais com sanções de dissolução compulsória ou de interdição parcial de atividades (que estão previstos no artigo 19 da Lei Anticorrupção).

Finalmente, averiguou-se as sociedades empresárias estatais e a sua sujeição à Lei Anticorrupção, estudando se elas podem ser sujeito ativo das condutas corruptivas descritas na Lei, além de sua sujeição às sanções nela previstas. Na busca da resposta para tal questionamento foi necessário analisar duas metodologias hermenêuticas, as quais conduziram a conclusões totalmente opostas. Numa interpretação, conforme determinação do artigo 1º, caput e parágrafo único, da Lei Anticorrupção, seria incompatível a punição das pessoas jurídicas de direito privado da Administração Pública Indireta por atos de corrupção que são tipificados na Lei Anticorrupção. Este entendimento se dá no sentido de haver a possibilidade de aplicação da Lei Anticorrupção às pessoas jurídicas de direito privado controladas ou autorizadas pelo Estado que atuem no domínio econômico.

Destacou-se, ainda, que a Lei Anticorrupção não traz nenhuma blindagem em relação ao seu alcance ou às sociedades empresárias estatais. Estas ficam sujeitas à Lei Anticorrupção pela aplicação do princípio da isonomia, previsto na Constituição Federal. O tratamento das referidas sociedades é igual ao estabelecido para as demais empresas privadas. Ao aplica-se as sanções a estas entidades da administração pública indireta, está prestigiando-se, principalmente, o princípio da moralidade administrativa, que deve reger sempre as condutas, tanto da administração pública direta quanto da indireta, sendo justamente estes os objetos de proteção da Lei.

Outrossim, não é de interesse público e fere a moralidade administrativa, a qual está estabelecida no artigo 173 da CF/88, que o Estado mantenha uma empresa que pratica atos corruptivos, contribuindo diretamente para o seu descrédito e trazendo um enorme prejuízo moral para a administração pública e para o Estado que instituiu a referida empresa. Se este fosse o entendimento, haveria a possibilidade da infeliz situação de que estas empresas fossem usadas para práticas corruptivas e, como garantia, ficariam imunes a penalizações. No entanto, esta imunidade não existe já que as referidas empresas estão sujeitas à Lei Anticorrupção.

Todos os atos do Estado e de suas entidades de administração, tanto direta quanto indireta, devem obedecer ao Princípio da Moralidade, que está consagrado no artigo 37 da Constituição Federal de 1988. Considerar a sociedade empresária estatal imune à Lei Anticorrupção traria um prejuízo moral significativo e não atenderia ao que a Lei Anticorrupção visa combater.

6. Referências

ARAÚJO, K. M. de. Responsabilização Administrativa da pessoa jurídica na Lei Anticorrupção. In: SOUZA, J. M.; QUEIROZ, R. P. de. (Orgs.). **Lei Anticorrupção**. Salvador, Bahia: JusPodivm, 2015.

BITTENCOURT, S. **Comentários à Lei Anticorrupção: Lei 12.846/2013**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

BRASIL. Lei nº. 12.846, de 01 de agosto de 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). 01 ago. 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12846.htm>. Acesso em: 21 jul. 2017.

CAPANEMA, R. de O. Inovações da Lei nº 12.846/2013. In: NASCIMENTO, M. D. do. (Org.). **Lei Anticorrupção empresarial aspectos críticos à Lei 12.846/2013**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

CARDOZO, J. E. M. Princípios constitucionais da Administração Pública (de acordo com a Emenda Constitucional nº 19/98). In: _____. **Os 10 anos da Constituição Federal**. São Paulo: Atlas, 1999.

CARVALHO FILHO, J. dos S. **Manual de Direito Administrativo**. 27. ed. rev. e atual. até 31.12.2013. São Paulo: Atlas, 2014.

CHIMENTI, R. C. et al. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DI PIETRO, M. S. Z. **Direito Administrativo**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

FAZZIO JÚNIOR, W. **Improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FERNANDES, J. U. J.; COSTA, K. A. S. Breves comentários à Lei da responsabilização administrativa e civil e pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira. In: NASCIMENTO, M. D. do. (Org.). **Lei Anticorrupção empresarial aspectos críticos à Lei 12.846/2013**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

FRANCISCO, J. C. Ação popular e moralidade administrativa. In: MESSA, A. F.; FRANCISCO, J. C. (Coords.). **Ação popular**. São Paulo: Saraiva, 2013.

GARCIA, E.; ALVES, R. P. **Improbidade administrativa**. 7. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

GÓMEZ, S. R. Alguns aspectos-chave do combate à corrupção na Administração Pública. In: Seminário Internacional de Direito Administrativo e Administração Pública - Tendências da Administração Pública, 5., 2016, Brasília. **Anais...** Brasília: Escola de Administração de Brasília – IDP, 2016. p. 162-177.

GRAU, E. R. Comentário ao artigo 173. In: CANOTILHO, J. J.G et al. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

GRECO FILHO, V.; RASSI, J. D. **O combate à corrupção e comentários à Lei de Responsabilidade das Pessoas Jurídicas** (Lei nº. 12.846, de 1º de agosto de 2013) – Atualizado de acordo com o Decreto n. 8.420, de 18 de março de 2015. São Paulo: Saraiva, 2015.

HEINEN, J. **Comentários à Lei Anticorrupção: Lei nº 12.846/2013**. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

MAFFINI, R. **Direito Administrativo**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MEDAUAR, O. **Direito Administrativo moderno**. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais.

MEIRELES, H. L.; ALEIXO, D. B.; BURLE FILHO, J. E. **Direito Administrativo brasileiro**. 41. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MELLO, C. A. B. de. **Curso de Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MILESKI, H. S. **O estado contemporâneo e a corrupção**. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

MORAES, A. de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

PETRELLUZZI, M. V.; RIZEK JUNIOR, R. N. **Lei Anticorrupção:** origens, comentários e análise da legislação correlata. São Paulo: Saraiva, 2014.

PRISCO, A. V. **Lei Anticorrupção e empresas estatais.** Associação para o Progresso de Empresas de Obras de Infraestrutura Social e Logística. São Paulo, 30 jul. 2014. Disponível em: <<http://www.apeop.org.br/apeop/noticia/licitacoes-874/lei-anticorruptao-e-em-presas-estatais-16>>. Acesso em: 07 ago. 2017.

QUEIROZ, R. P. de. Responsabilização Judicial da pessoa jurídica na Lei Anticorrupção. In: SOUZA, J. M.; QUEIROZ, R.P. de. (Org.). **Lei Anticorrupção.** Salvador, Bahia: JusPodivm, 2015.

SANTOS, J. A. A. Do processo administrativo de responsabilização. In: SANTOS, J. A. A.; BERTOCINI, M.; COSTÓDIO FILHO, U. (Orgs.). **Comentários à Lei 12.846/2013.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SIMÃO NETO, C. **Improbidade administrativa: teoria e prática:** de acordo com a Lei nº 12.846 de 01 de agosto de 2013, com a Lei Complementar nº 135 de junho de 2010: Ficha Limpa. 2. ed. Leme: J. H. Mizuno, 2014.

SOUZA, J. M. de. Responsabilização administrativa na Lei Anticorrupção. In: _____; QUEIROZ, R. P. de. (Orgs.). **Lei Anticorrupção.** Salvador: JusPodivm, 2015.

A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA E A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: UMA CRÍTICA À DECISÃO DO HABEAS CORPUS Nº 126.292

Matheus Gonçalves dos Santos Trindade¹
Karina Mombelli Sant' Anna²

¹ Mestrando em Direito na Fundação Escola Superior do Ministério Público. Especialista em Direito Penal e Processo Penal. E-mail: matheusgstrindade@gmail.com.

² Mestranda em Direito na Fundação Escola Superior do Ministério Público. E-mail: kamombelli@hotmail.com.

Resumo

Com o polêmico julgamento do Habeas Corpus nº 129.292/SP o Supremo Tribunal Federal trouxe de volta o debate sobre a execução provisória da pena no país. Diante deste contexto, visa-se analisar no presente trabalho a evolução da jurisprudência do STF em relação à execução provisória da pena, expondo, em um segundo momento, os argumentos que levaram a corte a rever o posicionamento que impedia a antecipação dos efeitos da pena. Além disso, tece-se uma crítica ao posicionamento da corte superior, tanto no âmbito do direito constitucional quanto no direito processual penal, demonstrando, ainda, a influência desse tipo de decisão no Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Presunção de inocência. Execução provisória da pena. Estado democrático de Direito.

Abstract

With the controversial judgment of Habeas Corpus nº 129.292 / SP, the Federal Supreme Court brought back the debate on the provisional execution of the sentence in the country. In this context we intend to analyze in the present work the evolution of the jurisprudence of the Supreme Court in relation to the provisional execution of the sentence, exposing in a second moment the arguments that led the court to review its position that prevented the anticipation of the effects of the sentence. In addition we criticize the position of the superior court, both in the scope of constitutional law and in criminal procedural law, also demonstrating the influence of this type of decision in the Democratic State of Law.

Keywords: Presumption of innocence. Provisional execution of sentence. Democratic state.

1. Introdução

No ano de 2016 houve o julgamento emblemático do *Habeas Corpus* nº 126.292/SP, marco do retorno do antigo posicionamento do Supremo Tribunal Federal (STF) no que tange à possibilidade de execução provisória da pena após a confirmação de condenação em segunda instância. A partir disso, percebeu-se um intenso debate no meio jurídico acerca das razões de decidir do acórdão, bem como os seus reflexos no ordenamento constitucional pátrio e, por conseguinte, no processo penal.

Diante disso, para uma melhor análise do problema, dividiu-se a abordagem em dois tópicos. O primeiro ponto abordará a evolução do entendimento do Pretório Excelso no que tange à execução provisória da pena, demonstrando como o guardião constitucional entendia o referido instituto antes e depois do advento da Constituição de 1988. Feito isso, passa-se a expor as razões de decidir lançadas no acórdão paradigmático.

Ato contínuo, tece-se uma crítica aos fundamentos apresentados pelo STF no julgamento em testilha, analisando-o sob a ótica da presunção de inocência, insculpida no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, bem como sob o manto da regra disposta no artigo 283 do Código de Processo Penal. Desse modo, serão analisadas também as formas pelas quais pode o intérprete afastar-se de um texto legal.

2. Fundamentos exarados pelo supremo tribunal federal no julgamento do *habeas corpus* nº 126.292

No Brasil, muito se discute a possibilidade, ou não, de execução provisória da pena após a confirmação da sentença penal condenatória em segunda instância. É importante destacarmos que tal embate não é novo, sendo algo que já foi amplamente

ventilado no Supremo Tribunal Federal, inclusive com oscilações de posicionamentos.

Neste contexto, torna-se necessária, para fins de uma melhor compreensão do problema exposto, a análise da evolução jurisprudencial da Suprema Corte brasileira desde os momentos próximos à promulgação da Constituição Federal de 1988 até o julgamento emblemático do *Habeas Corpus* nº 126.292, o qual “reautorizou” a execução provisória da pena. Em seguida, passaremos à exposição de algumas passagens dos votos proferidos no remédio constitucional paradigmático, a fim de, partindo das suas premissas basilares, confrontá-las com os preceitos doutrinários.

2.1. A evolução histórica da execução provisória da pena na jurisprudência do supremo tribunal federal

Analisando o posicionamento do Supremo Tribunal Federal na década de 1980, especialmente nas decisões exaradas no *Habeas Corpus* nº 59.757/MG³ e do Recurso em *Habeas Corpus* nº 64.749/SP⁴, é possível verificar que a Corte tinha o entendimento pela viabilidade da antecipação dos efeitos do apenamento após a decisão de segundo grau. Tal posicionamento era calcado na ausência de efeito suspensivo do Recurso Extraordinário, conforme o preceito exposto no art. 637 do Código de Processo Penal⁵.

Mesmo com a promulgação da Constituição Federal de 1988 é possível perceber que a execução provisória da pena continuava sendo admitida pelo Pretório Excelso, vide *Habeas Corpus* nº 68.037/RJ⁶, pois, em que pese o artigo 5º, inciso LVII, da Carta Magna, assegurar que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado, tal preceito não poderia ser analisado de forma isolada, sendo necessário o cotejo dele com os demais princípios, como, por exemplo, o devido proces-

3 Cf. BRASIL, 1982.

4 Cf. BRASIL, 1987.

5 Art. 637. O recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença.

6 Cf. BRASIL, 1993a.

so legal e a regulação de prisões dispostos no inciso LXI do já mencionado artigo constitucional – o qual admite a prisão administrativa militar – e demonstrando não ser necessário o trânsito em julgado para o início do cumprimento de pena. É importante frisar que, nesse sentido, é farta a jurisprudência na década de 1990 e no início dos anos 2000⁷.

Somente no ano de 2003 pode-se vislumbrar a primeira mudança de posicionamento do STF, desde a promulgação da Carta Maior. Naquele ano houve o oferecimento da Reclamação nº 2391/PR⁸, que visava, em suma, combater dispositivos da Lei 9.034 de 1995 – antiga Lei de Organizações Criminosas – a qual previa, entre os seus ditames, a impossibilidade de o réu apelar em liberdade – artigo 9º –, acarretando na execução provisória da pena já em primeira instância. Diante do oferecimento do referido meio de impugnação, teve-se na jurisprudência do Supremo a possibilidade de afastamento da execução provisória da pena até que fosse dirimida a questão levantada na reclamação, conforme nota-se nos Habeas Corpus 83.415/SP⁹ e 83.584/SP¹⁰. Todavia, tal Reclamação acabou sendo julgada prejudicada, tendo em vista que os segregados obtiveram, por meio do Superior Tribunal de Justiça (STJ), a concessão de liberdade.

Ante à ocorrência supramencionada, o Pretório Excelso retornou ao entendimento anteriormente sedimentado, tendo novamente permitido a antecipação dos efeitos da condenação.

Somente no ano de 2007 começou-se a vislumbrar uma modificação na jurisprudência da Corte Constitucional, tendo sido consolidado o posicionamento de que a determinação de execução provisória da pena baseada apenas no efeito devolutivo dos recursos extraordinários – *lato senso* – afrontaria de forma direta o disposto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal – princípio da presunção de inocência.

Já no ano de 2009, por meio do julgamento realizado pelo Tribunal Pleno do Habeas Corpus nº 84.078/MG¹¹, foi finalmente consolidado o entendimento da inconstitucionalidade da execução provisória da pena, tendo sido aventado, em síntese, que: a) a lei de execução penal condicionou os efeitos da condenação ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, sendo que os seus preceitos, além de adequados à Constituição, são mais recentes do que a redação do artigo 637 do Código de Processo Penal; b) a prisão antes do trânsito em julgado somente pode ser decretada cautelarmente; c) o princípio da ampla defesa vislumbra-se em todas as fases processuais, inclusive nas recursais de natureza extraordinária; e d) os réus são sujeitos de direitos, e não objetos do processo.

Veja-se que, no referido julgado, o Ministro Eros Grau foi muito além da simples verificação da ocorrência de efeito apenas devolutivo aos recursos excepcionais, tendo ele discorrido que, na Lei de Execuções Penais de 1984, o cumprimento da pena privativa de liberdade está condicionado ao trânsito em julgado da condenação – vide artigo 105¹² –, sendo que a legislação predita sobreveio posteriormente à redação do artigo 637 do Código de Processo Penal. Além disso, entendeu-se que a presunção de inocência não estaria adstrita apenas à fase instrutória, mas também atuaria na fase recursal, à luz do princípio da ampla defesa, visto que a prisão do acusado após a confirmação de segunda instância acarretaria na restrição do direito de defesa.

O posicionamento jurisprudencial acima transcrito restou consolidado até o ano de 2016, quando o Pretório Excelso, por maioria – seis votos a cinco –, no julgamento do Habeas Corpus nº 126.292¹³, de relatoria do Ministro Teori Zavascki, fixou o entendimento que vigia antes de 2007, retomando a possibilidade de execução provisória da pena, com a seguinte ementa:

7 Conforme se verifica nos seguintes precedentes: RHC 55.492, RHC 55.652, RHC 58.032, RHC 64.749, RHC 68.726, HC 69.039, HC 70351 e RHC 79.972.

8 Cf. BRASIL, 2003.

9 Cf. BRASIL, 2004.

10 Cf. BRASIL, 1993b.

11 Cf. BRASIL, 2009.

12 Art. 105. Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução.

13 Cf. BRASIL, 2016.

CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado.

É importante destacar, nessa diáspora, que o posicionamento adotado pela Corte Superior foi confirmado posteriormente no julgamento das Ações Diretas de Constitucionalidade nº 43 e 44, cujos acórdãos ainda não foram publicados na íntegra, mas versam acerca da validade do disposto no artigo 283 do Código de Processo Penal. Todavia, alguns ministros adotaram o posicionamento de que a decisão tomada pelo Pleno não possui caráter vinculante e, por isso, poderia ser concedida liminar em Habeas Corpus para suspender a antecipação dos efeitos da pena.¹⁴

Visto isso, passa-se à explanação dos principais argumentos que foram destacados na nova concepção aderida pelo STF, com a intenção de, posteriormente, analisa-los em cotejo com o entendimento doutrinário.

2.2. Os principais argumentos insculpidos do *habeas corpus* nº 126.292 que autorizam a execução provisória da pena

O Supremo Tribunal Federal, ao retomar o posicionamento que estava alicerçado na sua jurisprudência até o ano de 2007, por meio do julgamento do Habeas Corpus nº 126.292, surpreendeu a comunidade jurídica, retomando fortemente o debate acerca da possibilidade de execução provisória da pena. Diante deste contexto, compulsa-se o que foi sustentado como razões para a mudança de entendimento.

O Ministro Teori Zavascki, relator do referido remédio heróico, reconheceu em seu voto que a presunção de inocência teve papel importante na formulação das regras processuais, especialmente no que concerne aos meios e ônus probatórios. Ressalvou o julgador, outrossim, que até que seja proferida a sentença penal deve imperar a presunção de inocência. Todavia, diante da condenação em primeira instância, acresce-se um grau de culpabilidade ao agente, ainda que esta medida não seja definitiva, posto que cabe ao segundo grau, em caso de recurso, analisar novamente os fatos. Aduz, nessa senda, que é no Tribunal de Apelação que se exaure a matéria de fato – exceto no caso de revisão criminal –, encerrando, nesta fase, o duplo grau de jurisdição constitucionalmente assegurado. Assevera o Ministro que é no segundo grau o local da preclusão da matéria de fato, cabendo a rediscussão apenas da matéria de direito por meio dos recursos especial e extraordinário.

Explanou o relator, ainda, que a execução provisória da pena, mesmo que na pendência de julgado de recurso especial e extraordinário, não afeta o núcleo essencial da presunção de inocência. Por derradeiro, ressaltou a necessidade de eficiência do sistema penal pátrio, destacando que o posicionamento anterior adotado pela Corte Suprema acarretava, com a delonga dos recursos excepcionais, na extinção da punibilidade em face da prescrição.

O Ministro Edison Fachin, por seu turno, destacou que não interpreta o disposto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal na sua literalidade, considerando que tal regra constitucional não possui caráter absoluto, sendo necessária a sua interpretação à luz dos demais princípios e regras constitucionais, como a duração razoável do processo – artigo 5º, inciso LXXVII, da Carta Maior – e as normas que ditam a competência do Pretório Excelso e do Superior Tribunal de Justiça, dispostas nos artigos 102 e 105 da Constituição, que não conferem aos tribunais superiores a incumbência de promover a justiça nos casos em concreto. Nessa senda, destacou, assim como o relator, que a matéria de direito é amplamente debatida nas esferas ordinárias, e nelas se exaure. Argumentou, ainda, que a Lei de

¹⁴ Vide HC 138.086/RJ, HC 138.088/RJ, HC 138.092/RJ, todos de relatoria do Ministro Marco Aurélio de Mello; HC 144908/RS, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski.

Execuções Penais não poderia afastar a execução provisória da pena, considerando que a Lei 8.038/90¹⁵ foi editada posteriormente a ela.

O Ministro Luís Roberto Barroso, também favorável à execução provisória da pena, explanou que existem argumentos jurídicos e pragmáticos para o reconhecimento de tal fenômeno. No que concerne aos argumentos jurídicos, ele discorreu que a Constituição Federal condiciona ao trânsito em julgado apenas a culpabilidade, mas não a prisão, considerando que o pressuposto seria a ordem fundamentada da autoridade judicial e não a irrecorribilidade da condenação. Destacou, igualmente, que a presunção de inocência é um princípio, e que por esse motivo poderia ser aplicada em maior ou menor intensidade, devendo ela sucumbir, quando ponderada, em face da efetividade da lei penal, especialmente quando exaurida em segunda instância a matéria de fato. Para finalizar o plano jurídico, mencionou o julgador em questão que, finda a discussão do plano fático em segundo grau, torna-se exigência de ordem pública a execução da pena, como forma de conferir credibilidade à lei penal e ao Poder Judiciário.

No que tange aos deslindes de cunho pragmático, asseverou o Ministro que a antecipação dos efeitos do apenamento tem o condão de conceder equilíbrio ao sistema de justiça criminal, considerando que tal prática inibe o oferecimento de recursos protelatórios e assegura a efetividade do sistema penal. Além disso, ele sustentou que, reconhecendo o início do cumprimento de pena após decisão de segunda instância, estar-se-ia diante de uma diminuição da seletividade do sistema criminal, visto que somente os mais abastados possuem recursos para financiar infinitos recursos, de modo que adiariam cada vez mais o marco inicial de execução penal. Ainda, grifou que tal postura afastaria a sensação de impunidade vivida no cotidiano brasileiro, de modo que reduziria-se a incidência de prescrição

ou do cumprimento de pena após um longo lapso entre a ocorrência do fato e o trânsito em julgado da ação penal.

O Ministro Luiz Fux, ao acompanhar o voto do relator, mencionou que existe a denominada coisa julgada em capítulos, explicando que tal fenômeno ocorre quando se exaure o debate acerca da matéria fática e probatória, motivo pelo qual, ainda que sustente-se que a presunção de inocência permeie o processo até o seu trânsito em julgado, a imutabilidade da decisão ocorreria com o acórdão de segunda instância, não havendo de se falar, portanto, na impossibilidade de execução provisória da pena após tal ocorrência.

A Ministra Carmen Lúcia, no seu voto, seguiu a mesma linha exarada pelo Ministro Luiz Fux, destacando, ainda, que a Constituição diz que não se pode considerar culpado até o trânsito em julgado, mas não veda a consideração como condenado.

Finalmente, o Ministro Gilmar Mendes votou no sentido de que o núcleo essencial da presunção de inocência concerne ao ônus da prova da acusação para comprovar a autoria e materialidade do delito, sendo, então, um direito processual de cunho negativo. Destacou, outrossim, que o conceito de culpado para a Carta Maior deveria ser disposto pelo legislador. Mencionou, por fim, que o grau de não culpabilidade evolui com o andamento do rito processual e que, não sendo afetado o núcleo essencial do princípio, é plausível o tratamento mais gravoso ao réu, salientando novamente que os recursos excepcionais não possuem efeito suspensivo.

Expostos os argumentos favoráveis à execução provisória da pena, passa-se ao confronto das referidas razões de decidir com o que dispõe a doutrina, a fim de averiguar-se sua (im)plausibilidade com o ordenamento pátrio.

¹⁵ É necessário frisarmos que a Lei 8.038/90 foi revogada nos dispositivos que disciplinavam acerca do Recurso Especial e Recurso Extraordinário pelo Novo Código de Processo Civil – Lei 13.105 de 2015.

3. A constituição e o artigo 283 do código de processo penal: o problema criado pelo supremo tribunal federal

Como percebeu-se no tópico anterior, os votos favoráveis à execução provisória da pena tiveram como fundamentos básicos: i) a ausência de efeito suspensivo dos recursos excepcionais; ii) o fato de que a presunção de inocência vedaria que o sujeito processado fosse considerado culpado antes do trânsito em julgado, mas não lhe vedaria a prisão; iii) a prisão mediante execução provisória da pena não afrontaria o núcleo essencial da presunção de não culpabilidade.

Para uma melhor organização da crítica que a seguir será tecida, discorrer-se-á, em um primeiro momento, se a presunção de inocência é uma regra ou princípio, partindo-se, logo em seguida, para análise dos seus efeitos no ordenamento jurídico pátrio. Após, tecer-se-á sobre o impacto da decisão no plano processual penal, e, mais especificamente, se o artigo 283 do nosso diploma processual está redigido conforme a Constituição Federal.

3.1. A presunção de inocência: regra ou princípio?

Primeiramente, é necessário destacar-se que a presunção de inocência é um princípio e não, uma regra. No âmbito da teoria das normas jurídicas se testemunha a distinção entre “norma-regra” – regra – e “norma-princípio” – princípios –, sendo estabelecidos, nesse contexto, critérios de diferenciação entre a primeira e o segundo. No entanto, é forçoso desde logo mencionar que ambas as modalidades possuem força normativa. No que concerne à diferenciação entre princípios e regras, é importante a seguinte introdução proposta por Barbagalo:

Entre os critérios mais comuns e aceitos para diferenciação de regras e princípios estão aqueles relacionados à “generalidade” ou “grau de abstração”. Assim, os princípios veiculariam normas com grau de abstração elevado, enquanto as regras possuiriam maior concretude, noutra sentença, os

princípios seriam normas “gerais”, com “caráter de fundamentalidade” ou de maior “generalidade” enquanto as regras implicariam em maior “especificidade”. (BARBAGALO, 2015).

Todavia, como bem salienta a autora, tal diferenciação não é tida como suficiente para distinguir as regras dos princípios. Para Dworkin (2007), o que os diferencia é o modo de aplicação de cada um para a solução de um caso concreto. As regras, segundo o autor, são aplicáveis na forma do tudo ou nada, pois, se elas forem válidas, e a proposição nelas estampada adequar-se ao caso concreto, elas deverão ser aplicadas – ainda sim, uma regra válida pode deixar de ser aplicada caso exista alguma exceção aplicável ao caso concreto, mas, mesmo assim, a exceção também será aplicável na forma tudo ou nada (DWORKIN, 2007). Caso uma regra seja considerada inválida, não há nela força vinculativa para a decisão do caso concreto (GAVIAO FILHO, 2011).

Já os princípios, na visão sustentada pelo citado doutrinador, apresentam enunciados que dão direção ao argumento, mesmo que haja a necessidade de decisão particular no caso concreto (DWORKIN, 2007). Outrossim, os princípios teriam dimensão de peso e, quando houvesse colisão, prevaleceria o de maior peso, sem que o de menor peso fosse retirado do ordenamento jurídico (GAVIAO FILHO, 2011).

Já Humberto Ávila, após exaustiva análise, assim difere as regras dos princípios:

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos. Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção. (ÁVILA, 2016)

Ainda, para Robert Alexy, "as regras são mandamentos definitivos e os princípios são mandamentos de otimização", sendo as primeiras aplicáveis por subsunção, ao passo que os segundos aplicam-se mediante ponderação (GAVIAO FILHO, 2011).

Verificadas essas definições doutrinárias, é cediço que a presunção de inocência trata-se de um princípio que emanou os seus efeitos para o âmbito processual penal, tanto para as questões probatórias, quanto propriamente referente às prisões, como veremos no tópico a seguir. Tal conclusão é importante para demarcar-se que, ao menos na apreciação da presunção de inocência, pode-se falar, sim, em ponderação, com algumas ressalvas que serão demonstradas, especialmente no que concerne à preservação do núcleo essencial.

3.2. Os efeitos da presunção de inocência no ordenamento jurídico pátrio

A Constituição Federal contemplou na sua redação uma vasta cartilha de direitos e garantias fundamentais, prevendo rígidos limites – negativos – ao poder repressivo estatal a fim de coibir o exercício desproporcional e arbitrário dos poderes públicos (CARVALHO, 2008). O princípio da presunção de inocência, previsto no rol constitucional, tem influência não só no marco inicial de cumprimento de pena, mas em vários pontos do processo penal, sendo esta uma verdadeira garantia norteadora do projeto de Estado Democrático brasileiro (REIS, 2009).

Para López, a presunção de inocência manifesta-se dos seguintes modos:

La presunción de inocencia se manifiesta de las siguientes formas: a) como principio informador, actúa como directriz que indica el camino a seguir por el proceso penal, en la que actúa – junto al resto de garantías procesales – como límite al ejercicio delius puniendidel Estado a favor de los derechos fundamentalesdel procesadoespecíficamente; b) como regla de tratamiento, exige que el sujeto sea tratado como inocente durante todo el proceso hasta la emisión de una sentencia condenatoria, es por ello que esta ga-

rantía impiede que se apliquen medidas judiciales que su- pongan una equiparación entre procesado y condenado, o, em general, que emitan resoluciones que constituyan um adelantamiento de pena; c) como regla de probatoria, indica cómo deberealizarse el procedimiento probatorio y cuáles son las características de cada medio probatorio para fundamentar una sentencia condenatoria, se trata – entre otras cosas – de que en la Sentencia condenatoria deben expresarse las pruebas de cargo que sustentan la declaración de responsabilidad jurídico-penal las cuales, a su vez, han de proceder de verdaderos actos de prueba obtenidos con todas las garantías que exige la Ley y la Constitución, y normalmente practicados en el acto del juicio oral; d) como regla de juicio, exige que para la emisión de una sentencia condenatoria exista certeza de la responsabilidad del imputado, por tanto, si hay duda debe fallarse a favor de su inocencia (in dubio pro reo). (FERNANDEZ LOPEZ, 2005).

Sendo assim, pode-se proclamar que o princípio discutido pode ser visto, ao menos, em três perspectivas: i) como um preceito fundamental que norteia o modelo de processo penal, visando estabelecer garantias para o controle do exercício do poder punitivo do Estado; ii) como uma forma de tratamento do acusado no curso do processo, tornando a restrição da liberdade exceção; iii) como forma de influência no julgador, a fim de que seja ônus da acusação a prova da materialidade e autoria do crime, devendo o imputado ser absolvido caso não seja exercida a atividade probatória pela acusação (TORRES, 1993).

Destarte, é cediço que a presunção de não culpabilidade vai muito além de uma simples norma probatória que incumbe o ônus probatório à acusação, possuindo uma intensa conexão com a liberdade do réu, verificando-se a sua incidência desde o começo do processo até o seu trânsito em julgado (VILELA, 2000). Eis o equívoco argumentativo perpetrado pelos ministros do Supremo Tribunal Federal que votaram a favor da execução provisória da pena: a desconsideração dos efeitos da presunção de inocência sob o âmbito de limitação do julgador, especialmente ao tratar-se da restrição de liberdade do acusado.

Se o próprio texto constitucional estabelece que o réu somente pode ser considerado culpado após o trânsito em julgado da sentença condenatória, é evidente que a prisão que

não seja calcada no artigo 312 do Código de Processo Penal não se enquadra nas hipóteses de prisão temporária ou exceções constitucionalmente previstas, mas simplesmente configura uma antecipação dos efeitos da pena – e conseqüentemente da culpa (FERNANDES, 2007). Nesse sentido leciona Gomes Filho, ao discorrer acerca do princípio da presunção na Carta Magna:

[...] traduz uma norma de comportamento diante do acusado, segundo a qual são ilegítimos quaisquer efeitos negativos que possam decorrer exclusivamente da imputação; antes da sentença final, toda antecipação de medida punitiva ou que importe o reconhecimento da culpabilidade, viola esse princípio. (GOMES FILHO, 1991).

É necessário frisar, como bem alerta Pacelli, que a execução provisória de sentença penal, diferentemente da cível, não possui garantia real ou fidejussória, motivo pelo qual, caso seja posteriormente reformada a condenação, nada poderá ser feito para ser recuperado o tempo do cárcere (OLIVEIRA, 2012). Esse risco, salvo melhor juízo, não pode ser adquirido pela argumentação de ausência de efeito suspensivo em recurso especial ou recurso extraordinário, e afeta de forma substancial o núcleo essencial do princípio, pois seria o réu considerado culpado sem que assim o fosse.

Destarte, e para finalizar a análise da presunção de inocência, é substancial destacar o pensamento de Carvalho, o qual aduz que só existem dois tipos de prisão constitucionalmente aceitas no ordenamento jurídico pátrio: a prisão cautelar e a por cumprimento de pena. A execução provisória da pena não se trata de prisão cautelar, pois ausentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, requisitos estes imprescindíveis para a decretação da modalidade de prisão, tampouco trata-se de cumprimento de pena, pois não há de se falar em pena sem trânsito em julgado. Desse modo, a modalidade de prisão reeditada pela Suprema Corte é inconstitucional, pois não é compatível com a exceções à liberdade admitidas pela Carta Magna (CARVALHO, 2004).

Assim, torna-se cristalino que o uso da ponderação, no modo em que foi empregado no caso em testilha, afeta o nú-

cleo fundamental do princípio da presunção de inocência. Em outras palavras – e por isso a importância da definição lançada no tópico anterior –, a interpretação lançada pelo STF no julgamento do Habeas Corpus nº 126.292 basicamente exclui a presunção de não culpabilidade após a condenação em segundo grau, como se ela fosse uma regra que, por meio da subsunção, tivesse sido excluída do ordenamento jurídico para a preservação do princípio genérico de efetividade da lei penal.

3.3. A regra disposta no artigo 283 do código de processo penal e a sua (in)conformidade com os ditames constitucionais

Visto que há afetação do plano constitucional a partir da decisão aqui ventilada, depreende-se que, no plano infraconstitucional, torna-se ainda maior a violação legal, visto que este está intimamente ligado à Constituição. O artigo 283 do Código de Processo Penal estabelece que

ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

A redação transcrita, oriunda do exercício do legislador ordinário, não deixa margens para dúvidas: não há a possibilidade de execução provisória da pena (OLIVEIRA, 2012).

Ainda que não seja conhecido o completo teor das Ações Diretas de Constitucionalidade nº 43 e 44, já temos ciência de que a Corte Suprema manteve a posição adotada no Habeas Corpus 126.292, sendo necessário, nesse diapasão, alguns apontamentos.

Primordialmente, deve-se atentar que o Supremo Tribunal Federal, ao proferir a decisão no remédio heroico ou nas ações de constitucionalidade, manteve a vigência e validade do artigo 283 do Código de Processo Penal, não afastando a sua

incidência no mundo jurídico. Streck, ao tecer sua crítica ao afastamento do intérprete ao texto legal, discorre acerca das seis hipóteses que, segundo ele, autorizariam o aplicador do direito a afastar uma regra.

A primeira hipótese levantada pelo autor é quando um ato normativo – lei – for inconstitucional, motivo pelo qual poderá o julgador, por meio do controle de constitucionalidade difuso, declará-la inconstitucional. Será também afastada a aplicabilidade quando da declaração de inconstitucionalidade em sede de controle concentrado (STRECK, 2010).

O segundo caso dar-se-á quando o julgador deparar-se com antinomias, oportunidade na qual lançará mão dos critérios de resolução destas, a fim de saná-las. O terceiro critério consiste na interpretação da lei em conformidade com a Constituição Federal, quando houver um verdadeiro acréscimo de sentido, permanecendo intacto o texto (STRECK, 2010).

A quarta situação aventada pelo autor se dá nos casos de aplicação de nulidade parcial sem redução de texto. Nestes casos, a lei permanece com a sua redação, alterando-se a sua incidência, sendo uma clara subtração de sentido. O quinto caso se dá por meio da declaração de inconstitucionalidade com redução de texto, quando será, de fato, excluída uma palavra ou expressão a fim de que torne-se constitucional o dispositivo (STRECK, 2010).

Por derradeiro, a sexta hipótese elencada pelo autor ocorre quando o julgador deixa de aplicar uma regra em face de um princípio. Neste caso, nos alerta que deve a decisão ser fundamentada, podendo-se retirar dela uma mínima generalização, a fim de que se possa dar continuidade ao verbete, sob pena de o magistrado cair em verdadeiro decisionismo (STRECK, 2010).

Das hipóteses acima mencionadas, é possível destacar, principalmente no que concerne à interpretação conforme à Constituição – o que, ao que tudo indica, será o argumento do Pretório Excelso –, que o artigo 283 da lei processual nada mais é do que a combinação dos incisos LVII e LXI do artigo 5º da Carta Magna, motivo pelo qual torna-se cristalina a sua compatibilidade com o texto constitucional.

O legislador ordinário, quando da redação da lei processual, reafirmou aquilo que a Lei Fundamental já previa em seu rol de direitos fundamentais, tendo, desse modo, agido dentro da margem assegurada ao Poder Legislativo. Assim sendo, torna-se descabida o afastamento da incidência da referida norma para vedar a execução provisória da pena com base no princípio genérico de efetividade da lei penal – como quer o Supremo Tribunal Federal. Nesses termos leciona Ávila:

No caso de regras infraconstitucionais, os princípios constitucionais de fato servem para interpretar, bloquear e integrar as regras infraconstitucionais existentes. Os princípios constitucionais, no entanto, só exercem a sua função de bloqueio, destinada a afastar a regra legal, quando ela for efetivamente incompatível com o estado ideal cuja promoção é por eles determinada. O aplicador só pode deixar de aplicar uma regra infraconstitucional, ou quando a sua aplicação for irrazoável, por ser o caso concreto extraordinário. Ele não pode deixar de aplicar uma regra infraconstitucional simplesmente deixando-a de lado e pulando para o plano constitucional, por não concordar com a consequência a ser desencadeada pela ocorrência do fato previsto na hipótese. Ou a solução legislativa é incompatível com a Constituição, e, por isso, deve ser afastada por meio da eficácia bloqueadora dos princípios, sucedida pela sua eficácia integrativa, ou ela é compatível com o ordenamento constitucional, não podendo, nesse caso, ser simplesmente desconsiderada, como se fora um mero conselho, que o aplicador pudesse, ou não, levar em conta como elemento orientador da conduta normativamente prescrita. (AVILA, 2009).

O doutrinador vai mais além, alertando que a postura de afastamento de regras compatíveis com o texto constitucional fomenta, inclusive, a depreciação do Poder Legislativo:

Ao se admitir o uso dos princípios constitucionais, mesmo naquelas situações em que as regras legais são compatíveis com a Constituição e o emprego dos princípios ultrapassa a interpretação teleológica pelo abandono da hipótese legal, está-se, ao mesmo tempo, consentindo com a desvalorização da função legislativa e, por decorrência, com a depreciação do papel democrático do Poder Legislativo. (AVILA, 2009).

Portanto, é nítido que houve excesso na decisão do STF, tendo em vista que o legislador ordinário dispôs exatamente aquilo que a Constituição Federal já proclamava, exercendo o seu papel dentro do Estado Democrático de Direito.

4. Conclusão

Há muito percebe-se uma movimentação do Poder Judiciário, em nome da Constituição Federal, para o afastamento de leis e, por conseguinte, efetivação de direitos individuais ou sociais. Todavia, como aqui discorreremos, tal ímpeto não pode ser utilizado para dar margens à discricionariedade, possibilitando ao judiciário a decisão da forma em que melhor lhe aprouver.

Ainda que possamos verificar uma intensa crise no plano político pátrio, de modo em que se estabelece uma forte crise no Poder Executivo e no Poder Legislativo, não pode o judiciário olvidar-se do direito, por meio do mal uso de mecanismos interpretativos, de modo a assumir o protagonismo no Estado Democrático de Direito.

No caso da execução provisória da pena julgada no Habeas Corpus nº 126.292, como vimos, houve a deturpação do sentido do princípio da presunção de inocência, tolhendo-lhe a sua incidência após a condenação em segunda instância, de forma a conceber o acusado após o julgamento pelo Tribunal de Apelação como culpado – ou, ao menos, impondo-lhe os efeitos da culpa. Se não bastasse isso, temos o afastamento arbitrário de um dispositivo legal válido, aplicável ao caso da execução provisória como forma de barreira, editado pelo Legislador Ordinário conforme a Constituição Federal, o que demonstra que o poder do judiciário está elevando-se em relação aos outros dois. Destarte, podemos concluir que o problema do julgado vai muito além da presunção de inocência e do processo penal: este diz muito sobre o nosso atual Estado de Direito.

5. Referências

ÁVILA, H. "Neoconstitucionalismo": Entre a "Ciência do Direito" e o "Direito da Ciência". **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, jan.-mar. 2009. Disponível em: <<http://direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 30 mai. 2017.

ÁVILA, H. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

BARBAGALO, F. B. **Presunção de inocência e recursos criminais excepcionais**: em busca da racionalidade no sistema processual penal brasileiro. Brasília: TJDF, 2015. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/escola-de-administracao-judiciaria/e-books/presuncao-de-inocencia-e-recursos-criminais-excepcionais>>. Acesso em: 07 ago. 2017.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Brasília, DF: Presidência da República.

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Brasília, DF: Presidência da República.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 59.757. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 11 mai. 1982. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+59757%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+59757%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/b5phtbp>>. Acesso em: 08 ago. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 64.749. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 20 mar. 1987. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=101120>>. Acesso em: 08 ago. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 68.037. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 21 mai. 1993a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 83.415. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 03 fev. 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+83415%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+83415%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/lxaxl6u>>. Acesso em: 08 ago. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 83.584. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 21 mai. 1993b. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+83584%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+83584%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/aetxdyo>>. Acesso em: 08 ago. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 84.078. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 25 de fevereiro de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+83584%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+83584%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/aetxdyo>>. Acesso em: 08 ago. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 126.292. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 16 de maio de 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+83584%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+83584%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/aetxdyo>>. Acesso em: 08 ago. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 2391. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 09 set. 2003. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=527241>>. Acesso em: 08 ago. 2017.

CARVALHO, L. G. G. C. de. **Processo penal e constituição: princípios constitucionais no processo penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CARVALHO, S. de. **Antimanual de criminologia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

REIS, J. C. V. dos. Desafios do neoconstitucionalismo: a aplicação das normas constitucionais e a tensão entre justiça e segurança jurídica. In: QUARESMA, R. (Org.). **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

FERNANDES, A. S. **Processo penal constitucional**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

LÓPEZ, M. F. **Prueba y presunción de inocencia**. Madrid: Iustel, 2005.

TORRES, J. V. **Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal**. Madrid: La Ley, 1993.

GAVIÃO FILHO, A. P. **Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

GOMES FILHO, A. M. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991.

OLIVEIRA, E. P. de. **Curso de processo penal**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

STRECK, L. L. Aplicar a "letra da lei" é uma atitude positivista? **Revista NEJ – Eletrônica**, v. 15, n. 1, jan./abr. 2010. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2308/1623>>. Acesso em: 25 ago. 2017.

VILELA, A. **Considerações acerca da presunção de inocência em direito processual penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

A INSTITUCIONALIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DO DISCURSO NA ATUAL SOCIEDADE DE INFORMAÇÃO COMO FORMA DE CONTROLE E PREVENÇÃO DA CORRUPÇÃO E DE GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS¹

Alexandre Brandão Rodrigues²
Danielle Dornelles³

-
- 1 Linha 1: Tütelas à Efeüvação de Direitos Púölicos Incondicionados - Patologias Corruptivas e interesses púölicos indisponíveis.
 - 2 Bacharel em Ciências Militares pela Academia de Polícia Militar do Estado do Rio Grande do Sul (1994). Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Luterana do Brasil (1999). Especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal pela UNIJUÍ (2008). Mestrando do Programa de Pós-graduação stricto sensu em Direitos Sociais e Políticas Púölicas da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Defensor Púölico do Estado do Rio Grande do Sul. E-mail: alebran1972@gmail.com.
 - 3 Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Pós-graduada Lato Sensu (especialização) em Direito Imobiliário, Urbanístico, Registral e Notarial pela UNISC. Pós-graduada Lato Sensu (especialização) em Direito Notarial e Registral pela Universidade Anhanguera - Uniderp. Pós-graduada Lato Sensu (especialização) em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Anhanguera - Uniderp. Graduada em Direito pela UNISC. Integrante do grupo de pesquisas "Intersecções Jurídicas entre o Púölico e o Privado" do Programa de Pós - Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado da UNISC, coordenado pelo professor Pós-Doutor Jorge Renato dos Reis. Registradora Substituta. E-mail: d.dornelles@hotmail.com.

Resumo

Diante do não cumprimento das promessas do Estado liberal, em especial quanto a não efetivação dos direitos fundamentais e da proliferação dos atos corruptivos; bem como da mudança nas relações sociais com a nova Sociedade de Informação, as quais tornaram aquelas muito mais fluídicas e dinâmicas, pergunta-se: Como pode-se controlar e prevenir atos corruptivos? E mais, podem os novos mecanismos tecnológicos criados para esta sociedade em rede, como a internet, servir para o controle e prevenção desses atos nocivos? A hipótese é que a institucionalização do princípio do discurso apresentado por Leal, tendo por base a teoria de Habermas, dá o aporte teórico e prático necessário para o controle e prevenção da corrupção e, com o implemento da democracia deliberativa, possibilita-se, também, a garantia dos direitos fundamentais. Como resultado, verificou-se que, para enfrentar os riscos criados, não só pelo Estado liberal, mas também pelo poder tecnológico, é necessário o desenvolvimento de uma nova concepção de democracia, mais participativa e inclusiva, bem como utilizar-se dos recursos tecnológicos da atual sociedade de rede (de informação) para o controle e prevenção da corrupção.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Princípio do discurso. Sociedade de informação.

Abstract

Faced with the non-fulfillment of the promises of the Liberal State, especially regarding the non-realization of fundamental rights and the proliferation of corrupt acts; As well as the change in social relations with the new Information Society, which have made them much more fluid and dynamic, we ask: How can we control and prevent corruptive acts? Moreover, if the new technological mechanisms created for this networked society, such as the Internet, can serve to control and prevent these harmful acts? The hypothesis is that the institutionalization of the principle of discourse presented by Leal, based on the Habermas theory, gives the necessary theoretical and practical support for the control and prevention of corruption and, with the implementation of deliberative democracy, The guarantee of fundamental rights. As a result, it has been found that in order to address the risks created, not only by the liberal state but also by technological power, the development of a new conception of democracy, more participatory and inclusive, and the use of the technological resources of the Current (information) network society for the control and prevention of corruption.

Keywords: Fundamental rights. Principle of speech. Information society.

1. Introdução

O racionalismo cartesiano, o empirismo de Hume e o idealismo transcendental kantiano deram as bases para a filosofia da Modernidade, calcada no Humanismo. Assim, sob este novo parâmetro de racionalidade (subjéctiva, filosofia da consciência nas palavras de Habermas) assentou-se também as bases do Estado moderno (liberal). Este Estado que tinha como princípio a separação da Sociedade Civil para que fossem evitadas as arbitrariedades ocorridas no medievo.

As promessas do Estado liberal não se cumpriram e, ao contrário, esse modelo de Estado e a sua falta de controle tornaram-se nocivos para os direitos fundamentais e um fomento para a proliferação de atos corruptivos. Acontece que o mundo mudou e a filosofia assentou bases não mais na metafísica, mas agora no “chão do mundo”, abrindo espaço para a atual Sociedade de Informação.

Desse modo, o problema que se apresenta é como, diante dessa nova sociedade (de informação), pode-se controlar e prevenir os atos corruptivos? E mais, podem os novos mecanismos tecnológicos criados para esta sociedade em rede, como a internet, servir para este controle e prevenção estes atos nocivos?

A hipótese aqui apresentada é que a institucionalização do princípio do discurso apresentado por Leal (2006; 2013), tendo por base a teoria de Habermas, dá o aporte teórico e prático necessário para o controle e prevenção da corrupção. Ainda, com o implemento da democracia deliberativa possibilita-se, também, a garantia dos direitos fundamentais.

O método utilizado será o hipotético-dedutivo, tal como formulado por Karl Popper (1975), pois parte-se dos problemas e das hipóteses apresentadas para, com base em pesquisa de natureza bibliográfica, discutir-se e verificar-se se a hipótese é sustentada. Pretende-se analisar obras de autores da Filosofia, do Direito e da Sociologia, assim como seus principais comentaristas e artigos científicos relacionados ao tema.

Inicia-se este estudo com a Filosofia de Descartes, Hume e Kant, autores estes que foram o berço da Filosofia Moderna, para que se entenda a base do Estado liberal, suas promessas, desilusões e consequências. Assim, pretende-se fazer uma breve digressão histórico-filosófica nas teorias chaves das filosofias moderna e pós-moderna. Com esta perspectiva filosófica, analisar-se-á o fenômeno da Sociedade de Informação e propor-se-á, com Leal (2006; 2013), uma alternativa para o controle e combate da corrupção nesta atual Sociedade em rede.

2. As bases filosóficas da modernidade e o fenômeno corruptivo: a crise entre estado e sociedade como uma das causas da corrupção

No século XIV surgiram várias forças que possibilitaram a eclosão do mundo moderno e o declínio da doutrina escolástica. Pode-se citar a instabilidade da estrutura feudal com a ascensão da burguesia; o Renascimento italiano; a Reforma Protestante; e a surgimento da Ciência moderna, em especial com as descobertas de Copérnico (RUSSELL, 2013). A Terra deixou de ser o centro do universo, mas, em compensação, o Homem assumiu um papel central no pensamento filosófico.

Toda esta revolução fez florescer uma nova consciência na Humanidade e modificou totalmente a forma do Homem ver o mundo e a si próprio. O mundo se desencantou, as respostas não estavam mais em Deus, mas no interior de cada homem. Os dois principais movimentos filosóficos da modernidade foram o Racionalismo da Europa continental (que tem como principal representante René Descartes) e o Empirismo inglês (que, por sua vez, tem como principal expoente David Hume). Ambos movimentos tiveram e, ainda têm, uma influência decisiva e direta na Ciência e na Filosofia.

René Descartes com o seu “Discurso sobre o Método” lançou as bases da Modernidade. Influenciado por todas estas

modificações que estavam acontecendo na sua época, o autor influenciou e modificou o pensamento filosófico e científico, com o seu método que leva à dúvida sistemática, pois entende como incerto o conhecimento por meio dos sentidos. Todo o conhecimento deve ter como única fonte segura a razão. É por meio de uma cadeia de ideias claras (e inatas), que são acasadas pela razão, independente das experiências dos sentidos, é que o homem consegue chegar à sabedoria. Essa sabedoria se acessa de forma intuitiva e de forma dedutiva (DESCARTES, 2000). Até hoje, o método cartesiano influencia a Ciência e a Filosofia, por mais que haja críticas das mais variadas vertentes da filosofia contemporânea e pós-moderna.

O Racionalismo sofreu oposição de outra vertente do conhecimento científico e filosófico da Modernidade, o Empirismo. David Hume nega a ideia racionalista das conexões entre as coisas, o que possibilita o conhecimento delas, pois entende que tudo o que podemos conhecer são estas pálidas impressões dos sentidos (HUME, 2000).

No entanto, uma ponte entre o Empirismo e o Racionalismo foi erguida pelo pensador alemão Immanuel Kant com a sua teoria do idealismo transcendental. Kant entendia que existem dois mundos, ou seja, duas categorias que, em conjunto, possibilitam-nos conhecer o mundo que nos cerca: o mundo da nossa experiência (empírico), que conhecemos de forma *a posteriori*; e o mundo das coisas em si (racional), o qual independe de nossa experiência, que conhecemos de forma *a priori*. Kant não nega o conhecimento empírico (do mundo, relativo ao tempo e espaço), mas entende que ele sozinho não basta, é necessário para o conhecimento humano que seja feita a ligação com que sabemos de forma *a priori* (NODARI, 2009; RUSSELL, 2013).

Desse modo, funda-se em Descartes, Hume e Kant a base filosófica da Modernidade. Para a filosofia ocidental, até então, o conhecimento era obtido de forma subjetiva, em uma relação entre sujeito-objeto, na qual a razão subjetiva é determinante. Habermas (1990) a chama de filosofia da consciência.

A base filosófica dada pelo Humanismo, junto com o movimento da Burguesia, que até então era reprimida politicamente,

possibilitou a eclosão da Revolução Francesa e Americana. Assim, no século XVIII, houve um incremento no controle do poder do Estado e da Administração Pública por parte da Sociedade Civil, por meio da regulamentação de suas atividades pela lei, com o objetivo de evitar os abusos criados pela centralidade do poder na Idade Média (LEAL, 2006). O Estado foi visto como um mal necessário, por isso não podia intervir nas relações entre os cidadãos. Surge a oposição entre a esfera pública (de poder do Estado) e a esfera privada (particular, isenta da intervenção estatal) (LEAL, 2007). Tem-se, desta forma, o conceito de Administração Pública “como um conjunto harmônico e sistêmico de princípios, regras e ações jurídicas que regem os órgãos, os agentes e as atividades públicas, tendentes a realizar concreta, direta e imediatamente os fins desejados pelo Estado” (LEAL, 2006, p. 38).

O Estado, idealizado na Idade Moderna, deve proporcionar um espaço seguro para produção da ordem e, como isso, permitir a prevenção e a resolução dos conflitos. Este ainda não conseguiu atuar de forma eficaz como um agente mediador de conflitos sociais porque “nunca esteve interessado na consecução de projetos públicos de sociabilidade inclusiva” (LEAL, 2006, p. 46). Assim, para não reconhecer a sua ineficiência, o Estado, ao invés de resolver estes conflitos, lança algumas tensões sociais para clandestinidade. Tal atitude faz com que a sociedade se desintegre, pois a função do Estado é ser um pacificador e harmonizador das tensões sociais oriundas de uma sociedade que tem como características a complexidade multifacetada (LEAL, 2006, p. 48).

Uma consequência dessa desintegração da sociedade, como observa Leal em seu livro *Patologias Corruptivas nas relações entre Estado, Administração Pública e Sociedade: causas, consequências e tratamentos* (2013), é a corrupção. O autor ressalta que a corrupção é um problema social, político e institucional, tratando-se de um fenômeno multissetorial o qual tem capacidade de grande expansão na sociedade e no Estado. A corrupção causa indignação no meio social, mas tal indignação não é suficiente para dar conta do fenômeno, isso porque

há várias outras situações corruptivas que não se amoldam às dimensões monetárias e normativas do fenômeno, como, por exemplo, o nepotismo.

Por isso, segundo Leal (2013), a República democrática precisa estar ancorada em mecanismos mais pragmáticos de controle, os quais possam corrigir os desvios corruptivos. O Estado é a fonte do direito, ele os cria ao promulgá-los. Entretanto, a corrupção não se trata de mera violação da legalidade, trata-se de um vício de ética pública e privada, sob pena de tratá-la com qualquer ilícito ou delito. As teses que explicam o fenômeno da corrupção pouco valoram “a contribuição dada pela inércia e cumplicidade das instituições democráticas e da própria Sociedade Civil como sujeito histórico” (LEAL, 2013, p. 32).

Quanto aos Direitos Humanos e Fundamentais, entende Leal, que estes são letalmente impactados pela corrupção (2013), por isso não se pode aceitar as tendências históricas de acostumar-se com o fenômeno corruptivo. Ocorre que este fenômeno não pode ser tratado com soluções mágicas, imediatas e midiáticas, é necessário que haja “mudanças profundas em hábitos e costumes culturais, políticos e institucionais” (LEAL, 2013, p. 33).

Neste ponto, assevera Leal (2013) que a separação trazida pela filosofia liberal entre Sociedade e Estado, primeiro, é potencialmente virtuosa, e segundo tem contribuído para o fenômeno corruptivo. Inclusive, tal perspectiva é ilusória, pois a diminuição do Estado, proposta pela filosofia neoliberal, não resolveu o problema corruptivo. Entende o autor que, talvez, uma democracia mais participativa e deliberativa pudesse fazer frente ao fenômeno.

Adverte o autor que quanto mais a corrupção for tolerada, a tendência é que a opinião pública seja ainda mais não revelada e exposta. Isto reflete na persecução penal, sendo assim, em que pese ter havido várias iniciativas e movimentos de combate a corrupção, estes ainda não foram suficientes para o monitoramento e a responsabilização dos responsáveis pelo fenômeno. Este fenômeno gera efeitos imediatos na vida civil, produzindo

várias distorções no sistema produtivo e impactando os direitos humanos e fundamentais. A corrupção encontra-se diretamente conectada à violação desses direitos.

Leal cita vários mecanismos legais criados para o enfrentamento da corrupção, por isso entende que “não se pode mais falar em ausência de instrumentos e mecanismos jurídico-processuais que viabilizem a luta contra corrupção” (LEAL, 2013, p. 147), já que a participação popular na gestão e no controle dos atos da Administração Pública são somados a esses mecanismos jurídicos. Pode-se somente perguntar-se se esses mecanismos estão sendo utilizados pela cidadania brasileira.

Acrescenta o autor que, talvez, o elo mais fraco dessa corrente seja a questão da virtude cívica relacionada à participação popular, visto que não adianta ter ferramentas se estas não são manejadas. Conclui o autor que o combate à corrupção

enquanto política pública tem como objeto identificar, compreender e atuar preventivamente sobre áreas de risco e culturas organizacionais, é preciso entender que a lei, tão somente, não pode, nem é, um substituto da ética comportamental de todos os sujeitos sociais. (LEAL, 2013, p. 151).

As formas de controle oficiais do Estado (controle interno e externo) não são suficientes, “haja vista exatamente o reconhecimento da natureza fenomênica da corrupção, importando cada vez mais radicalização no seu controle e combate, envolvendo, por exemplo, os mecanismos de controles verticais – mídia e sociedade civil” (LEAL, 2013, p. 152). Desse modo, é necessário para a prevenção, controle e combate da corrupção o engajamento da sociedade civil e, neste ponto, a internet e demais mecanismos da sociedade de informação podem e devem auxiliar neste objetivo.

Porém, antes de entrar-se neste ponto, é importante entender as mudanças significativas ocorridas no plano filosófico que, de certa forma, influenciaram a eclosão da nossa atual Sociedade de Informação. E, conseqüentemente, entender como é possível utilizar os mecanismo dessa nova realidade, como, por exemplo, a internet, para o combate do fenômeno corruptivo.

3. As bases filosóficas assentadas no “chão do mundo”: a sociedade de informação como um mecanismo para o controle e prevenção do fenômeno corruptivo

Nietzsche decretou a morte dos valores dominantes até então no pensamento filosófico ocidental. A partir de então, a forma do homem conhecer-se e conhecer o mundo mudariam radicalmente. Perde-se a essência, e tem-se somente a existência. Os valores passam a ser “humanos, demasiado humanos” (MARTON, 1990), e não mais perenes e absolutos dispostos em um mundo ideal.

Neste momento, houve a guinada linguística, em especial com Frege, que entendeu que há diferenças de pensamentos e de suas representações. As representações são sempre atribuídas a um sujeito e identificadas no espaço e tempo, já os pensamentos ficam adstritos à consciência individual e são mais complexos que as anteriores. Quando o pensamento é verdadeiro a sua representação constitui um fato. Assim, não é possível aprender sem a mediação de pensamentos e de suas representações, visto que os pensamentos só são acessíveis quando representados por intermédio de proposições (HABERMAS, 2003).

Essas proposições são elementos da linguagem gramatical e, para entender-se a estrutura do pensamento é necessário desse *medium* da linguagem (HABERMAS, 2003). Partindo da filosofia de Gottlob Frege e Bertrand Russell, e não desconsiderando a filosofia de Kant, Ludwig Wittgenstein muda essa perspectiva e, aproveitando-se da virada linguística, estabelece que os limites da linguagem é que definiram os limites de mundo de cada pessoa (WITTGENSTEIN, 1999).

Afastada a metafísica racional, assentaram-se as bases da razão na linguagem, então abriu-se o caminho para filosofia ontológica de Martin Heidegger. Heidegger afastou qualquer tipo de abstração, ou seja, afastou a metafísica da sua análise do

mundo. Para ele, o mundo tem que ser analisado a partir do seu interior, no caso, como o ser humano e as coisas são no mundo (STEIN, 2005). Na ontologia da Heidegger, exposta no “Ser e Tempo”, a sua preocupação era a de entender o homem no seu mundo, no seu ambiente histórico.

Heidegger tentou responder questões filosóficas complexas, abrindo mão da abstração metafísica. Ele situou a sua filosofia no chão do mundo, no ambiente histórico. Tanto a filosofia de Wittgenstein, como a de Heidegger, influenciaram uma gama de movimentos filosóficos que as sucederam. Como exemplo tem-se o pós-estruturalismo e o existencialismo, juntamente com a abordagem hermenêutica de Hans-Georg Gadamer.

Gadamer foi discípulo de Heidegger, quem tinha por princípio que a missão da filosofia é a de interpretar a existência. Assim, todo processo de interpretação, para Gadamer, começa com o que já sabemos. Entende Gadamer que todo o processo de interpretação é similar ao de crítica artística: a interpretação inicia na pré-compreensão que se tem e chega a um ponto no qual se necessita de um nível mais profundo de compreensão. Entretanto, ao avançar-se nessa compreensão do poema, o próprio sentido do poema começa a mudar e, muda também, a nossa compreensão desse novo sentido, fazendo com que se ingresse no chamado “círculo hermenêutico” (OLIVEIRA, 1996; PALMER, 2006).

Para Gadamer, toda interpretação se dá a partir de uma perspectiva histórica em particular. Tudo que faz parte da história do intérprete (as crenças, a moralidades, os preconceitos, as respostas que quer obter etc.) influenciam a sua interpretação (OLIVEIRA, 1996; PALMER, 2006; GRONDIN, 1999). Verifica-se que a interpretação hermenêutica, a qual tem como pressuposto a filosofia ou razão linguística de Wittgenstein e a ontologia existencial de Heidegger, situa o intérprete dentro da história, afastando todo o tipo de interpretação racionalista que pressupõe uma isenção ou passividade do intérprete. A interpretação hermética pressupõe uma constante comunicação entre o intérprete e o objeto sendo interpretado, de modo que o objeto influencia e modifica o próprio intérprete.

Assim, por meio da linguagem, a racionalidade, que até então era subjetiva (por meio da relação entre razão pura e razão prática - instrumental), passou a ser intersubjetiva, em razão da linguagem ou da razão comunicativa, nas palavras de Habermas (2003). Diante deste cenário, houve mudanças significativas, tanto na filosofia como na sociedade. Na verdade, trata-se de um todo que é difícil ser dissociado, já que a filosofia é fruto da sociedade e, também, influencia as mudanças sociais. A modificação do pensamento filosófico que partiu da filosofia da consciência (subjetivista) para um entendimento existencial, fenomenológico, hermêutico e comunicativo do homem e do mundo (intersubjetivista), deu-se no mesmo momento no qual estavam acontecendo mudanças históricas significativas na sociedade.

Pode-se citar, como eventos históricos significativos que aconteceram no século XX, junto com esta reviravolta filosófica, a título exemplificativo: a Revolução bolchevique Russa, as 1º e 2º Guerras Mundiais, a bipolarização do mundo com a guerra fria, a queda do Muro de Berlim e da União Soviética, entre outros. Junto a estes eventos aconteceram revoluções tecnológicas importantes, como: a invenção do computador, a ida do homem ao espaço, a globalização, etc. Essas mudanças, tanto no modo de pensar como no modo de ser de nossa sociedade, desembocaram em uma nova forma de conhecer o mundo e viver nele, a chamada Sociedade de Informação.

A sociedade de informação é um fenômeno complexo, o qual envolve uma transformação estrutural do mundo devido à tecnologia e à sociedade de redes. Esse tipo de sociedade estabelece uma nova forma de comunicação baseada em redes globais, que não reconhecem fronteiras. Isso também traz riscos, inclusive o mais grave, da extinção da raça humana. Por isso é necessário reconhecer os contornos dessa nova realidade e estabelecer objetivos e valores a serem alcançados (CASTELLS; CARDOSO, 2005).

As relações sociais na sociedade de rede estão tendo novos contornos, muito mais fluídicos e dinâmicos. Há, também, a transformação da sociabilidade, na qual a comunicação es-

tabelece-se em redes auto-seletivas, ligadas ou desligadas de acordo com a necessidade e vontade do indivíduo. O campo político está cada vez mais dependente das novas tecnologias, visto que o comportamento político é formado nesse novo espaço de comunicação. No entanto, politicamente, a transformação mais profunda é a formação de uma nova visão de Estado que vai substituindo o Estado-nação (CASTELLS; CARDOSO, 2005). Esta nova realidade Lévy chama de ciberespaço:

Como uso diversas vezes os termos "ciberespaço" e "cibercultura", parece-me adequado defini-los brevemente aqui. O ciberespaço (que também chamarei de "rede") é o novo meio de comunicação que surge da interconexão mundial dos computadores. O termo especifica não apenas a infraestrutura material da comunicação digital, mas também o universo oceânico de informações que ela abriga, assim como os seres humanos que navegam e alimentam esse universo. (LÉVY, 1999, p. 16).

Esta nova Sociedade de Informação trata-se de uma nova realidade que está presente e está posta, ou seja, queira-se ou não, todos estão imersos nela. Por isso, é necessário compreender esse fenômeno e desenvolver estratégias para que os direitos fundamentais sejam garantidos, sendo o setor público um ator decisivo para o desenvolvimento e molde dessa nova sociedade de informação (CASTELLS; CARDOSO, 2005).

Como dito, as bases filosóficas e factuais da sociedade mudaram no pós-modernismo. Então, os instrumentos que o Estado tinha para garantia dos direitos fundamentais na Modernidade não servem mais para a Pós-modernidade. A internet, por exemplo, como ressalta CASTELLS (2013), proporciona um espaço de autonomia isenta de interferência de outras esferas de poder, como governo e empresas. Nesta segurança proporcionada pela internet, pessoas de todas as idades e condições podem manifestar suas ideias livremente. Tais movimentos ignoram partidos políticos, desconfiam da mídia, não reconhecem liderança e rejeitam a organização formal.

Os detentores do poder, em especial o Estado, não conseguem impor seus valores e interesses por meio de coerção ou

manipulação simbólica, uma vez que as sociedades são contraditórias e conflitivas. Nesse contexto, o poder não pode perdurar se a maioria das pessoas pensarem de forma contrária (CASTELLS, 2013). Na sociedade de rede o poder é multidimensional, organiza-se em torno de redes programadas influenciadas pela mente humana mediante as redes multimídia de comunicação de massa. Ao longo da história, os movimentos sociais produziram novos valores e objetivos que transformaram a vida em sociedade, exercendo o contrapoder. Como os meios de comunicação de massa são controlados pelos governos e empresas de mídia, as redes sociais digitais oferecem possibilidade de agir de forma desimpedida (CASTELLS, 2013).

Levy (2011) salienta que a mídia digital estende e democratiza a liberdade de expressão, por três razões de ordens econômica, técnica e institucional. A econômica é devido ao fato de que pode-se publicar qualquer tipo de mídia a custo zero ou muito baixo, e esta mídia tem possibilidade de alcançar publicidade planetária; a técnica diz respeito ao fato de que as ferramentas digitais não necessitam de uma grande habilidade nem de capacidade de programação; e a institucional ao fato de que a publicação não necessita de edição de espécie alguma.

Além da liberdade de expressão existe outra capacidade que foi adquirida: a liberdade de ouvir. A pessoa dispõe de meios para selecionar a informação que deseja, podendo escolhê-la dentro de uma enorme gama de alternativas viáveis. Assim, a mídia tradicional vai desfalecendo-se frente ao avassalador ecossistema criado pelas inúmeras mídias digitais. Neste contexto, o espaço público do século XXI é caracterizado pela ampla liberdade de expressão, bem como pela capacidade de escolha das fontes de informação. No entanto, ressalta Lévy que

As telecomunicações geram esse novo dilúvio por conta da natureza exponencial, explosiva e caótica de seu crescimento. A quantidade bruta de dados disponíveis se multiplica e se acelera. A densidade dos links entre as informações aumenta vertiginosamente nos bancos de dados, nos hipertextos e nas redes. Os contatos transversais entre os indivíduos proliferam de forma anárquica. É o transbordamento caótico das informações, a inundação de dados, as

águas tumultuosas e os turbilhões da comunicação, a cacofonia e o psitacismo ensurdecedor das mídias, a guerra das imagens, as propagandas e as contrapropagandas, a confusão dos espíritos. (LÉVY, 1999, p. 12-13).

O espaço público tem que ter condições de transformar a comunicação pública em conhecimento coletivo, sendo capaz de processar o conhecimento, contextualizando-o de forma histórica, geográfica e cultural. Os poderes políticos têm que ter a capacidade de comunicar-se com as complexas dinâmicas de colaboração e pensamento coletivo. E, por fim, a transparência e a inteligência coletiva devem estar ligadas à arquitetura abstrata da informação, de modo a seduzir o público (LÉVY, 2011).

Como foi apontado, para Lévy, a inteligência coletiva distribui para todos os indivíduos o que estava restrito a poucos privilegiados, o saber está disponível a todos e todos podem oferecer o conhecimento. A coordenação desses saberes se dá no ciberespaço, desterritorializando-os e funcionando como base da inteligência coletiva. O projeto de inteligência coletiva proposto por Lévy pressupõe ações práticas que mobilizam os indivíduos e buscam uma base objetiva para esta inteligência coletiva, por meio do reconhecimento e enriquecimento de todos os que participam da proposta (BEMBEM; SANTOS, 2013). Este propõe uma construção de um laço social calcado no saber, a união das pessoas se dá pelo compartilhamento dos saberes da vida, em um "espaço do saber". No entanto, a efetivação desse espaço vai muito além dessas tecnologias, requerendo mudanças nas esferas política, social e educacional (BEMBEM; SANTOS, 2013).

Certamente, essa nova era da informação está revolucionando a forma do homem conhecer o mundo e a si mesmo. Novos conceitos, como ciberespaço, realidade virtual, comunidades virtuais, inteligência coletiva, etc., já são uma realidade. Como ressalta Lévy:

A partir de agora, os sistemas e os conceitos abstratos cedem terreno aos mapas finos das singularidades, à descrição detalhada dos grandes objetos cósmicos, dos fenômenos da vida ou dos costumes humanos. Levese em conta todos

os grandes projetos tecnocientíficos contemporâneos: física de partículas, astrofísica, genoma humano, espaço, nanotecnologias, vigilância das ecologias e dos climas... São todos dependentes do ciberespaço e de suas ferramentas. Os bancos de dados de imagens, as simulações interativas e as conferências eletrônicas asseguram um conhecimento do mundo superior ao da abstração teórica, que passa para segundo plano. Ou, antes, definem a nova norma do conhecimento. Além disso, essas ferramentas permitem uma coordenação eficaz dos produtores de saber enquanto teorias e sistemas suscitavam antes a adesão ou o conflito. (LÉVY, 1999, p. 165).

A internet, a grande ferramenta da sociedade de informação, deu voz e liberdade para as pessoas, pois, agora, estas podem expressar-se de forma livre, bem como, escolher o que consumir de informação. Há ampla liberdade nesse sentido, mas, como adverte Castells e Lévy, tal liberdade pressupõe também um grande risco. A esfera pública tem que desenvolver uma estratégia, sem restringir a liberdade das pessoas, para que os direitos fundamentais delas sejam garantidos, sendo estabelecidos parâmetros morais para que todos possam conviver de forma harmoniosa. Trata-se de um grande desafio frente a uma nova realidade na qual a fluidez e a dinamicidade são a tônica desse novo mundo.

Diante desse novo mundo, concorda-se com Leal (2006) de que é necessário criar pactos semânticos e pragmáticos de comunicação, sendo, para isso, necessário reforçar uma democracia substancial e procedimental. Desta forma,

a partir dos Direitos Humanos e Fundamentais, enquanto marcos normativos de relações sociais potencialmente dirigidas para o entendimento racional de fundação do mundo da vida, é possível alinharmos alguns contributos à definição de uma comunicação política que seja capaz de viabilizar, não só o entendimento voltado à emancipação e autonomia do cidadão democrático, mas fundamentalmente, para articular uma proposta de gestão pública de universos e demandas tão amplos e tensionais, visando resgatar o valor da cidadania aristotélica, como aquela que participa dos negócios de sua cidade. (LEAL, 2006, p. 56).

Assevera Leal que, tendo em vista os níveis de complexidade apresentada pela sociedade contemporânea, é necessária a revisão dos conceitos tradicionais de Administração Pública. Para tanto, propõe o autor a adoção de Habermas como referencial teórico, em especial no que se refere à Teoria Procedimental da Democracia. Segundo esta perspectiva, o conjunto crescente de movimentos e organizações sociais faz com que o debate se enriqueça, pois permite uma pluralidade de enfoques culturais e sociais, “o que levaria a reforçar a ideia de crítica e controle do poder e aprofundar a democracia, fazendo surgir, por sua vez, um fator de integração social alternativo, baseado no diálogo, e não na dominação (ora simulada, ora explícita)” (LEAL, 2006, p. 61).

Para aceitar um processo político deliberativo as pessoas têm que estar abertas para o diálogo e para a possibilidade de aceitar o argumento do outro. Contudo, este processo de gestão pública comunicativa exige algumas condições subjetivas e objetivas para que se possa estabelecer uma comunicação eficaz. Por isso não basta a criação de novos espaços deliberativos, mas também é necessário tornar estes espaços mais inclusivos (LEAL, 2006). Neste sentido, a teoria da justiça habermasiana exige do Direito uma dupla dimensão fática e de legitimidade,

[...] sendo que ambas têm vínculos necessários e de dependência, eis que não basta a dimensão fática da validade do Direito para que se ponha como regulador/ordenador social, mas mais do que isso, depende da dimensão de uma base legítima de reconhecimento social da sua validade. (LEAL, 2006, p. 67).

Diante disso, propõe o autor que se pense estratégias para potencializar a Administração Pública “como um efetivo espaço de interlocução, deliberação e execução compartilhada de políticas públicas” (LEAL, 2006, p. 68). Os pressupostos constitutivos da Administração Pública, que antes corporificava o conjunto de órgãos públicos com o fim de patrocinar o bem comum para comunidade administrada, não consegue dar conta das várias demandas sociais diante dos séculos de desmandos, por isso a Administração Pública deva ser vista como instrumen-

to de gestão compartilhada dos interesses públicos, os quais tem um estatuto legalmente estabelecido pelo sistema jurídico, com o fim de efetivar o Estado democrático de direito. Para tanto, deve-se fomentar espaços públicos democráticos ampliados, de modo que estes possibilitem a legitimidade democrática (LEAL, 2006), podendo, somente assim, tentar evitar que direitos humanos fundamentais sejam atingidos por atos corruptivos.

Na democracia contemporânea, um dos pilares é a normatividade, a qual indica os objetivos e finalidades que a sociedade deseja de cada pessoa e da Administração Pública. Todavia, diante da crescente complexidade das funções e competências da administração, é necessário que os poderes constituídos persigam instâncias de legitimação política junto à sociedade. Nas palavras de Leal:

Esse tipo de comportamento e de diálogo entre sujeitos que buscam os mesmos fins axiologicamente normatizados na Constituição é o que denomino ÉTICO e responsável, configurando o que posso chamar de uma pós-weberiana ética da responsabilidade. (LEAL, 2013, p. 52).

Desta forma, diante da complexidade e fluidez da comunicação na Sociedade de Informação, é importantíssimo efetivar outro importante princípio, o do Discurso (Habermas), do qual Leal faz menção:

A institucionalização do princípio do Discurso presente no sistema de direito assegura a qualquer um e a todos as mesmas possibilidades de participação nos processos discursivos e institucionais de produção da norma jurídica (do próprio sistema como um todo), da gestão e das políticas públicas. (LEAL, 2013, p. 53).

Para isso, os valores normatizados na Constituição brasileira podem ser tomados como princípios veiculadores de pretensões políticas e sociais válidas, visto que possuem força vinculante a ponto “de se impor [sic] todas as esferas da vida social, pública e privada, exigindo condutas e práticas (éticas) que venham ao seu encontro” (LEAL, 2013, p. 54). Desse modo, os princípios constitucionais da Administração Pública ganham força “com seus vetores regratórios e principiológicos”. Porém,

ressalta o autor, que não basta que estejam postos, é necessário que sejam efetivos nas relações sociais e institucionais.

Os atos normativos devem ajustar-se aos princípios, pois estes são a fonte do sistema jurídico e do Estado, tornando suas violações em atos ilícitos e ilegítimos. Um dos principais desafios de uma Administração Pública que queira ser legítima, com base na teoria do discurso, é tentar estabelecer mecanismos para equilibrar a autonomia pública e privada, isso porque os objetivos e finalidades da República estão em assegurar e efetivar o princípio da soberania do povo. Ressalta Leal que

Esta conversão necessária do poder comunicativo em administrativo deve pautar as políticas governamentais e mesmo as formas de viabilização da participação social no âmbito das demandas coletivas que cotidianamente devem ser implementadas pelo Estado. (LEAL, 2013, p. 58). Enfim, diante dessa nova realidade apresentada pela atual sociedade de rede (também denominada de sociedade de informação) o Estado e as demais entidades, como o Mercado, os quais, tradicionalmente, detinham o poder, não conseguem mantê-lo da mesma forma que no passado, devido à velocidade e à liberdade da informação. De certa forma, isto traz variados riscos, inclusive o da própria extinção da humanidade. Entretanto, tal realidade também traz uma gama de tecnologias que podem e devem ser utilizadas no controle dos atos corruptivos do Estado e do Mercado.

Neste ponto, a perspectiva apresentada por Leal (2006; 2013), juntamente com Habermas, propõe uma democracia mais deliberativa e, conseqüentemente, mais comunicativa diante da complexidade e fluidez da comunicação. Haja a institucionalização do princípio do discurso, mostrando-se uma alternativa viável, não só para o controle e a prevenção da corrupção, mas, também, para a garantia dos direitos fundamentais.

4. Conclusões

O Humanismo oriundo da Filosofia Moderna, em especial de Descartes, Hume e Kant, junto com as revoluções burgue-

sas, em especial a Francesa e a Americana, fizeram com que houvesse um incremento no controle do poder do Estado e da Administração Pública por parte da Sociedade Civil, por meio da lei. Ocorre que esse Estado liberal burguês não conseguiu prevenir e resolver os conflitos de forma eficaz, também, não conseguindo atuar como um agente pacificador e harmonizador das tensões sociais. Uma das consequências dessa inoperância foi a corrupção, a qual se trata de um fenômeno multissetorial.

As formas de controle oficiais do Estado não são suficientes, é necessário que haja o engajamento da sociedade civil. Porém, ocorre que houve mudanças significativas, tanto na Filosofia, como na Sociedade. O pensamento filosófico partiu para um entendimento mais existencial, fenomenológico, hermêutico e comunicativo do homem e do mundo (intersubjetivista) devido a vários eventos históricos significativos (Revolução Russa, 1º e 2º Guerras Mundiais, Guerra fria, etc.). Essas mudanças fizeram com que eclodisse a atual Sociedade de Informação, que se trata um fenômeno complexo, o qual envolve uma transformação estrutural do mundo devido à tecnologia.

Na atual sociedade atual, as relações sociais têm contornos muito mais fluídicos e dinâmicos e no campo político há transformações mais profundas e significativas, visto que há uma nova forma visão de Estado, a qual vai substituindo o Estado-nação. Isto se dá porque na sociedade de rede o poder é multidimensional, organizando-se em torno de redes programadas influenciadas pela mente humana mediante as redes multimídia de comunicação de massa. A mídia digital estende e democratiza a liberdade de expressão, o que faz com que o espaço público do século XXI seja caracterizado pela ampla liberdade de expressão, bem como pela capacidade de escolha das fontes de informação.

Diante dessa nova perspectiva de sociedade, concorda-se com Leal quando ele comenta ser necessário criar pactos semânticos e pragmáticos de comunicação para reforçar uma democracia substancial e procedimental, sendo, assim, necessário revisar os conceitos tradicionais de Administração Pública. Desse modo, de acordo com a Teoria Procedimental da Democracia

de Habermas, é necessário enriquecer o debate e permitir uma pluralidade de enfoques culturais e sociais, conseqüentemente, pressupondo a abertura para o diálogo e para a aceitação do argumento do outro. Isto exige uma gestão pública comunicativa eficaz, por meio da institucionalização do princípio do discurso, de modo a criar novos espaços deliberativos e inclusivos.

Enfim, diante dessa nova realidade apresentada pela atual Sociedade de rede (também denominada de sociedade de informação) o Estado e as demais entidades, como o Mercado, os quais, tradicionalmente, detinham o poder, não conseguem mantê-lo da mesma forma que no passado, devido à velocidade e à liberdade da informação. De certa forma, isto traz variados riscos, inclusive sobre a própria extinção da humanidade. Porém, também, tal realidade traz uma gama de tecnologias que podem e devem ser utilizadas no controle dos atos corruptivos do Estado e do Mercado.

Para enfrentar os riscos criados, não só pelo Estado liberal, mas também pelo poder tecnológico, é necessário o desenvolvimento de uma nova concepção de democracia mais participativa e inclusiva por meio da utilização dos recursos tecnológicos dessa atual sociedade (sociedade de rede, de informação), como, por exemplo, a internet. Desta forma, possibilitar-se-á, não somente o controle e a prevenção da corrupção, mas garantir-se-á, de forma mais eficaz, os direitos fundamentais.

Este é o grande desafio do Estado e da administração Pública na Sociedade de Informação: criar tecnologias e procedimentos que possibilitem uma vida livre, justa e harmoniosa frente a toda essa revolução tecnológica.

5. Referências

BEMBEM, A. H. C.; SANTOS, P. L. V. A. da C. Inteligência coletiva: um olhar sobre a produção de Pierre Lévy. **Perspectivas em Ciência da Informação**, v. 18, n. 4, p. 139-151, out./dez. 2013.

CASTELLS, M.; CARDOSO, G. (Orgs.). *A Sociedade em Rede: do conhecimento à ação política*. Conferência. Belém (Por): Imprensa Nacional, 2005. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/a_sociedade_em_rede_-_do_conhecimento_a_acao_politica.pdf>. Acesso em: 04 nov. 2016.

CASTELLS, M. **Redes de indignação e esperança: movimentos sociais na era da internet**. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

DESCARTES, R. Discurso do método & as paixões da alma & Meditações: Vida e obra. São Paulo: Nova Cultural, 2000.

GADAMER, H. G. **Verdade e método**. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

GRONDIN, J. **Introdução à hermenêutica filosófica**. São Leopoldo: Unisinos, 1999.

HABERMAS, J. **Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990.

_____. **Direito e Democracia**. Entre a faticidade e validade I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HUME, D. **Investigação Acerca do Entendimento Humano**. São Paulo: Nova Cultural, 2000.

KANT, I. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa: Edições 70, 2007.

LEAL, M. C. H. **Jurisdição Constitucional aberta**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

LEAL, R. G. **Estado, Administração Pública e Sociedade: novos paradigmas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. **Patologias Corruptivas nas relações entre Estado, Administração Pública e Sociedade: causas, consequências e tratamentos**. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2013.

LÉVY, P. **Cibercultura**. São Paulo: Ed. 34, 1999.

_____. **A esfera pública do século XXI**: Biblioteca Pierre Lévy. São Paulo: 2011. Disponível em: <<http://escoladeredes.net/group/bibliotecapierrel Levy/forum/topics/a-esfera-publica-do-seculo-xxi>>. Acesso em: 03 nov. 2016.

LOPES, A. M. D. A hermenêutica jurídica de Gadamer. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 145, jan./mar. 2000. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/560/r145-12.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 24 out. 2016.

MARTON, S. **Nietzsche: Das forças cósmicas aos valores humanos**. Brasília: Editora brasiliense, 1990.

NODARI, P. C. **A teoria dos dois mundos e o conceito de liberdade em Kant**. Caxias do Sul: Educs, 2009.

OLIVEIRA, M. A. **Reviravolta Linguística – pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Loyola, 1996.

PALMER, R. E. **Hermenêutica**. Lisboa: Edições 70, 2006.

POPPER, K. **A lógica da pesquisa científica**. São Paulo: Cultrix, 2007.

RUSSELL, B. **História do pensamento ocidental: a aventura dos pré-socráticos a Wittgenstein**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2013.

WITTGENSTEIN, L. **Investigações Filosóficas**. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1999.

A JUSTIÇA RESTAURATIVA E A POSSIBILIDADE DE PERTENCIMENTO DOS ENVOLVIDOS: UMA PERSPECTIVA DE HUMANIZAÇÃO DO SISTEMA PENAL¹

Karina Sartori Flores²
Lucca Silveira Finocchiaro³

- ¹ Artigo científico apresentado para o II Seminário Internacional Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis - 2017-2. Eixo temático: Garantias Processuais dos Bens Públicos Incondicionados.
- ² Advogada; graduada pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; especialista em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas; mestranda em Direito na Fundação Escola Superior do Ministério Público. E-mail: karina_s_flores@yahoo.com.br
- ³ Advogado e Juiz Leigo; graduado em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público - FMP (2012/2); pós-graduado em Direito Público pela PUC/RS (2014/2); mestrando em Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis pela FMP. E-mail: luccafinocchiaro@amirsarti.adv.br

Resumo

O presente artigo pretende expor teorias atuais sobre a aplicabilidade da Justiça Restaurativa e sua finalidade. Para tanto, é de suma importância identificar os fundamentos principiológicos, bem como as possibilidades advindas dos diversos métodos para dirimir os conflitos. Busca-se, assim, identificar os reais interesses e necessidades das partes, possibilitando uma imperativa transformação social. Com efeito, tais transformações ocasionadas pelo enfrentamento dos delitos por uma ótica preocupada com a empatia e o efetivo cuidado com os indivíduos visam garantir a observância dos princípios fundamentais dos seres humanos pertencentes a um ordenamento jurídico protetivo. Para este fim, será utilizada a metodologia de análise bibliográfica sobre o tema e o método dedutivo de observação, partindo de critérios gerais de aplicação e espécies de procedimentos e finalizando com a análise sobre os possíveis resultados adquiridos.

Palavras-chave: Conflitos. Humanização. Justiça restaurativa. Métodos. Sistema penal.

Abstract

This article intends to expose current theories about the applicability of Restorative Justice and its purpose. In order to do so, it is of utmost importance to identify the fundamentals, as well as the possibilities arising from the various methods for settling conflicts. It seeks to identify the real interests and needs of the, enabling an imperative social transformation. In fact, these transformations caused by the confrontation of the crimes by a preoccupied perspective in empathy and the effective care with the individuals, aim to guarantee the observance of the fundamental principles of the human beings belonging to a protective legal order. To this end, the methodology of bibliographic analysis on the subject and the deductive method of observation will be used, starting from general criteria of application, species of procedures and ending with the analysis about the possible acquired results.

Keywords: Conflicts. Humanization. Restorative justice. Methods. Penal system.

1. Introdução

No atual cenário brasileiro, a violência urbana assola as mais diversas camadas da sociedade. Vive-se, ainda, em um contexto de excessivo aumento da população prisional, em que as condições de habitação comprometem as garantias fundamentais dos indivíduos, notadamente com graves violações à dignidade da pessoa humana. O indigesto resultado dessa equação revela uma situação carcerária com elevado custo de manutenção, a qual deixa de promover a inserção, correção ou reeducação dos agentes delitivos. Essa avassaladora realidade, todavia, não permite a defesa de medidas extremamente drásticas, como, por exemplo, o abolicionismo penal, mas sim a conclusão de que é imprescindível a atualização do precário sistema penal, em especial porque este remete à situação social e econômica da década de 1940 (data de promulgação do Código Penal). Em que pese que as legislações posteriores tenham alterado determinados dispositivos, não se verifica compatibilidade entre a evolução (ou involução) social e o Direito.

Acontece que, permanecendo o Estado como a principal vítima de delitos ocorridos, e a vítima e o ofensor como meros espectadores do ajustamento processual, a letra da lei torna-se impetuosa e dissociada dos interesses e necessidades vinculantes ao caso. Sendo assim, para o enfrentamento das violações dos direitos e abuso dos limites, é válida a proposta de centralizar a atenção à vítima de atos delitivos, amparando a exposição de sentimentos, necessidades e consequências sofridas. É dizer, o Estado possibilitaria a participação ativa dos envolvidos, inspirando inclusive o reconhecimento mínimo por parte do ofensor das inadequações realizadas.

Essa perspectiva adicional ao sistema penal propõe uma ótica mais humanitária, voltada aos indivíduos envolvidos, absorvendo o respeito à complexidade de sentimentos, sensações e necessidades inerentes ao delito. Tais características identificam-se com os princípios básicos da Justiça Restaurativa, um sistema de inclusão das partes sem imposição de formalismos

ou resultados determinados: trata-se de um sistema aberto e flexível que permite, por meio do diálogo, a compreensão dos universos pessoais sem estigmatização.

Dessa forma, o presente trabalho pretende expor – por meio do método dedutivo – a teoria atinente à Justiça Restaurativa, trazendo seus fundamentos e possibilidades de práticas, bem como as transformações ocasionadas pelo enfrentamento dos delitos por uma ótica preocupada na empatia e no efetivo cuidado com os indivíduos, tudo com o fito de garantir a observância dos princípios fundamentais dos seres humanos pertencentes a um ordenamento jurídico protetivo.

2. A justiça restaurativa no sistema brasileiro

A noção de Justiça Restaurativa surgiu progressivamente, com influências internacionais voltadas à negociação e mediação de conflitos. Pode-se dizer, em síntese, que o cenário mundial acompanhou a necessidade de cuidar dos conflitos de maneira mais sensível e humana, buscando, efetivamente, a reconstrução ou transformação dos envolvidos em conflitos.

Como se vê, a Justiça Restaurativa reflete uma ideia de solução de conflitos pacificada, centralizando os métodos disponíveis para possibilitar a comunicação entre os envolvidos, gerando um diálogo harmônico e produtivo. Seja como for, é importante trazer aspectos históricos das novas abordagens, bem como os fundamentos principiológicos da Justiça Restaurativa.

2.1. Novas abordagens sobre os conflitos

A legislação brasileira reformulou o olhar sobre os conflitos pessoais por meio da promulgação da lei de Juizados Especiais (Lei 9.099 de 1995), procurando estabelecer um procedimento dotado de menos formalismos e que prioriza a conciliação entre os envolvidos, seja na esfera civil e/ou penal. Esta reformulação deu-se por meio de princípios voltados para a oralidade, informa-

lidade, economia processual e celeridade dos atos processuais, centralizando-se na reparação dos danos sofridos por uma das partes com aplicação de penas não privativas de liberdade.

A conciliação é instituída como marco inicial no procedimento dos Juizados Especiais com a intenção de agilizar os anseios das partes sem que haja a punição severa dos agentes delitivos. A composição de acordo entre os envolvidos é presidida por juiz ou conciliador com orientação. Auxiliares da Justiça promovem a comunicação entre as partes, a identificação dos fatos e as devidas garantias legais cabíveis. No âmbito penal, a formalização de acordo ocasiona renúncia ao direito de queixa ou representação (artigo 74 da Lei). Não sendo acordado sobre a reparação dos danos, o procedimento dos juizados especiais ainda prevê a possibilidade do Ministério Público propor transação penal ao autor, com aplicação de pena restritiva de direito, multa ou, ainda, a promoção de suspensão do processo (artigo 89).

Verifica-se que tais previsões compreendem uma perspectiva voltada aos interesses das partes, sob o amparo da legislação e garantias fundamentais indisponíveis, possibilitando uma abertura à comunicação entre vítima e infrator, autor e réu. Esses cuidados iniciais que o ordenamento jurídico fornece demonstram a necessidade da legislação acompanhar não apenas os direitos instituídos, mas também as necessidades intrínsecas às situações conflituosas.

O incentivo pela composição de acordos pelas partes também é evidenciado pelas previsões estabelecidas pelo Novo Código de Processo Civil (NCPC), Lei 13.105, de 2015, ao sustentar a promoção pelo Estado da solução consensual de conflitos (art. 3º), adequando a conciliação e mediação ao ordenamento vigente. Ainda, a própria forma de cooperação entre as partes pode ser identificada como mais um avanço da legislação ao encaminhar o procedimento que mais se adapte aos interesses e necessidades do caso. Segundo o artigo 165 do NCPC,

os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvi-

mento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

Aliás, o diploma processual civil introduz a audiência conciliatória ou de mediação como parte do procedimento comum (art. 334). Nesse sentido, pode-se absorver das atuais modificações das legislações que a atenção do ordenamento jurídico prioriza a inclusão das partes no procedimento legal. Este é um olhar voltado à essência dos interesses envolvidos e à adequação da resposta dada pelo ordenamento, amenizando a procura desenfreada pela punição e singela retribuição ao delito, ampliando o conceito de restauração das relações e dos indivíduos que são partes interessadas. Portanto, torna-se perfeitamente adequada a necessidade de estudo e aprofundamento de procedimentos identificados com a Justiça Restaurativa para promover a resolução alternativa dos conflitos.

2.2. Fundamentos da justiça restaurativa

Como já visto, muitos autores, entre eles Howard Zehr e Kay Pranis, referem-se à dificuldade em conceituar de maneira unitária a Justiça Restaurativa e as formas possíveis de aplicação. No entanto, os entendimentos convergem aos princípios primordiais da utilização da Justiça Restaurativa como um meio alternativo de resolução de conflitos, visando, primordialmente, à facilidade de comunicação entre os envolvidos e à identificação das reais necessidades dos indivíduos.

Conforme refere Zehr (2015), o intuito da Justiça Restaurativa não compreende a necessidade de perdão ou conciliação entre as partes, uma vez que trata-se de um procedimento adotado sem imposição às partes, nem pressão de participação nem mesmo a obrigação por resultados determinados. A Justiça Restaurativa não se opõe necessariamente à Justiça Retributiva. Logo, a defesa pela aplicação da maneira mais pacífica de resolver os conflitos não compreende na posição do abolicionismo penal, até mesmo porque não há a preocupação essencial de modificar o aprisionamento e reduzir a reincidência dos de-

litos, apesar de ser configurada constantemente nas práticas alternativas.

Conforme Zehr,

a Justiça Restaurativa requer, no mínimo, que cuidemos dos danos sofridos pela vítima e de suas necessidades, que seja atribuída ao ofensor a responsabilidade de corrigir aqueles danos, e que vítimas, ofensores e a comunidade sejam envolvidos nesse processo. (2015, p. 41).

O amparo proposto pela Justiça Restaurativa corresponde à aproximação dos envolvidos, vítima e ofensor, no próprio procedimento adotado. Isto significa dizer que os interesses, posicionamentos, sentimentos e compreensões de cada um podem apresentar-se verdadeiramente no próprio processo e que o ordenamento jurídico não ficará afastado de tais análises primordiais. Refere-se, portanto, a uma concepção diferente do papel de cada um dos envolvidos, fundamentalmente à vítima, cuja proteção legal se justifica. Pallamora assim destaca:

O direito penal esqueceu da vítima ao tratar apenas da 'proteção de bens jurídicos' desde o viés do castigo àquele que cometeu um delito, e negligenciou o dano causado à vítima e a necessidade de reparação. Além do direito penal, também o processo penal esqueceu a vítima ao deixá-la à margem do processo e sem proteger seus direitos. Até mesmo a criminologia esqueceu dela, pois tratou apenas do delincente, num primeiro momento, para depois passar a entender o delito como um fenômeno relacional sem, entretanto, analisar a vítima da relação, restringindo-se, apenas, à análise dos processos de criminalização. (2009, p. 46).

Esse envolvimento entre a vítima e o ofensor modifica o caráter simplista de coadjuvantes no prosseguimento dos atos processuais, concedendo aos envolvidos a capacidade e responsabilidade de atuação em um processo informal, fundamentado na espontaneidade das partes. Nesse diapasão, observa-se que a utilização da Justiça Restaurativa como meio alternativo de enfrentar os conflitos, é uma forma de garantir a observância de direitos fundamentais das partes, possibilitando-se, assim, a autonomia das partes e a manutenção de direitos incondicionados,

conforme observa-se na Resolução 2002/12 do Conselho Social e Econômico da ONU:

[...] enfatizando que a justiça restaurativa evolui como uma resposta ao crime que respeita a dignidade e a igualdade das pessoas constrói o entendimento e promove harmonia social mediante a restauração das vítimas, ofensores e comunidades.

De acordo com as previsões estabelecidas para a prática da Justiça Restaurativa, observa-se que a inexistência de um conceito fechado de conteúdo e regras a serem observadas concede maior flexibilidade de métodos a serem adotados e maior abertura no procedimento que dependerá dos envolvidos no conflito:

E essa construção ainda em aberto e em constante movimento é, paradoxalmente, um importante ponto positivo da justiça restaurativa, pois não há um engessamento de sua forma de aplicação e, portanto, os casos-padrão e as respostas-receituário permanecerão indeterminados, na busca de adaptação a cada caso e aos seus contextos culturais. (ACHUTTI, 2016, p. 66).

Sendo assim, não há apenas um procedimento que se identifica com os princípios da Justiça Restaurativa, as aplicações são abertas, possibilitando a liberdade e autonomia dos envolvidos e a adequação do meio utilizado ao conflito a ser enfrentado, podendo exigir do terceiro imparcial que atua na prática da Justiça Restaurativa diferentes abordagens sobre os indivíduos, proporcionando, muitas vezes, o encontro direto entre vítima e agressor, ou preparando, em separado, os envolvidos. A amplitude de atuação das partes e do facilitador é o principal fundamento da Justiça Restaurativa, o que exige preparação, por parte do agente facilitador, sobre os diversos meios de abordagem para promover o diálogo entre os participantes. Essas possibilidades de manifestações da Justiça Restaurativa já estavam disciplinadas na Resolução 2002/12 do Conselho Social e Econômico da ONU:

I – Terminologia

1. Programa de Justiça Restaurativa significa qualquer programa que use processos restaurativos e objetive atingir resultados restaurativos.

2. Processo restaurativo significa qualquer processo no qual a vítima e o ofensor, e, quando apropriado, quaisquer outros indivíduos ou membros da comunidade afetados por um crime, participam ativamente na resolução das questões oriundas do crime, geralmente com a ajuda de um facilitador. Os processos restaurativos podem incluir a mediação, a conciliação, a reunião familiar ou comunitária (conferencing) e círculos decisórios (sentencing circles).
3. Resultado restaurativo significa um acordo construído no processo restaurativo. Resultados restaurativos incluem respostas e programas tais como reparação, restituição e serviço comunitário, objetivando atender as necessidades individuais e coletivas e responsabilidades das partes, bem assim promover a reintegração da vítima e do ofensor.
4. Partes significa a vítima, o ofensor e quaisquer outros indivíduos ou membros da comunidade afetados por um crime que podem estar envolvidos em um processo restaurativo.
5. Facilitador significa uma pessoa cujo papel é facilitar, de maneira justa e imparcial, a participação das pessoas afetadas e envolvidas num processo restaurativo.

Nesse sentido, os parâmetros fundamentais de aplicação da Justiça Restaurativa consistem em preocupar-se com o dano sofrido, e não na forma adequada de penalizar a conduta delitativa. Apenas o cuidado com o dano sofrido é que possibilitará a compreensão das necessidades da vítima, bem como a adequação das obrigações e a responsabilização coerente dos causadores do dano”.

Com efeito, “os ofensores recebem oportunidade e estímulo para compreender o mal que causaram às vítimas e à comunidade, e desenvolver planos para assumir suas responsabilidades de modo adequado” (ZEHR, p. 92, 2015). A principal necessidade de atuação da Justiça Restaurativa reside na possibilidade de estabelecer o diálogo entre os participantes dos encontros, permitindo um certo engajamento e a participação sobre o prosseguimento do procedimento, bem como sobre as próprias modificações trazidas à comunidade afetada.

Independentemente do método utilizado, o procedimento da Justiça Restaurativa implica na colaboração entre os participantes, já que este é um processo dotado de informalidade,

permeado pela inclusão e protagonismo das pessoas envolvidas nos danos, o qual instiga o fortalecimento e a reparação das relações humanas, observando, primordialmente, o respeito pelas suas necessidades e diferenças individuais.

3. Métodos para efetivação da justiça restaurativa

É importante observar os variados métodos utilizados para efetivar os princípios fundamentais intrínsecos ao diploma da Justiça Restaurativa, identificando suas especificidades, assim como os valores que os identificam e os quais também podem ser diferenciados.

3.1. Processos circulares

Os processos circulares de construção de paz constituem o objeto do estudo de Kay Pranis (2010). Conforme esse método, as tradições indígenas influenciam no círculo entre os envolvidos, havendo a utilização de um objeto como “bastão de fala” para os interlocutores que pretendem expor suas considerações. Ou seja, “no Círculo as pessoas se aproximam das vidas uma das outras através da partilha de histórias significativas para elas.” (PRANIS, 2010, p. 16). Os círculos são formados na intenção de proporcionar igualdade entre os participantes, influenciando, inclusive, na participação da sociedade como participante desse compartilhamento de ideias.

Os processos circulares promovem a comunicação entre os participantes por meio do poder anuído ao objeto que se identifica como o bastão de fala, requerendo a atenção e escuta verdadeira das formas de manifestação ou, até mesmo, da ausência de palavras conferidas em um momento de reflexão sobre sentimentos expressados, com cerimônias e orientações. Nesse modelo de enfrentamento de conflitos, destaca-se que “o papel do guardião não é de neutralidade, como é normal em outros modelos de resolução de conflitos ocidentais. Ele parti-

cipa do processo e pode oferecer seus pensamentos, ideias e histórias” (PRANIS, 2010, p. 53).

Trata-se de uma concepção pacífica que promove, essencialmente, o contato entre os indivíduos e o conhecimento profundo sobre as realidades dispostas, anuindo, por meio de conexões e valores partilhados, o restabelecimento de uma comunidade orientada por ensinamentos consensuais. De acordo com Pranis, “no cerne dos Círculos está a importância de reconhecer o impacto de nosso comportamento sobre os outros, bem como a interconexão de nossos destinos. O mal praticado contra um é um mal para todos” (2010, p. 42). Assim, o dano de um é um dano de todos e, por outra via, o bem praticado a um é um bem a todos.

3.2. Conferências restaurativas

As conferências restaurativas correspondem a encontros entre a vítima, o ofensor e integrantes da comunidade, podendo ser, inclusive, a família do prejudicado. Entre as técnicas utilizadas para proporcionar a harmonia das conferências, geralmente há a participação de assistentes sociais ligados ao Estado que facilitam e promovem a reparação de possíveis danos e a responsabilização do ofensor. Estes atuam diversamente dos Círculos, já que o facilitador tem uma abordagem imparcial sobre o conflito. Conforme Zehr (2015, p. 69), “é importante notar que o plano precisa obter a concordância de todos os presentes. A vítima, o ofensor, ou a polícia poderão vetar a decisão se algum deles estiver insatisfeito”. Pode-se afirmar que este é um método de utilização crescente, voltado à ampliação do número de participantes dos encontros.

3.3. Comitês de paz

Em um contexto mais amplo, os interesses da comunidade precisam ser trabalhados na identificação de pacificação por intermédio de um sistema voltado à deliberação de decisões. Estes enfrentam questões complexas, como a segurança e

conflitos prévios à previsibilidade legal (ACHUTTI, 2016, p. 82), correspondendo, portanto, a um sistema de interesses globais, o qual exige deliberações mais complexas para a comunidade.

3.4. Mediação de conflitos

A mediação pode ser utilizada em inúmeras áreas: familiar, empresarial, escolar, ambiental, societária, esportiva, trabalhista, organizacional, entre outras. Seu objetivo principal é possibilitar aos envolvidos um diálogo mais profundo, por meio do qual cada um passará a expor os seus reais interesses, na intenção de encontrar uma solução para o conflito que satisfaça ambos os participantes. Segundo Barros,

Portanto, busca-se com a mediação obter uma solução real e consciente, em que as partes estejam preparadas para cumprir e aceitar as consequências de suas próprias decisões (objetivo imediato). E aplicando o mediador uma boa técnica, pode-se alcançar outros resultados no processo de mediação (objetivos mediatos): aprender a dialogar e, por conseguinte, aprender a solucionar conflitos futuros sem transferência para um terceiro (geralmente, o judiciário). (BARROS, 2007).

Dessa forma, tendo em vista que o objetivo principal não é somente o acordo, mas sim o aprimoramento da própria relação, vê-se que seus resultados superam a intenção de pacificar conflitos, atingindo a esfera de prevenção de novos conflitos e, principalmente, a manutenção das relações entre os indivíduos. De fato, “o processo de mediação entre vítima-ofensor visa possibilitar que estes implicados encontrem-se num ambiente seguro, estruturado e capaz de facilitar o diálogo” (PALLAMOLLA, p. 109, 2009).

O mediador, ao conduzir a mediação e incentivar o diálogo entre os envolvidos, não poderá assumir uma postura de juiz ou árbitro do conflito. Este deve permitir que as próprias partes encontrem a melhor solução, sem manifestar juízo de valor sobre a matéria. Nas palavras de Paraiso:

O profissional da mediação intervém como auxiliar e não como um solucionador de conflitos, pois quem os efetivamente solucionam são as partes. Conduz as partes no sentido de descobrirem quais seus verdadeiros interesses e necessidades. Também coopera para que os mediandos considerem os anseios do outro e analisem o problema sob novo prisma. O mediador deve respeitar a decisão escolhida pelas partes, ainda que aquela não seja a mesma dele. Esta premissa exige esforço do mediador, pois a tendência humana é buscar sua concepção própria, em razão de sua pré-compreensão. O mediador assume somente a atribuição concedida pelas partes, a qual seja: ser o facilitador da comunicação, que as orienta até um entendimento. Isto significa que o mediador facilita às partes a obtenção sua própria decisão. Ao profissional da mediação somente conduzi-los a este resgate através da facilitação da comunicação e de estratégias e técnicas apropriadas. O mediador não se confunde com o árbitro ou conciliador. (PARAISO, 2006, p. 72).

A interferência que é exigida do mediador na decisão acordada pelas partes consiste na legalidade e moralidade da solução encontrada. Não compete ao mediador oferecer a “solução do conflito”, porém, é de sua competência a manutenção e orientação do procedimento. Portanto, ele deve orientar os mediandos, observando as possibilidades ventiladas e, se necessário, interferindo no decisório, justamente para evitar que o acordado não seja ilegal ou imoral, uma vez que, para que seja exigível, tal acordo deve estar em conformidade com as disposições legais do ordenamento jurídico.

Mesmo dentro dos limites e critérios aqui expostos, o auxílio do mediador no procedimento pode variar em cada método aplicável. John M. Haynes (1996) dá o nome ao modelo mais tradicional da mediação, processo que exige do mediador mais atitudes frente às partes. Por tratar-se de um modelo que objetiva a resolução dos conflitos, o papel do mediador como administrador é mais ativo, pontual, trazendo aos participantes todas as questões a serem analisadas.

Em sua obra, *Fundamentos da Mediação Familiar* (1996), John Haynes e Marilene Marodin explicam com detalhes a forma com a qual o mediador deve prosseguir com os encontros. São

demonstradas as técnicas que o mediador deve utilizar para que as discussões sobre o passado sejam evitadas, fazendo com que as partes olhem para frente e que, por meio da comunicação, possam acertar os pontos centrais do objeto conflitante.

Pode-se perceber que a figura do mediador nesse modelo é mais atuante, mas não se confunde com juiz ou árbitro. Ele apresenta questionamentos às partes, faz uma programação dos pontos a serem observados, entrega listas para facilitar os envolvidos a expor, por exemplo, os bens que possuem, as rendas, entre outros. Nesse modelo a solução do conflito é continuamente buscada e, sendo o mediador tão atuante, vê-se que de fato uma alternativa é encontrada, seja provisoriamente ou definitivamente.

Além dessa perspectiva de Haynes, existem muitas outras formas de guiar a mediação, maneiras as quais variam principalmente nas atitudes processuais. Dentre tais maneiras, salienta-se o modelo transformativo, uma forma mais branda de prosseguir com a mediação, porém mais aprofundada na relação dos indivíduos.

Nesse contexto encontra-se a teoria Waratiana, na qual o instrumento da mediação é utilizado não apenas para pacificar uma divergência entre dois ou mais indivíduos, mas como uma prática que possibilita o aprofundamento de questões internas de ambas as partes, proporcionando um autoconhecimento intensificado pela compreensão das reais necessidades e dos interesses efetivamente envolvidos na matéria levantada pelos mediandos. Conforme Warat:

Existe outra corrente que poderíamos chamar de transformadora: basicamente ela consiste na visualização do conflito como uma oportunidade para o oferecimento às partes da possibilidade de uma melhora na qualidade de vida, para o encontro consigo mesmo e para a melhora na satisfação dos vínculos. É uma corrente ecológica, holística e também psicológica do conflito. (2001, p. 84).

Na mediação transformativa, o mediador, diferentemente da tradicional, não faz tantas interferências no diálogo das pessoas, ele deixa as partes “livres” para guiar da melhor for-

ma, como, por exemplo, escolhendo quem começará a fala. O mediador é mais passivo, ele dá muita ênfase ao que as pessoas estão falando, ou seja, quem está com a palavra está sendo contemplado quase que permanentemente pelo olhar do mediador. Havendo interferência da outra pessoa, o olhar do mediador se volta ao que fez a consideração. Com isso,

para mediar, como para viver, é preciso sentir o sentimento. O mediador não pode se preocupar por intervir no conflito, transformá-lo. Ele tem que intervir sobre os sentimentos das pessoas, ajudá-las a sentir seus sentimentos, renunciando à interpretação. (WARAT, 2001, p. 31).

Após a fala de um dos envolvidos, o mediador faz um breve resumo do que foi dito, tentando, na medida do possível, utilizar as mesmas palavras que foram trazidas. Tudo isso ocorre para que as pessoas participantes possam sentir-se empoderadas, com poderes harmônicos que tornam possível uma conversa equilibrada, centralizando não apenas em comunicar-se com clareza, mas em partilhar opiniões, compreensões, sendo uma comunhão de experiências. Segundo Warat, "o mestre está interessado em comunhão. Comunicação significa o encontro, em palavras, de dois egos. Comunhão significa que apenas os corações se encontram sem palavras; o entre-nós silencioso do sentir" (WARAT, 2001, p. 46).

Destaca-se, também, que nesse modelo a solução do caso não é o ponto central, o que se busca é a preservação das relações entre as pessoas envolvidas, que elas possam escutar nesse momento o que o outro está tentando dizer e que haja, ao menos, a tentativa de resolução.

Conclui-se que, de acordo com este último modelo, a mediação pode ser efetiva, porquanto, mesmo que não haja solução para o caso, as pessoas podem sair com sua relação mais harmônica. Ademais, no futuro, empoderados, poderão solucionar ou encontrar outras alternativas para as infundáveis questões que poderão aparecer. Logo, na transformativa há a mudança na mentalidade das pessoas: muda-se o subjetivo para que as consequências sejam expostas objetivamente.

4. Busca pela humanização do diploma penal

Os meios e procedimentos que se identificam com as sustentações da Justiça Restaurativa são amplos, flexíveis e estão em permanente mutação. Eles são adotados de acordo com as necessidades verificadas nos casos, exigindo a adequação do método e as necessidades casuísticas, uma vez que, em certas situações, é possível observar a dificuldade de realização de encontros iniciais entre a vítima e o ofensor. Nesse sentido, destaca-se a orientação de Howard Zehr:

Em casos de violência doméstica, os advogados das vítimas mostram grande preocupação em relação ao perigo de um encontro entre vítima e ofensor. Trata-se de uma preocupação legítima em face do grande perigo desse encontro se transformar em ocasião que perpetue o padrão de violência, ou um processo sem o devido monitoramento por pessoas treinadas para lidar com violência doméstica. (ZEHR, 2015, p. 56).

Independentemente do método utilizado, como visto anteriormente, a atenção da Justiça Restaurativa volta-se essencialmente à comunicação, ao diálogo entre os envolvidos, sejam apenas as partes ou parte da comunidade que acaba por ser atingida pelos atos e decisões a serem tomadas no procedimento de resolução restaurativa. Portanto, os conflitos deixam de reportar-se ao Estado, pertencendo às pessoas envolvidas. São esses indivíduos que enfrentarão a problemática do caso, podendo encontrar naturalmente uma decisão consensual para dirimir os conflitos. Para Pranis, "as decisões consensuais sempre resultam em acordos mais eficazes e sustentáveis, pois elas conferem poder a todos. [...] Portanto, tais decisão devem contemplar, em alguma medida, o interesse de todos os envolvidos" (2010, p. 55).

Possibilitar a ampliação da Justiça Restaurativa no diploma penal confere maior solução dos problemas de maneira consensual e pacífica, afastando-se do sistema tradicional de simples atribuição de culpa e pena a um indivíduo. Não é por meio da

atribuição de penalidades e exclusões do convívio social que os agentes delitivos compreenderão a complexidade das consequências de seus atos. A retribuição por algum equívoco realizado não fornece estrutura conceitual por novas condutas necessárias, corresponde apenas a um “preço” a ser pago por período delimitado, sem qualquer contato ou transformações mentais originais. Consoante Achutti comenta que

O paradigma punitivo, conforme ainda Hulsman, além de irracional e contraproducente, produz sempre mais violência, ao aplicar uma forma de punição que não apenas atenta contra a dignidade do acusado, mas cujo resultado final não apresentará qualquer efeito positivo social e individualmente. (2016, p. 105).

Essa reformulação do ordenamento, com a inclusão das partes nas tratativas de acordo, promove uma maior identificação do sistema penal com as efetivas necessidades sociais e individuais dos cidadãos, efetivando, por meio das decisões consensuais, as garantias estabelecidas na norma maior. A solução pacífica dos conflitos atenua excessos vinculados ao poder punitivo do Estado e garante a efetividade das garantias constitucionais, como a dignidade e os direitos humanos, por meio da correlação de responsabilidades assumidas no procedimento restaurativo, alcançando-se, assim, o acesso à justiça de maneira consensual, sustentada por modificações assentidas pelos próprios envolvidos. Pallamora refere-se que,

Assim, frente à mencionada crise de legitimidade do sistema penal, o crescimento da violência na sociedade brasileira e a crise da administração da justiça, as formas alternativas de administração de conflitos se multiplicam e procuram aumentar o acesso à justiça e, dessa forma, promover a equidade econômica e social de modo a fortalecer a democracia. (PALLAMORA, 2009, p. 149).

Naturalmente, o sistema penal, ao adotar mecanismos não adversariais de resolução de conflitos, aproxima-se das reais necessidades e interesses ocultos pelo processo tradicional. O acesso à justiça é garantido aos indivíduos que participam das tratativas restaurativas, a formalidade e o distanciamento

intrínsecos ao ordenamento tradicional cedem espaço à informalidade entre os participantes e à expressão comunicativa, permitindo, desse modo, diálogo e compartilhamento de sentimentos envolvidos.

Importa frisar que as garantias processuais são observadas na aplicação da Justiça Restaurativa, flexibilizando a atuação processual com o intuito de se adaptar às particularidades provenientes do caso concreto:

Visualiza-se, com isso, uma possibilidade efetiva de democratização no gerenciamento de conflitos: enquanto no sistema penal a resposta vem de cima – é imposta pela norma e aplicada pelo juiz -, na justiça restaurativa a resposta emerge dos próprios envolvidos, dado que não há uma solução prévia para todos os casos, e elas deverão ser construídas conforme as peculiaridades de cada situação. (ACHUTTI, 2016, p. 277).

Portanto, o estudo aprofundado dos métodos de solução de conflitos alicerçados nos princípios fundamentais da Justiça Restaurativa pode constituir um modo efetivo e construtivo para a assoladora realidade vivenciada no Brasil. Com efeito, nada garante o sucesso a partir da implantação incisiva de um sistema voltado aos indivíduos. De todo modo, a tentativa de explorar cada vez mais esses procedimentos constitui importante iniciativa para humanizar o sistema penal e proporcionar garantias constitucionais a todos.

5. Conclusões

No presente trabalho pretendeu-se expor a importância transformativa que os métodos relacionados à Justiça Restaurativa podem ocasionar. Para tanto, iniciou-se a abordagem com a evolução da legislação brasileira ao disciplinar mecanismos adequados de resolução de conflitos, ampliando a possibilidade de utilização dos meios alternativos, os quais preconizam a melhoria das relações humanas, pacificando conflitos e restaurando os danos sofridos.

Para sustentar a utilização da Justiça Restaurativa no ordenamento brasileiro, foram apontados os fundamentos que guiam a utilização da justiça restauradora, os princípios basilares que permitem a identificação do sistema adequado e a obtenção dos resultados pacificados aos quais se destinam. Os diversos métodos procedimentais e suas especificidades foram expostos, permitindo a compreensão das particularidades envolvidas na escolha do método mais adequado e observando sempre a flexibilização existente no processo, a qual fica ao encargo das partes, que, de forma colaborativa e participativa, delineiam as etapas oportunas.

Com efeito, as orientações e procedimentos aqui expostos pretendem uma transformação do paradigma do direito, propondo alternativas às resoluções de casos concretos e possibilitando um progresso na redução da judicialização e um incremento da humanização no trato com as pessoas envolvidas em conflitos. Para tanto, faz-se necessária uma análise mais profunda dos elementos que colaboram para desentendimentos, os quais possibilitam a transformação interna e subjetiva dos indivíduos por meio da identificação de seus reais interesses e necessidades, para que, ao fim e ao cabo, o convívio social torne-se qualificado por personagens empoderados, compreensivos e empáticos.

6. Referências

ACHUTTI, D. S. **Justiça restaurativa e abolicionismo penal**: contribuições para o novo modelo de administração de conflitos no Brasil. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

AMARAL, M. T. G. **O direito de acesso à justiça e a mediação**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

BARROS, V. A. **Mediação**: Forma de Solução de Conflito e Harmonia Social. 2007. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/18877/Media%C3%A7%C3%A3o_forma_de_Solu%C3%A7%C3%A3o_de_Conflito_e_Harmonia_Social.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2017.

DAVIS, E. P. **Mediação no Direito Comparado**. 2002. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/revista/seriecadernos/vol22/artigo02.pdf>>. Acesso em: 22 ago. 2017.

FIORELLI, J. O.; FIORELLI, M. R.; OLIVÉ, M. J. **Mediação e solução de conflitos**: teoria e prática. São Paulo: Atlas, 2008.

GRINOVER, A. P.; LAGRATA NETO, C.; WATANABE, K. **Mediação e gerenciamento do processo**: revolução na prestação jurisdicional. São Paulo: Atlas, 2008.

HAYNES, J. M.; MARODIN, M. **Fundamentos da mediação familiar**. Porto Alegre: Artes Médicas, 1996.

MICHELON, M. H. D. **Mediação e Arbitragem** – Aspectos Fundamentais. 2000. Disponível em: <<http://tex.pro.br/tex/listagem-de-artigos/288-artigos-set-2001/6172-mediacao-e-arbitragem--aspectos-fundamentais>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

MORAIS, J. L. B. de; SPENGLER, F. M. **Mediação e arbitragem**: alternativa à jurisdição. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

PALLAMOLLA, R. de P. **Justiça restaurativa**: da teoria à prática. 1. ed. São Paulo: IBCCRIM, 2009.

PARAISO, T. M. C. **Panorama do Direito Civil na Atualidade e Mediação de Conflitos como Instrumento Pacificador no Cenário Jurídico Brasileiro**. 2006. 159 f. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial)–Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2006.

RANIS, K. **Processos circulares de construção de paz**. São Paulo: Palas Athenas, 2010.

SPENGLER, F. M. **Da Jurisdição a Mediação**. Por uma outra cultura no tratamento de conflitos. Cidade: Editora Unijui, 2010.

TARTUCE, F. **Mediação nos conflitos civis**. Cidade: Editora Método, 2008.

WARAT, L. A. **O Ofício do mediador**. v. I. Florianópolis: Habitus, 2001.

ZEHR, H. **Justiça Restaurativa**. São Paulo: Palas Athenas, 2015.

A MORALIDADE E A PROIBIDADE ADMINISTRATIVA À LUZ DA CONCEPÇÃO POLÍTICA DE JUSTIÇA E DA RAZÃO PÚBLICA EM JOHN RAWLS

Vinícius Filipin¹

¹ Mestrando do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Faculdade de 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 Faculdade de Direito da FMP. Advogado. E-mail: vini.filipin@gmail.com.

Resumo

O presente artigo aborda os princípios da moralidade administrativa e da probidade administrativa à luz da teoria rawlsiana acerca da noção política de justiça e da razão pública. Para tanto, parte-se do estudo doutrinário acerca dos princípios de moralidade e probidade enquanto regentes da atuação da Administração Pública. Em seguida, coteja-se a teoria de John Rawls no tocante à concepção política de justiça e à razão pública. Segue-se, por fim, à compreensão das imbricações possíveis entre moralidade e probidade administrativa com a teoria rawlsiana.

Palavras-chaves: Moralidade administrativa. Probidade administrativa. Teoria da justiça. Razão pública. John Rawls.

Abstract

This article deals with the administrative morality and administrative probity in the light of Rawls' Theory about the political conception of justice and public reason. Therefore, it starts from the doctrinal study of the relations between administrative morality and administrative probity as principles that govern the Public Administration. Then the John Rawls's theory is analyzed regarding the political conception of justice and the public reason. Finally, it is possible to understand the possible imbrications between morality and administrative probity with Rawls' Theory.

Keywords: administrative morality; administrative probity; theory of justice; public reason; John Rawls.

1. Introdução

Não há sociedade que não repugne a conduta ímproba de seus agentes públicos, sobremaneira as que vivem sob a égide do Estado Democrático de Direito. A verdade é que nunca se deixou de separar, antagonicamente, o comportamento humano entre bem e mal. Ao comportamento típico do bem, das virtudes, os méritos. Ao comportamento do mal, dos defeitos, as punições. É deste contexto que emerge a probidade, junto ao primeiro, e a improbidade, junto ao último, representando exatamente o valor positivo e o negativo dos vetores que regem a relação da sociedade com o Estado.

A fim de defender a probidade e, assim, os interesses da coletividade, o legislador constitucional brasileiro firmou princípios e preceitos que, pela determinação legal e moral, servem de base à atividade administrativa, tais como as que exigem do administrador a probidade, a retidão e a honradez. Da mesma forma, determinou-se que os atos de improbidade, ou seja, os atos desprovidos destas virtudes perpetrados pelos agentes públicos importariam na suspensão de seus direitos políticos, na perda da função pública, na indisponibilidade dos bens e no ressarcimento ao erário.

Contudo, falar em determinação moral implica falar das teorias fundantes da própria noção de justiça, dentre as quais aqui destaca-se a do filósofo americano John Rawls, de cuja doutrina, imprescindível aos estudos do século atual, ocupar-se-á o presente artigo, em especial no que se refere à concepção política de justiça e à ideia de razão pública rawlsiana. Este artigo tem por objetivo, portanto, analisar os princípios da moralidade e da probidade administrativa à luz da teoria do filósofo.

2. Moralidade e probidade administrativa

Muito se confunde probidade e moralidade e, por consequência, imoralidade e improbidade. Contudo, é imprescindível perceber que tais vocábulos, ao menos quando inseridos na seara do Direito, não se confundem, não obstante existam pontos que os concatenam. Este fato, aliás, revela quão perigosa é a falta de exatidão no uso da linguagem no âmbito jurídico, pois, como leciona Moreno, “a relação entre o Direito e a linguagem é de vinculação essencial” porque “não existe o Direito sem a linguagem, da mesma maneira que não existe o pensamento fora da linguagem” (1976, p. 97).

No entanto, ainda que a ambiguidade e a falta de precisão de certas palavras que compõem a linguagem jurídica sejam, por muitas vezes, inevitáveis, nunca se poderá concluir que alguma palavra esteja dissociada de qualquer núcleo mínimo de significação. Se assim o fosse, estaríamos diante daquilo que Mello chama de “meros ruídos sem qualquer conteúdo”, o que “não seriam signos, quer dizer, significantes, e a comunicação humana tornar-se-ia impossível” (1981, p. 245).

A etimologia revela haver pontual diferença entre os termos em análise: “moral” vem do latim *morale*, e significa o que é relativo aos costumes. “improbidade”, por seu turno, vem do latim *improbitate*, significando desonestidade. Na língua portuguesa, “imoralidade” significa “falta de moralidade, de indecência”, sendo, também, “prática de maus costumes, desregramento”. “Moralidade” é a “qualidade do que é moral, a doutrina ou reflexão moral”. Já “improbidade” é “falta de probidade, mau caráter, desonestidade, maldade, perversidade”, sendo “probidade” a “qualidade de probo, integridade de caráter, honradez, pundonor” (NOVO DICIONÁRIO AURÉLIO, 2004).

Ao analisar o léxico da língua portuguesa, Marcelo Harger assim conclui:

Verifica-se pela análise do léxico da língua portuguesa que os termos moralidade e imoralidade têm direta relação com os costumes e práticas sociais. Genericamente, pode-se di-

zer que, conforme o léxico, “o moral” representa o campo do aceito, e “o imoral” o que não é aceito de acordo com os costumes. Já as palavras probidade e improbidade dizem respeito exclusivamente a um dos aspectos abrangidos pela moral: o valor honestidade. Obviamente o valor honestidade insere-se dentro dos preceitos de ordem moral, mas não os esgota por completo. Trata-se de um dos valores morais. (HARGER, 2015, p. 6).

Desse modo, conclui-se que os vocábulos tratam-se, em verdade, de gênero e espécie, pois, conforme Osório, “a improbidade é uma espécie de imoralidade administrativa qualificada” (2010, p. 77). Então, falar em improbidade é falar, sim, em imoralidade, certo que probidade e moralidade guardam profunda relação, ainda que não se confundam, porquanto seja a primeira espécie da segunda.

É o que leciona Marcelo Figueiredo:

Entendemos que a probidade é espécie de gênero “moralidade administrativa” a que alude, “v.g.”, o art. 37, “caput” e seu §4º da CF. O núcleo da probidade está associado ao princípio maior da moralidade administrativa; verdadeiro norte à administração em todas as suas manifestações. Se correta estiver a análise, podemos associar, como o faz moderna doutrina do direito administrativo, os atos atentatórios à probidade como também atentatórios à moralidade administrativa. Não estamos a afirmar que ambos os conceitos são idênticos. Ao contrário, a probidade é peculiar e específico aspecto da moralidade administrativa. Assim, ofensas aos princípios da lealdade, da boa-fé, da boa administração, estão igualmente contidas na lei, ao lado das situações lá descritas como ensejadoras de punição. É dizer, a lei, quando alude à “probidade” determina ao intérprete sacar seu conteúdo da Constituição e da lei. (FIGUEIREDO, 2000, p. 24).

No mesmo sentido assevera Silva, para quem a probidade é uma forma de moralidade, o que faz da improbidade administrativa uma “imoralidade qualificada pelo dano ao erário e correspondente vantagem ao ímprobo ou a outrem” (2012, p. 653). Há de atentar-se, contudo, conforme já alertado, que probidade e moralidade não se confundem, ou seja, nem sempre remetem a uma mesma realidade, sobremaneira a partir das

noções atribuídas pela Constituição Federal, as quais cumpre analisar.

O termo “improbidade” encontra referência na Carta Maior em dois momentos, a saber, no inciso V do artigo 15² e no §4º do artigo 37³. O termo “probidade”, por sua vez, também é tratado pela Constituição em duas referências, quais sejam, no §9º do artigo 14⁴, e no inciso V do artigo 85⁵. Inexiste, contudo, qualquer referência ao termo “imoralidade”, razão pela qual a noção constitucional de termo pode ser extraída, conforme Harger (2015, p. 7), da interpretação *a contrario sensu* do termo “moralidade”, o qual encontra referência constitucional em três momentos: no inciso LXXIII do artigo 5⁶, no §9º do artigo 14⁷ e no *caput* do artigo 37⁸.

2 “Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: [...] V - improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º”.

3 “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 e, também, ao seguinte: [...] § 4º - Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”.

4 “Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: [...] § 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta”.

5 “Art. 85. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra: [...] V - a probidade na administração”.

6 “Art. 5º Todos. são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência”.

7 “Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: [...] § 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta”.

8 “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 e, também, ao seguinte”.

O exposto, continua Harger, denota impossível pressupor que estes termos distintos remetam a uma realidade mesma. Caso a intenção fosse tratá-los como sinônimos de um mesmo cenário, “o constituinte poderia facilmente utilizar os termos opostos: moralidade/imoralidade e probidade/improbidade” (2015, p. 7), o que não o fez, apenas reforçando a ideia de que imoralidade é gênero, no qual a improbidade resta elencada como espécie. Ocorre o mesmo com a interpretação *a contrario sensu* destes termos, as quais figuram, no ordenamento jurídico brasileiro, como princípios administrativos, os quais serão tratados a seguir.

Se a probidade é forma qualificada da moralidade, destaca-se, oportunamente, antes de adentrar na análise da perspectiva negativa daquela, os principais tópicos relativos à formação básica do conceito, origem e evolução da moralidade administrativa e, posteriormente, sua incidência no âmbito jurídico brasileiro.

Garcia e Alves lecionam que o conceito de moral é extremamente volátil e norteia-se “por critérios de ordem sociológica que variam consoante os costumes e os padrões de conduta delimitadores do alicerce ético de determinado grupamento” (2013, p. 127). Denota-se, portanto, a natureza universal que permeia a noção de moral, a qual deve apresentar-se de modo coerente com o tempo, local e mentores que a concebem. Contudo, constatar o alcance e a proporção de ingerência da moral nas relações sociais e, conseqüentemente, no Direito, não é tarefa singela, certo que a própria existência humana pressupõe tal elemento como indissociável de si mesma.

Com efeito, as relações do Direito com a moral, ensinam Garcia e Alves, são tão antigas quanto polêmicas:

Diogo Figueiredo Moreira Neto noticia que “no estudo dessas relações, desde logo encontramos o magno problema da distinção entre os dois campos, da Moral e do Direito, e, destacadamente, duas geniais formulações: primeiro, no início do século XVIII, de Cristian Thommasius, e, depois, já no fim desse mesmo século, de Immanuel Kant. Thommasius delimitou as três disciplinas da conduta humana: a Moral (caracterizada pela ideia do *honestum*), a Política

(caracterizada pela ideia do *decorum*) e o Direito (caracterizado pela ideia do *iustum*), para demonstrar que os deveres morais são do ‘foro interno’ e insujeitáveis, portanto, à coerção, enquanto os deveres jurídicos são externos e, por isso, coercíveis. Immanuel Kant, sem, de todo, abandonar essa linha, ao dividir a metafísica dos costumes em dois campos, distinguiu o da teoria do direito e o da teoria da virtude (Moral); as regras morais visam a garantir a liberdade interna dos indivíduos, ao passo que as regras jurídicas asseguram-lhes a liberdade externa na convivência social. (ALVES; GARCIA, 2013, p. 128).

Entende-se, portanto, a moral como um sistema de normas, princípios e valores pelo qual são regulamentadas, conforme Vasquez (1998, p. 84), as relações entre os membros de uma coletividade e a relação destes com a própria noção de comunidade, de forma que tais normas, por possuírem caráter histórico e social, sejam adotadas por cada convicção íntima de modo livre e consciente, e não de modo mecânico, externo ou interpessoal.

Ligado ao dito “bem coletivo”, o conceito de moral, conforme Mata-Machado, tem seu primeiro registro conhecido a partir da máxima “o bem deve ser feito, o mal deve ser evitado” (1986, p. 27-30). Deste primeiro princípio de moralidade é que penderia toda a força das regras de conduta social, dentre as quais as jurídicas, que podem estabelecer somente ações a fazer-se e a evitar-se (vale dizer, ações ou omissões, ordens ou proibições, faculdades ou deveres), cediço que o homem sabe, ou deve saber, que determinadas coisas devem ser feitas, pois boas, convenientes, úteis ou justas, ao passo que outras devem ser evitadas, já que más, inconvenientes ou prejudiciais.

Conforme o autor supracitado, moral e Direito estão interligados pela ideia de justiça. Ou seja, sempre que a conduta humana, no âmbito social, visar ao bem, estará buscando-se a justiça. Contudo, estes distinguem-se pelo fato de que o mundo jurídico é caracterizado pela exterioridade, ao passo que o plano moral pela interioridade. A moral, no entanto, não é única, porquanto varia no espaço e no tempo, possuindo, nesse sentir, ampla subjetividade. É deste grau de incerteza que decorre o

fato de que moral jurídica não se confunde com moral comum, pois, conforme acentua Osório, o contrário, ou seja, ver a moralidade administrativa do ponto de vista da moral privada denota o “problema do indevido controle da vida privada dos agentes públicos e a distorção fundamental do conceito de probidade no campo ético-normativo” (2010, p. 77-78).

Prossegue o autor:

O direito disciplinar é pródigo em criar tipos sancionadores da falta de probidade moral. E, não raro, o povo confunde esses conceitos, imaginando que proba seria o sujeito moralmente correto do ponto de vista de seus devedores privados, v.g., fidelidade num matrimônio, pagamento de uma dívida junto ao vizinho, cumprimento dos deveres religiosos, ou mesmo frequência à Igreja, ajuda aos pobres que pedem esmola, etc.

O dever de probidade administrativa não se confunde com algum genérico de dever de probidade moral dos agentes públicos e particulares, já o dissemos. Aos agentes públicos se assegura o supremo direito à imoralidade, dentro de limites mais estreitos, é certo. Daí a incorreção da tese que busca identificar na improbidade uma imoralidade comum. (OSÓRIO, 2010, p. 78).

Conforme dito, é por variar no espaço e tempo que a moral comum não atinge por absoluto o conceito da moralidade jurídica (e, pelo que aqui se propõe, a moralidade administrativa), ainda mais no ordenamento jurídico de uma sociedade que autoproclama-se pluralista. Logo, pensar em reportar o princípio da moralidade, em um Estado democrático, à moral comum, só o seria possível se fosse possível afirmar, conforme Commarosano (2006, p. 44), a existência de uma só moral absoluta e objetivamente identificável.

Meirelles, ao lembrar as lições de Maurice Hauriou, também ensina que a moralidade administrativa, a qual constitui, hoje, pressuposto da validade de todo ato da Administração Pública brasileira, conforme o *caput* do artigo 37 da Constituição, não se trata da moral comum, e sim de uma moral jurídica, podendo ser entendida como “o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração” (MEIRELLES, 2012, p. 90).

É por isso que o agente administrativo, enquanto ser humano dotado de capacidade de atuação, deve, imprescindivelmente, distinguir o bem do mal, e o honesto do desonesto. Assim, prossegue Meirelles, sua atuação não poderá desprezar o elemento ético de sua conduta, de tal sorte que não apenas decidirá sobre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, mas também sobre o honesto e o desonesto.

Se o conteúdo da moralidade administrativa não se confunde com a moral comum, insta, finalmente, conceituar o que seja moralidade administrativa, a partir de seu alicerce dogmático, para que então se compreendam as dimensões de suas peculiaridades.

A moralidade administrativa possui como núcleo central uma hermenêutica que, conforme ensina Osório, vigia ao final do século XIX, momento no qual o apego à literalidade das regras de direito administrativo ocasionava, pelas distorções formais havidas, injustiças e deformações. Tal problemática foi bem percebida pelo francês Maurice Hauriou que, ao estudar a jurisprudência do Conselho de Estado da França, impulsionou a estruturação da moralidade administrativa que conhecemos na contemporaneidade (OSÓRIO, 2010, p. 79).

Foi Hauriou, portanto, quem sistematizou, no início do século XX, na França, a ideia de moralidade administrativa, fazendo-o dentro do instituto denominado *détournement de pouvoir*, segundo o qual todo ato discricionário deveria ligar o seu fim a uma finalidade pública de utilidade ou interesse geral. Assim, conforme Giacomuzzi, “a clara função da moralidade administrativa era a de permitir o controle jurisdicional sobre a finalidade do ato” (2002, p. 50).

O jurista português Antônio José Brandão refere que Hauriou, em uma de suas anotações aos acórdãos do Conselho de Estado, desenvolveu a tese no sentido de que a legalidade dos atos jurídicos administrativos seria fiscalizada pelo recurso baseado na violação da lei. No entanto, a conformidade desses atos aos princípios basilares da “boa administração”, porquanto determinante necessária de toda e qualquer decisão adminis-

trativa, seria fiscalizada por outro recurso, fundado no desvio de poder, cuja zona de policiamento seria a zona da moralidade administrativa (BRANDÃO, 1951, p. 454-467).

Foi em sua obra *Précis de Droit Administratif et de Droit Public* que Hauriou teorizou o princípio da moralidade administrativa, conforme lembram Garcia e Alves:

Hauriou sustenta que “o recurso por excesso de poder é uma via de nulidade que outorga ao Conselho de Estado o poder de anular uma decisão executória, se ela contém um excesso de poder formal da autoridade que tomou a decisão (incompetência, violação das formas, desvio de poder, violação da lei), e que, por ele mesmo, tende a impedir o procedimento executório de ação direta”, esclarecendo posteriormente que a irrisignação por violação da lei somente tem sido anexada ao recurso por excesso de poder de uma forma artificial, pois enquanto os limites deste devem ser fruto de uma disciplina interna, resultando do próprio equilíbrio interno do órgão, em matéria de legalidade tem-se um limite exterior ao poder administrativo, imposto pelo Legislador. Esse tipo de recurso criou a possibilidade de se penetrar em regiões novas, à medida que o próprio Conselho de Estado desejasse expandi-las, sendo talvez este um dos argumentos utilizados para se impor maior resistência a essa doutrina. (ALVES; GARCIA, 2013, p. 131).

Na sétima edição da obra, lembra Brandão, Hauriou acrescentou que “com o recurso por desvio de poder, que possui a natureza de ‘ação disciplinar, ultrapassa-se o ponto de vista da legalidade estrita, pois, com ele, sanciona-se uma ‘moral jurídica’” (1951). Foi apenas na décima edição, porém, que se indicou, finalmente, o que o autor entendia por moralidade administrativa, cunhando o conceito tão difundido hodiernamente pelos juristas brasileiros, pelo qual a moralidade administrativa, diferentemente da moral comum, é “o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interna da Administração” (BRANDÃO, 1951, p. 457).

Di Pietro resume que a imoralidade administrativa, portanto, teve seu surgimento e desenvolvimento ligados à ideia de desvio de poder, pois era forte o entendimento pelo qual tanto imoralidade quanto desvio de poder ocasionavam que a

Administração Pública se valesse de meios lícitos para atingir finalidades metajurídicas irregulares. Por isso, prossegue a autora, é que muitos autores entendem a imoralidade como uma hipótese de ilegalidade que pode atingir os atos administrativos. Vale dizer, seriam tão apenas ilegalidades quanto aos fins, ou seja, apenas decorrente da prática de desvio de poder, e não assumindo propriamente o escopo de princípio autônomo (DI PIETRO, 2014, p. 78).

O conceito de moralidade administrativa fundado por Hauriou representava, conforme Osório, que o funcionamento da Administração Pública também ocorria a partir de regras não escritas, apontando a valoração ética das normas existentes, o que remodelou por completo os caminhos hermenêuticos da época. Assim, a moral administrativa impunha aos agentes públicos o dever de observar não apenas uma legalidade formal, “de pura fachada”, como refere Osório, mas, sobretudo, “de regras éticas que se incorporavam ao ambiente institucional e que se tornavam obrigatórias, juridicamente vinculantes” (2010, p. 83). Tais regras somavam-se à legalidade e deveriam funcionar como parâmetros básicos da Administração Pública, integrando, imprescindivelmente, o conteúdo implícito das leis.

Hauriou entendia, ainda, que a moralidade deveria ser vista como uma moralidade objetiva, por meio da qual a Administração Pública deveria cumprir uma determinada função, podendo o Conselho de Estado declarar como ilícitos os seus atos cujos motivos não são compatíveis com a finalidade geral dessa função. É o que ensina Giacomuzzi, para quem essa moralidade objetiva constitui ponto central da ideia de “boa administração”, a qual, conforme Hauriou, corresponde à boa-fé do direito civil alemão. Logo, “boa administração” e “moralidade administrativa” surgem como elementos objetivos que permitiriam o controle dos elementos subjetivos da atuação do administrador (GIACOMUZZI, 2002, p. 68).

No entanto, ocorre que, mesmo com os trabalhos de Hauriou e outros autores ditos seus discípulos, como Henri Welter, a moralidade administrativa perdeu vigor e intensidade no próprio sistema francês, seu indiscutível berço, no qual a legalidade

substancial absorveu as lições e funcionalidade normativa da própria moralidade. A despeito disso, é inegável que a moralidade administrativa cria aquilo que Osório bem chama de “ambiente de ética institucionalizada para a estruturação jurídica dos deveres públicos e para a valoração dos deveres explícitos e implícitos, não sendo uma norma oposta ou que se contraponha à legalidade” (2010). Nesse cenário, vale dizer que a moralidade administrativa é um princípio jurídico que nasceu como ferramenta, rompendo com o paradigmático direito esgotado na lei, nos textos e nos dispositivos positivados. Desse modo, as regras que não são escritas foram reconhecidas, enquanto disciplinadoras do funcionamento ideal da Administração Pública, sob a guarida desta nova ferramenta jurídica chamada de moralidade administrativa (OSÓRIO, 2010, p. 84).

Mello (2012, p. 122-123), por seu turno, também considera imprescindível que o agir administrativo seja guiado por determinados padrões éticos, sob pena de o ato ser inválido, aproximando-se do princípio da proteção da confiança, pelo qual exige-se lealdade e boa-fé. Já Di Pietro afere que até mesmo os comportamentos ofensivos da moral comum implicam ofensa ao princípio da moralidade administrativa, ressaltando, também, que tal princípio não deve ser observado apenas pelo administrador, mas também pelo particular que com a Administração Pública se relaciona (2013, p. 79). Assim, conforme a autora, uma vez vislumbrado que o comportamento da Administração ou do administrado que com ela se relaciona juridicamente ofenda a moral, os bons costumes, as regras de boa administração, os princípios de justiça e equidade e a ideia comum de honestidade, estará havendo ofensa ao princípio da moralidade, mesmo que o ato esteja em consonância com a lei.

Nota-se, portanto, que a frequente distinção entre moral comum e moral administrativa feita pela doutrina não é unânime. Filia-se, aliás, a este entendimento contrário, Giacomuzzi, para quem nenhum dos autores que as distinguem preocupam-se em estabelecer definições para ambas, o que daria margem à subjetividade (2002, p. 167-173). De outro lado, entre os autores que estabelecem a distinção entre moral comum e moral

administrativa está, conforme já dito, Meirelles, que assim conceitua a moralidade administrativa:

A moralidade administrativa constitui, hoje em dia, pressuposto de validade de todo ato da Administração Pública (CF, art. 37, caput). Não se trata – diz Hauriou, o sistematizador de tal conceito – da moral comum, mas sim de uma moral jurídica, entendida como “o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração”. Desenvolvendo sua doutrina, explica o mesmo autor que o agente administrativo, como ser humano dotado da capacidade de atuar, deve, necessariamente, distinguir o Bem do Mal, o honesto do desonesto. E, ao atuar, não poderá desprezar o elemento ético de sua conduta. Assim, não terá que decidir somente entre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, mas também entre o honesto e o desonesto. Por considerações de Direito e de Moral, o ato administrativo não terá que obedecer somente à lei jurídica, mas também à lei ética da própria instituição, porque nem tudo que é legal é honesto, conforme já proclamavam os romanos: *non omne quod licet honestum est*. A moral comum, remata Hauriou, é imposta ao homem para sua conduta externa; a moral administrativa é imposta ao agente público para sua conduta interna, segundo as exigências da instituição a que serve e a finalidade de sua ação: o bem comum. (MEIRELLES, 2012, p. 90-91).

Devido ao fato de que a moral pode ultrapassar o âmbito da lei, Medauar, igualmente, entende não estarem estritamente vinculados os princípios da moralidade e da legalidade administrativa, o que justifica por meio do seguinte exemplo, o qual, parece não ser lido por muitos agentes públicos brasileiros:

Em momento de crise financeira, numa época de redução de mordomias, num período de agravamento de problemas sociais, configura imoralidade efetuar gastos com aquisição de automóveis de luxo para ‘servir’ autoridades, mesmo que tal aquisição se revista de legalidade. (MEDAUAR, p. 2008, p. 126).

Não se desconhece, no entanto, que a moralidade administrativa possui fortes relações com outros princípios trazidos pelo artigo 37 da Constituição Federal, ocasionando aquilo que

Medauar chama de “instrumentalização recíproca”, sobretudo com os princípios da impessoalidade e publicidade. Nesse sentido, a impessoalidade, princípio pelo qual a Administração não pode atuar com vistas a prejudicar ou beneficiar pessoas determinadas, seria meio para atuações dentro da moralidade, ao passo que a publicidade dificultaria medidas contrárias a ela, porquanto seja por ela que a Administração deva disponibilizar informações referentes aos próprios administrados e àquelas que dizem respeito ao interesse público, fazendo com o que o acesso permita uma maior e melhor fiscalização dos atos administrativos (MEDAUAR, 2008, p. 124).

O dever de probidade, diz Osório, cuja observância pelos agentes públicos no tratamento da coisa pública, na prestação de serviços públicos e no exercício das funções públicas é cogente, plasma-se no sistema constitucional que tutela a Administração Pública brasileira, “projetando diretrizes fundamentais do Estado Democrático de Direito, orientando o tratamento da res publica como um todo, alcançando frontalmente os agentes públicos” (2010). Isto porque o dever de probidade administrativa tem na moral administrativa sua fonte, sendo uma espécie desta. Probidade, continua Osório, é espécie do gênero modalidade administrativa e, como apontado, improbidade é imoralidade qualificada (2010, p. 79).

O autor refere que, no entanto, as relações feitas entre improbidade e imoralidade devem ser feitas com cuidado, pois toda improbidade deriva de uma imoralidade administrativa, mas nem toda imoralidade constitui uma improbidade administrativa, sendo correto afirmar que o dever de probidade advém de uma “ética institucional peculiar ao setor público, traduzindo um ponto de encontro entre normas éticas e jurídicas, nos limites da segurança e da capacidade de serem previstas as decisões dos operadores do Direito” (OSÓRIO, 2010).

Com efeito, mostra-se o princípio da moralidade como elemento de fundamental importância para aferição da probidade, pois dele decorre, porquanto evidente que o agir do agente público deve observar, além da legislação vigente, toda a ordem

de princípios que regem o ordenamento no qual se encontra, e não apenas o da moralidade.

3. A concepção política de justiça e a razão pública em John Rawls

A concepção política de justiça de Rawls, expressa no dito “liberalismo político”, diz da presença de instituições básicas reguladas, fundamentalmente, pelos dois princípios de justiça por ele descritos, a saber, igualdade e liberdade. Tais princípios, propostos na justiça como equidade, representam o direito de todos de acessarem um quadro satisfatório de direitos e liberdades que sejam compatíveis com os direitos mesmos, estabelecendo, igualmente, que as desigualdades econômicas e sociais presentes na seara social apenas são justificadas se permitirem a todos o acesso, em iguais condições de oportunidades, aos cargos e posições, tendo de representar o maior benefício possível principalmente aos menos privilegiados.

Com efeito, a justiça como equidade de John Rawls parte do pressuposto de que liberdade e igualdade proporcionam uma distribuição equitativa dos bens primários, do que resulta seu enquadramento doutrinário como teoria política liberal igualitária, pois esta é defensora das liberdades públicas e promotora da igualdade equitativa, almejando a redução das desigualdades entre as pessoas de uma mesma sociedade.

Rawls descreve três características de sua concepção política de justiça: a primeira afere que a justiça especifica determinados direitos, oportunidades e liberdades, em especial as que guaram relação com o bem geral; a segunda, que a mesma justiça prioriza esses direitos; e a terceira, que ela oferece medidas que garantem aos cidadãos os meios aptos à prática efetiva de seu conteúdo (RAWLS, 2000, p. 48-49).

Conforme Tramontina e Parreira, a identificação desses princípios, na teoria de Rawls, pode ser extraída da própria cultura pública. Contudo, em razão do reconhecimento da pos-

sibilidade de divergências nessa cultura sobre questões morais controversas, a teoria rawlsiana propõe a justiça como equidade no sentido organizador que seja apto a descrever os valores e os princípios de um “sistema equitativo de cooperação social entre pessoas livres e iguais” (TRAMONTINA; PARREIRA, 2014, p. 4).

Assim, quando a justiça como equidade descrever uma concepção política aceitável, ela acaba por introduzir um ponto de vista que torna-se publicamente reconhecido e que, justamente por isso, possibilita aos cidadãos o questionamento de ações humanas, passando a indagar-se a justeza de suas políticas. Daí porque, prosseguem Tramontina e Parreira, diz John Rawls que “o objetivo da justiça como equidade é prático: é fruto de um acordo político racional e voluntário, ela espelha uma visão de justiça que é passível de ser compartilhada pelos cidadãos” (TRAMONTINA; PARREIRA, 2014, p. 4).

A razão compartilhada, no entanto, apenas é alcançada se a concepção política de justiça conquistar o apoio do que o autor chama de consenso sobreposto que venha a alcançar as doutrinas abrangentes razoáveis de uma sociedade. Assim, na lição de Tramontina e Parreira:

Tal consenso é a ferramenta que permite os cidadãos, apesar de estarem profundamente divididos por suas doutrinas abrangentes, manterem uma sociedade justa e estável. Desse arranjo argumentativo é que deriva a afirmação de Rawls de que sua concepção política não é metafísica e sim política. Desse procedimento político compartilhado entre os cidadãos desponta a razão pública de uma sociedade. A nota distintiva do liberalismo político é que sua concepção política de justiça é autônoma, mas é também compatível com outras concepções razoáveis de justiça. Assim, os cidadãos, no exercício de suas liberdades e, considerando suas doutrinas abrangentes, veem a concepção política como derivada de, ou congruente com outros valores seus, ou pelo menos não em conflito com eles. (TRAMONTINA; PARREIRA, 2014, p. 6).

De fato, uma correta compreensão da concepção de justiça implica a tríade proposta por Rawls no que concerne ao objetivo, modo de apresentação e conteúdo da própria justiça. A primeira característica, diz Rawls, guarda relação com o obje-

tivo de uma concepção política. Ainda que essa concepção seja moral, trata-se de uma elaboração conceitual para fim específico, a saber, para instituições políticas, sociais e econômica e, particularmente, ao que ele denomina de “estrutura básica” da sociedade que, supostamente, é uma democracia constitucional moderna (RAWLS, 2000, p. 53-54).

A propósito, Rawls entende por estrutura básica as principais instituições políticas, sociais e econômicas de uma sociedade e “a maneira pela qual se combinam em um sistema unificado de cooperação social de uma geração até a seguinte” (2000). Logo, a concepção política de justiça é a estrutura das instituições básicas e os princípios, critérios e preceitos a ela aplicados, assim como, igualmente, a forma pela qual tais normas devem ser expressadas no caráter e nas atitudes dos membros da sociedade que realizam seus ideais, aproximando-se, pois, do núcleo substancial da moralidade e da proibidade, agora estendida também aos administrados (RAWLS, 2000, p. 54).

Quanto ao modo de apresentação, uma concepção política acerca da justiça mostrar-se uma visão autossustentada. É que, não obstante se queira uma visão na qual uma concepção política seja justificada com referência a uma ou mais doutrinas abrangentes, ela assim não se apresenta, nem mesmo decorre de uma doutrina assim que seja aplicada à estrutura básica da sociedade (RAWLS, 2000, p. 55).

Sendo assim, a teoria rawlsiana propõe distinguir entre a forma pela qual a concepção política é apresentada e o fato de fazer parte ou poder derivar de uma doutrina abrangente. Nesse sentido, o autor supõe que todos os cidadãos professem uma doutrina abrangente que tem relacionada, de qualquer sorte, uma concepção política. Destaca-se, no entanto, da concepção política o fato de a mesma ser apresentada como autossustentável e explanada à parte. Por isso, arremata, a concepção política de justiça difere de muitas doutrinas morais, pois essas, comumente, são consideradas visões gerais e abrangentes, a exemplo do utilitarismo.

O contraste, segundo Rawls, é ainda mais evidente ao observar-se a distinção entre uma concepção política de justiça e outras concepções morais:

Esse contraste fica mais nítido quando observamos que a distinção entre uma concepção política de justiça e outras concepções morais é uma questão de alcance, isto é, tem a ver com o leque de objetos a que uma concepção se aplica e com o conteúdo que um leque mais amplo requer. Uma concepção moral é geral quando se aplica a um amplo leque de objetos e, em sua extrema amplitude, a todos os objetos, universalmente. É abrangente quando trata de concepções sobre o que tem valor na vida humana, ideais de caráter pessoal, de amizade, de relações familiares e associativas, assim como muitas outras coisas que devem orientar nossa conduta e, em sua extrema amplitude, nossa vida como um todo. Uma concepção é inteiramente abrangente quando compreende todos os valores e virtudes reconhecidos dentro de um sistema articulado de forma precisa; apenas parcialmente abrangente, por sua vez, é a concepção que compreende uma série, mas nem de longe todos os valores e virtudes não-políticos, exibindo articulação mais frouxa. Muitas doutrinas religiosas e filosóficas aspiram tanto à generalidade quanto à abrangência (RAWLS, 2000, p. 54).

Por fim, quanto ao conteúdo, assevera Rawls que a concepção política de justiça é expressa por meio de determinadas ideias fundamentais, vistas implicitamente na cultura política pública de uma sociedade democrática. Cultura, essa que compreende as instituições políticas de um regime constitucional e as tradições públicas de sua interpretação, assim como textos e documentos históricos de conhecimento geral. Trata-se, também, da cultura do social e não do político, do que poderia incluir-se a “cultura de fundo” da sociedade civil destacada nas doutrinas abrangentes como religiosas, filosóficas e morais. Nesse sentido, Rawls defende que em uma sociedade democrática há uma tradição de pensamento democrático de teor, no mínimo, “familiar e inteligível ao senso comum civilizado dos cidadãos em geral” (2000). Isto porque “as diversas instituições da sociedade, e as formas aceitas de interpretá-las, são vistas

como um fundo de ideias e princípios implicitamente compartilhados” (RAWLS, 2000, p. 55).

Portanto, a justiça como equidade, para Rawls, parte de certa tradição política e assume como ideia fundamental a de sociedade como um sistema equitativo de cooperação ao longo do tempo, de uma geração até a outra. Tal ideia associa-se, paralelamente, a outras duas: a primeira é a de que os cidadãos são livres e iguais; a segunda é a de que uma sociedade bem-ordenada regula-se, efetivamente, por uma concepção política de justiça.

É diante dessa concepção política de justiça e dessa ideia de sociedade bem-ordenada que, para Tramontina, a teoria rawlsiana assume que os cidadãos devem não apenas aceitar e saber que todos aceitam os mesmos princípios de justiça, mas também buscar realizá-los. Assim, nas palavras de Tramontina e Parreira:

Uma sociedade constitucionalmente democrática, no mesmo sentido, seria aquela em que seus cidadãos são capazes de ponderar e rever suas decisões para além de seus interesses particulares quando estiverem em jogo questões políticas fundamentais específicas. Nessa moldura as razões levadas ao debate público são, ou deverão, ser aquelas cuja base de justificação seja capaz de lograr o acordo livre de todos os cidadãos. Dessa exigência decorre a importância de outra ideia rawlsiana, qual seja, a do consenso sobreposto como base de acordo comum e, portanto em última instância, de legitimação das decisões políticas fundamentais pelo procedimento da razão pública. (TRAMONTINA; PARREIRA, 2014, p. 9).

Os princípios de justiça, como dito, possuem instituições básicas sociais como destinatários, mormente porque, ao compor a democracia constitucional, cumprem um papel social, temperado, no entanto, pelos próprios limites dados pelos princípios da liberdade e da igualdade, tomando por suas, a fim de efetivar a justiça, as razões públicas.

Tem-se, pois, a função vinculante da razão pública, servindo de elemento de elo entre os cidadãos e as instituições democráticas. A razão pública, portanto, torna-se elemento

indissociável do poder-dever institucional, balizando a razoabilidade, os valores e as virtudes políticas e os princípios que, no plano do Direito do Estado, regem a Administração Pública, dos quais destacam-se a moralidade e a probidade administrativa.

Com efeito, Rawls, em sua teoria da justiça, busca muni-la ao máximo do intuicionismo, lançando mão de juízos prudentes e racionais e reduzindo os juízos ético-morais, típicos da intuição, a fim de garantir a mínima segurança acerca de uma concepção coletiva de justiça. Nesse sentido, a justiça como equidade, ao evitar doutrinas teleológicas e naturalísticas e, como dito, o intuicionismo, e concentrar-se em aspectos políticos e morais, acaba por limitar a razão pública para colocá-la em diálogo com as razões não-públicas tão diversas, viabilizando, pois, o convívio harmônico (RAWLS, 1997, p. 48).

A razão pública, portanto, é empregada na medida em que garante a razoabilidade e o caráter coletivo da construção do conceito de justiça que seja, ao cabo, concretizador da maior justiça possível, o que ocorre, exatamente, no dever de probidade exigido dos agentes públicos no tratamento da coisa pública, na prestação de serviços públicos e no exercício das funções públicas, plasmando-se, como dito, no sistema constitucional que tutela a Administração Pública brasileira, projetando diretrizes fundamentais do Estado Democrático de Direito, orientando o tratamento da república como um todo e alcançando frontalmente os agentes públicos. Isto porque o dever de probidade administrativa tem na moral administrativa sua fonte, sendo espécie desta. Probidade, enquanto espécie do gênero modalidade administrativa, atrela-se à teoria rawlsiana na medida em que supõe que os cidadãos sejam capazes de enxergarem-se na razão pública e nos princípios de justiça, para que, assim, sejam, de modo voluntário e espontâneo, respeitados, formando o elo de confiança recíproca entre cidadãos e entre cidadãos e Administração Pública.

4. Conclusões

A razão pública em John Rawls representa os compromissos culturais e sociais compartilhados, oferecendo uma visão de justiça ao tornar mais razoável e adequado o consenso entre os concidadãos, mormente às deliberações políticas. Igualmente, como aferem Tramontina e Parreira, a razão pública sinaliza qual é, ou qual deveria ser, o substrato argumentativo “quando estiver em jogo questões políticas fundamentais”, criando, pois, um “modelo de argumentação pública que prestigia a capacidade racional dos cidadãos na criação de uma estrutura social” (TRAMONTINA; PARREIRA, p. 9).

Decorre de tal capacidade racional o entendimento da moral como um sistema de normas, princípios e valores pelo qual são regulamentadas, conforme a citada lição de Vasquez, as relações entre os membros de uma coletividade e a relação destes com a própria noção de comunidade, de forma que tais normas, por possuírem caráter histórico e social, sejam adotadas por cada convicção íntima, de modo livre e consciente, e não de modo mecânico, externo ou interpessoal (1998, p. 84).

Ligado, pois, ao dito “bem coletivo”, à razão pública, ao conceito de justiça a partir da ideia de liberdade e igualdade entre os cidadãos e, depois, à ideia de sociedade bem-ordenada regulada pela concepção política de justiça, está o conceito de moral que, do primeiro princípio de moralidade, impõe que a moralidade administrativa seja vista com autonomia jurídica, a fim de vedar condutas eticamente inaceitáveis que transgridam o senso moral.

Impõe-se, pois, um debate sincero e legítimo sobre a probidade e moralidade administrativa na seara do Direito Administrativo, para que a utilização do ordenamento jurídico represente, de fato, o combate a esta epidemia que enfraquece, cada vez mais, a juridicidade, a ética, a transparência, a moralidade e a probidade no trato da coisa pública, utilizando-se do que a Teoria do Direito e, nesse particular, a teoria de John Rawls tanto tem a contribuir.

5. Referências

- BRANDÃO, A. J. Moralidade administrativa. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, 25. ed., p. 454-467, jul./set. 1951.
- COMMAROSANO, M. **O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.
- DI PIETRO, M. S. Z. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014.
- FIGUEIREDO, M. **Probidade Administrativa**. Comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- GARCIA, E.; ALVES, R. P. **Improbidade Administrativa**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- GIACOMUZZI, J. G. **A moralidade administrativa e a boa-fé da Administração Pública: o conteúdo dogmático da moralidade administrativa**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- HARGER, M. **Improbidade Administrativa: comentários à Lei nº 8.429/92**. São Paulo: Atlas, 2015.
- MATA-MACHADO, E. G. **Elementos de Teoria Geral do Direito**. 3. ed. Belo Horizonte: UFMG, 1986.
- MEDAUAR, O. **Direito Administrativo Moderno**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- MEIRELLES, H. L. **Direito Administrativo Brasileiro**. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- MELLO, C. A. B. de. **Curso de Direito Administrativo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- MELLO, C. A. B. de. Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social. **Revista de Direito Público**, São Paulo, v. 57/58, ano XIV, 1981.
- MORENO, F. S. **Conceptos Jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa**. Madri, Editorial Civitas, 1976.
- OSÓRIO, F. M. **Teoria da Improbidade Administrativa**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

RAWLS, J. **Uma teoria da Justiça**. 2. ed. São Paulo: Martin Fontes, 1997.

_____. **O Liberalismo Político**. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000.

SILVA, J. A. da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

TRAMONTINA, R.; PARREIRA, A. M. S. A Função da Razão Pública no STF: uma perspectiva rawlsiana. In: SILVA, E. P.; REPOLÊS, M. F. S. (Orgs.). **Filosofia do Direito I**. 1. ed. Florianópolis: CONPEDI, 2014.

VÁSQUEZ, A. S. **Ética**. 18. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998.

A MUTAÇÃO (IN)CONSTITUCIONAL DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: BREVE ABORDAGEM CRÍTICA SOBRE OS RECENTES ENTENDIMENTOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Rafael Fonseca Ferreira¹
Juliana Gonçalves de Oliveira²

-
- ¹ Pós-Doutor, Doutor e Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS; Especialista em Comércio Exterior e Relações Internacionais pela Universidade de Caxias do Sul - UCS. Professor efetivo da Universidade Federal do Rio Grande - FURG junto a Faculdade de Direito. Professor permanente do curso de Mestrado em Direito e Justiça Social da FURG. Desenvolve pesquisas no âmbito da Constituição, da Jurisdição Constitucional, da Hermenêutica e da Internacionalização do Direito. Advogado. E-mail: rafaelferreira@furg.br.
 - ² Mestranda do Programa de Pós-graduação em Direito, Mestrado em Direito e Justiça Social da Universidade Federal do Rio Grande - FURG; Especialista em Direito Constitucional e em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Anhuera-UNIDERP; Bacharel em Direito pela Universidade da Região da Campanha - URCAMP. Advogada. E-mail: juliana_g.deoliveira@live.com.

Resumo

Este trabalho tem como objetivo principal analisar o posicionamento dos ministros do Supremo Tribunal Federal, tratado pela maioria destes como caso de mutação constitucional, acerca da interpretação do art. 283 do Código de Processo Penal e do princípio constitucional da presunção de inocência. No decorrer do trabalho, fazer-se-á um breve exame do conceito e da origem do instituto da mutação constitucional, bem como uma diferenciação entre este instituto e o da reforma constitucional. Além disso, fazer-se-á algumas considerações sobre a mutação constitucional no âmbito do Direito brasileiro. Dentro da crítica pretendida será feita uma abordagem dos limites da jurisdição e de como, em nosso país, passamos de um ideal de alteração da norma de um texto para a alteração do próprio texto, o que contraria os conceitos tradicionais de mutação constitucional. Por fim, será feito um exame da questão da presunção de inocência, analisando-se as decisões do Habeas Corpus 126292 e das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, abordando-se, ainda, a recente sinalização de alteração de entendimento sobre o assunto feito por alguns membros da corte, com o intuito de fazer uma análise crítica que demonstre que o caso em questão não se tratou de mutação constitucional, mas sim inconstitucional, uma vez que feriu um princípio constitucional fundamental.

Palavras-chave: Limites da jurisdição. Mutação (in)constitucional. Presunção de inocência. Reforma constitucional.

Abstract

The main purpose of this work is to analyze the position of the Ministers of the Federal Supreme Court, treated by the majority of these as a case of constitutional mutation, about the interpretation of art. 283 of the Code of Criminal Procedure and the constitutional principle of the presumption of innocence. In the course of the work, a brief examination of the concept and origin of the institute of the constitutional mutation will be done, as well as a differentiation between this institute and that of the constitutional reform, in addition to establishing some considerations about the constitutional mutation within Brazilian law. Within the intended criticism will be made an approach of the limits of the jurisdiction and of how, in our country, we go from an ideal of alteration of the norm of a text to the alteration of the own text, which contradicts the traditional concepts of constitutional mutation. Finally, an examination of the question of the presumption of innocence will be made, analyzing the decisions of Habeas Corpus 126292 and Declaratory Actions of Constitutionality 43 and 44, as well as the recent signaling of a change of understanding on the subject made by some Members of the court, in order to make a critical analysis that would demonstrate that the case in question was not constitutional mutation, but rather unconstitutional, since it violated a fundamental constitutional principle.

Keywords: (Un)constitutional mutation. Presumption of innocence. Constitutional reform. Limits of jurisdiction.

1. Introdução

O instituto da mutação constitucional voltou às cenas em *terrae brasilis* com as decisões das ADCs nº 43 e 44, nas quais, por maioria de votos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) entendeu que o artigo 283 do Código de Processo Penal não impede o início da execução da pena após condenação em segunda instância. Tal interpretação, que deveria ser conforme a constituição, foi feita de maneira a relativizar um princípio constitucional fundamental, o que acaba contrariando o conceito clássico de mutação constitucional.

Assim, o objetivo geral do presente artigo é demonstrar que no caso da relativização do princípio da presunção de inocência o que houve, em realidade, foi uma mutação inconstitucional, uma vez que, a decisão tomada ocasionou a alteração do texto expresso de uma norma constitucional e, apesar das justificativas dos ministros, não houve uma fundamentação adequada que legitimasse uma alteração informal da Constituição.

Entre os objetivos específicos, delineados nos capítulos deste artigo, inicialmente, espera-se analisar brevemente o instituto da mutação constitucional como meio de alteração informal da constituição, verificando sua origem, comparando-a à reforma constitucional e diferenciando-a desta. Pretende-se, também, expor os limites à jurisdição, demonstrando que o judiciário excedeu sua legitimidade ao alterar a norma de um texto, ao invés de alterar o próprio texto. Em verdade, tais decisões, baseadas em decisionismos fazem com que o Judiciário passe a efetuar um papel legislativo que não lhe compete, questão que passou a ser objeto de estudos acadêmicos após a decisão do plenário do STF acerca do inciso X, do art. 52 da CF/88. Ainda, se intenciona abordar a questão específica da presunção de inocência e dos julgamentos ocorridos no Supremo Tribunal Federal, a fim de demonstrar que a recente sinalização de alteração de entendimento jurisprudencial sobre o tema confirma a tese de que a mutação ocorrida foi, na verdade, inconstitucional.

O trabalho se justifica no âmbito jurídico/social pelo fato de a mutação constitucional ter sido utilizada, nos últimos tempos, como justificativa de diversos julgados polêmicos do STF, sendo fundamental o debate acerca do tema, principalmente quando tais decisões colocam em risco princípios e direitos fundamentais. Já no âmbito acadêmico, este justifica-se pelo fato de que em casos de risco de violação de direitos cabe à doutrina, em especial à doutrina crítica, exercer seu papel na defesa das premissas constitucionais.

A base metodológica do presente trabalho é a fenomenológica-hermenêutica, a qual vai além de uma análise exclusivamente semântica da linguagem, buscando superar os pré-conceitos do senso comum para fazer uma reconstrução histórica, tendo como base uma teoria crítica. Quanto ao procedimento, a metodologia é essencialmente monográfico-crítica e a técnica empregada será bibliográfica e jurisprudencial baseada na análise de livros, artigos científicos e decisões do Supremo Tribunal Federal.

2. Breve análise quanto à origem e ao conceito do instituto da mutação constitucional

O instituto da mutação constitucional surgiu inicialmente na Alemanha após a Constituição do Império Alemão em 1871. Esta sobreveio das ideias trazidas por Bismarck no esboço constitucional da Confederação Alemã do Norte em 1866. A mencionada Carta constitucional trouxe uma nova ordem para o país, todavia, na época havia grande distanciamento entre o texto constitucional e a realidade social alemã. Preocupada com tal distanciamento a Escola Alemã de Direito Público, principalmente por meio dos teóricos Paul Laband e Georg Jellinek, deu início a estudos que proporcionaram a compreensão de que a Constituição poderia ser modificada de maneira informal, a par-

tir de interpretações de certas autoridades que adequariam a norma constitucional às transformações sociais.

Em que pese haja divergências acerca do início do conceito de mutação constitucional, em regra, considera-se Laband o precursor, através do conceito de *Verfassungswandlung* (mudança ou mutação constitucional), que se apresenta como contraponto a *Verfassungsänderung* (emenda ou reforma constitucional). A ideia da mutação constitucional é de modificação informal do texto constitucional, hipótese na qual altera-se o sentido e o alcance deste, embora o texto permaneça intacto.

De acordo com Urrutia (2000), o estudioso Alemão Paul Laband identificou a incidência de três meios de alteração informal da constituição, quais sejam: leis criadas pelo Império que modificavam competências do poder central, criavam novas instituições políticas e estabeleciam parâmetros de observação de direitos e liberdades públicas; leis capazes de gerar contradições com o disposto na Constituição a partir de suas novas diretrizes; e uma modificação de postura dos Poderes Públicos em relação à sua atuação e competência por meio de usos e costumes. Assim, a figura da mutação constitucional estaria no terceiro meio de alteração informal.

Para tanto, é necessária, para a correta conceituação do instituto ora analisado, uma abordagem acerca da diferenciação entre mutação e reforma constitucional, conforme veremos a seguir.

2.1. Distinção entre reforma e mutação constitucional

A distinção mais básica e primária entre os dois institutos é a de que a reforma é um meio formal de alteração da Constituição, enquanto a mutação é um meio informal de alteração.

Partindo de uma abordagem mais teórica, a conceituação trazida pelo autor alemão Georg Jellinek é considerada uma das principais, embora sua obra date do final do século XIX, até hoje esta serve como base para estudos relativos a estes temas, vejamos:

Por reforma da Constituição, entendo ser a modificação dos textos constitucionais produzidos por ações voluntárias e intencionais. E por mutação da Constituição, entendo a modificação que deixa seu texto intacto sem modificação formal que é produzida por fatos que não precisam ser acompanhados pela intenção ou consciência de tal mutação. (JELLINEK, 1991, p. 07).³

Desde logo, percebe-se que a principal diferença entre reforma e mutação é que a reforma altera o texto da Constituição, enquanto a mutação altera a norma, sua interpretação, mas nunca seu texto.

Dentro do estudo proposto por Jellinek (1991), a conceituação de mutação constitucional é fundada na teoria do fato consumado, pela qual temos o desmonte de uma situação consolidada no tempo. Nesse sentido, partindo de um fato consumado já existente, o autor defende a possibilidade de se alterar-se o sentido de um texto normativo, já que a norma ali disposta poderia não mais atender às demandas da realidade social no momento atual, isso porque a norma, no entender de Jellinek, deve acompanhar sempre a progressividade da realidade.

Nesse sentido, o professor espanhol Pablo Lucas Verdú (2004) nos traz uma importante colaboração para o tema quando fala da "interpretação evolutiva", pela qual, o autor entende como legítima a interpretação constitucional atribuída a uma Constituição que se encontre fragilizada ou obsoleta em face da realidade social vigente. Ainda, Verdú nos traz a ideia de "sentimento jurídico" e "sentimento constitucional" pelo qual a constituição deve sempre atender aos anseios da sociedade, pois esta é sua finalidade precípua.

[...] o sentimento jurídico supõe a implicação com o ordenamento jurídico e com a ideia de justiça que o inspira e ilumina. Sentir juridicamente é implicar-se com o direito vigente, com o todo ou com parte dele, dando-lhe apoio. Às vezes, a não implicação indica que se prefere um Direito distinto,

³ Do original: Por reforma de la Constitución entiendo la modificación de los textos constitucionales producida por acciones voluntarias e intencionadas. Y por mutación de la Constitución, entiendo la modificación que deja indemne su texto sin cambiarlo formalmente que se produce por hechos que no tienen que ir acompañados por la intención, o conciencia, de tal mutación.

o Direito anterior ou outro melhor e/ou mais justo. Desse modo, o sentimento jurídico aparece como afeto mais ou menos intenso pelo justo e equitativo na convivência. Quando tal afeto versa sobre a ordem fundamental daquela convivência, temos o sentimento constitucional (VERDÚ, 2004, p. 53).

O autor expõe também que a mutação constitucional pode ser benéfica para a democracia, já que muitas vezes o legislativo acaba defendendo apenas os interesses de alguns grupos específicos. Por esta razão, permitir que apenas o Legislativo altere as normas constitucionais faz surgir uma falsa ideia de soberania popular, o que legitima a mutação constitucional feita pelos demais poderes na tentativa de que as falhas ao princípio democrático sejam supridas (VERDU, 2004).

Assim, percebemos que a mutação constitucional distingue-se da reforma por ser uma forma de adequar a norma constitucional à realidade por meio da interpretação. Do mesmo modo, tal instituto pode ser proveitoso para preencher as lacunas da norma constitucional, desde que observados certos limites, os quais serão discutidos na sequência.

2.2. Considerações sobre o instituto no direito brasileiro

Embora o tema da mutação constitucional seja discutido na doutrina internacional desde o século XIX, no Brasil, os estudos sobre esta temática apenas começaram a aprofundar-se apenas em 1986, após a publicação da tese de doutorado da autora Anna Cândida da Cunha Ferraz.

Seguindo os conceitos originários da doutrina alemã no Direito brasileiro também se adotou a diferenciação entre reforma e mutação constitucional, neste contexto, Ferraz explica que:

[...] a primeira consiste nas modificações constitucionais reguladas no próprio texto da Constituição (acréscimos, supressões, emendas), pelos processos por ela estabelecidos para sua reforma; a segunda consiste na alteração, não da letra ou do texto expresso, mas do significado, do sentido e do alcance das disposições constitucionais, através ora

da interpretação judicial, ora dos costumes, ora das leis, alterações essas que, em geral, se processam lentamente, e só se tornam claramente perceptíveis quando se compara o entendimento atribuído às cláusulas constitucionais em momentos diferentes, cronologicamente afastados um do outro, ou em épocas distintas e diante de circunstâncias diversas. (FERRAZ, 2005, p. 09).

Destarte, vemos que a doutrina brasileira adotou exatamente o mesmo ponto de diferenciação que a doutrina alemã, considerando apenas como mutação constitucional as alterações da norma, do seu sentido, sem jamais alterar o texto ou a letra da lei.

O instituto da mutação constitucional surgiu para resolver as possíveis lacunas surgidas no decorrer do tempo entre o texto constitucional e a realidade social. Streck, Oliveira e Lima mencionam que tal instituto seria uma espécie de “jurisprudência corretiva desenvolvida por juízes éticos, criadores do Direito e atualizadores da constituição e dos supostos envelhecimentos e imperfeições constitucionais”, por tanto, baseada em uma “suposta interpretação evolutiva”. (STRECK; OLIVEIRA; LIMA, 2007, p. 12).

Não obstante, Ferraz atenta para os limites da interpretação da norma constitucional, alertando que quando as alterações informais da Constituição violam a letra e o espírito da norma os limites interpretativos do próprio texto constitucional são quebrados, sendo assim, a mutação que ocorre é inconstitucional. Nas palavras da autora:

A expressão mutação constitucional é reservada somente para todo e qualquer processo que altere ou modifique o sentido, o significado e o alcance da Constituição sem contrariá-la; as modalidades de processos que introduzem alteração constitucional, contrariando a Constituição, ultrapassando os limites constitucionais fixados pelas normas, enfim, as alterações inconstitucionais são designadas por mutações inconstitucionais (FERRAZ, 2005, p. 10).

Sendo a Constituição Federal de 1988 uma carta rígida, esta admite alterações formais, por meio de emendas constitucionais, e informais, por meio da mutação constitucional.

Todavia, se não forem observados os limites que a própria carta impõe, implícita e explicitamente, estaremos diante de uma violação do espírito constitucional e, por consequência, de uma mutação inconstitucional, que não pode jamais ser admitida em um Estado Democrático de Direito. Para tanto, na continuidade, abordar-se-á os limites para a jurisdição e para a interpretação das normas constitucionais.

3. Limites da jurisdição

Partindo da ideia que a Constituição Federal de 1988 é uma Carta Dirigente ou Compromissário, temos que suas missões principais são a defesa da Democracia e a realização do Direitos Fundamentais. Para tanto, surge a necessidade de haverem limites para as alterações constitucionais.

Mesmo no Direito alemão, durante muitos anos a doutrina preocupou-se apenas com a conceituação e as características do instituto da mutação constitucional, tendo deixado de lado, por algum tempo, a análise de seus limites. Um dos autores pioneiros a discutir a possibilidade de atribuir-se limites à mutação constitucional foi o então juiz da Corte Constitucional alemã, Konrad Hesse, que em 1959, começou a discutir acerca de uma possível desvirtuação da Constituição quando o fato prepondera sobre a norma.

Para tanto, Hesse (1991) adota um conceito mais restrito de mutação constitucional, entendendo que o texto da norma estaria limitando a incidência da mutação, pois quando se permite que a supremacia do fato supere a norma estamos diante do fim da força normativa da Constituição. Nas palavras do autor:

A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (Sinn) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada, situação.

Em outras palavras, uma mudança das relações fáticas pode – ou deve – provocar mudanças na interpretação da Constituição. Ao mesmo tempo, o sentido da proposição

jurídica estabelece o limite da interpretação e, por conseguinte, o limite de qualquer mutação normativa. A finalidade (Telos) de uma proposição constitucional e sua nítida vontade normativa não devem ser sacrificadas em virtude de uma mudança da situação (HESSE, 1991, p. 22-23).

Entende-se que os limites para as alterações constitucionais decorrem da própria força normativa da Constituição. Para tanto, Hesse explica que há pressupostos, de ordem contextual e prática, a serem observados, citando os mais significativos, vejamos:

- a) quanto mais o conteúdo de uma Constituição lograr corresponder à natureza singular do presente, tanto mais seguro há de ser o desenvolvimento de sua força normativa. [...]
- b) um ótimo desenvolvimento da força normativa da Constituição depende não apenas do seu conteúdo, mas também de suas práxis. De todos os partícipes da vida constitucional, exige-se partilhar aquela concepção anteriormente por mim denominada vontade de Constituição (Wille zur Verfassung). Ela é fundamental, considerada global ou singularmente (HESSE, 1991, p. 20-21).

No contexto do Direito brasileiro, Streck, Oliveira e Lima alertam para o fato de que a tese da virada linguística⁴ foi mal recepcionada, tendo sido “mal compreendida pela tese da mutação constitucional”. Quando tratamos de um texto constitucional não há como admitir uma “livre atribuição de sentido”, sob pena da mutação constitucional acabar tornando-se uma “substituição do poder constituinte pelo Poder Judiciário” (STRECK; OLIVEIRA; LIMA, 2007, p. 12).

Desse modo, temos que a mutação constitucional, quando mal compreendida (o que costuma ocorrer no Direito brasileiro), gera um problema hermenêutico, na medida em que o processo histórico é deixado de lado para delegar-se a tarefa de alteração da Constituição para o Judiciário, bem como, para gerar um

⁴ *Linguistic turn*, conhecida no Brasil como virada linguística ou giro linguístico, foi um importante desenvolvimento da filosofia ocidental ocorrido durante o século XX, cuja principal característica é o foco da filosofia e de outras humanidades primordialmente na relação entre filosofia e linguagem. Embora haja diversos movimentos intelectuais associados ao termo, entende-se que a frase *the linguistic turn* foi utilizada inicialmente pelo filósofo austríaco Gustav Bergmann.

problema de legitimidade da jurisdição constitucional, vez que o Princípio democrático é deixado de lado.

3.1. Da alteração da norma de um texto para a alteração do próprio texto: a questão da reclamação nº 4335-5/AC⁵

Um dos principais casos do Direito brasileiro, no qual houve a discussão acerca da ocorrência ou não do instituto da mutação constitucional, foi a decisão tomada pelo STF na Reclamação nº 4335-5/AC.

O ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Ferreira Mendes, defende que no referido caso houve “uma autêntica mutação constitucional em razão da completa reformulação do sistema jurídico e, por conseguinte, da nova compreensão que se conferiu à regra do art. 52, X, da Constituição de 1988” (2004, p. 165), fundamentando tal afirmação nas doutrinas de Ferraz, Jellinek e Hsü Dau-Lin, garantindo que no caso houve uma reforma da Constituição sem modificação expressa do texto constitucional.

No tocante a este caso, entendemos ser situação de mutação inconstitucional, ao passo que, apesar do texto do inciso X do art. 52 da CF⁶ não ter sido expressamente alterado, a interpretação de que o Senado Federal apenas dá publicidade às declarações de inconstitucionalidade feitas pelo STF se deu em total inconformidade com o texto Constitucional, o qual prevê ser competência privativa do Senado Federal a suspensão da

5 Reclamação (RCL) 4335, na qual a Defensoria Pública da União (DPU) questionou decisão do juiz da Vara de Execuções Penais de Rio Branco (AC) que negou a dez condenados por crimes hediondos o direito à progressão de regime prisional. Em julgamento concluído em 20 de março de 2004, o plenário do STF reconheceu a possibilidade de progressão de regime nesses casos, no julgamento do Habeas Corpus (HC) 82959, em fevereiro de 2006, por seis votos contra cinco, quando foi declarado inconstitucional o parágrafo 1º do artigo 2º da Lei 8.072/1990 (Lei de Crimes Hediondos), que proibia tal progressão. No caso específico da Reclamação 4335, no entanto, o juiz do Acre alegou que, para que a decisão do STF no habeas corpus tivesse efeito erga omnes (ou seja, alcançasse todos os cidadãos), seria necessário que o Senado Federal suspendesse a execução do dispositivo da Lei de Crimes Hediondos, conforme prevê o artigo 52, inciso X, da Constituição Federal, o que não ocorreu.

6 Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

[...]

X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. (Constituição Federal de 1988).

execução de lei que tenha sido declarada inconstitucional por decisão definitiva da Supremo Corte.

Ainda, há que se destacar que tal decisão, além de ir em desencontro com o texto constitucional, fere princípios implícitos da norma, pois a essência de tal dispositivo era a de garantir a participação popular nas decisões do controle difuso de constitucionalidade.

Desde logo percebe-se que a definição da decisão tomada na RCL nº 4335-5/AC como sendo caso de mutação constitucional é totalmente equivocada, eis que eivada de fundamentos ativistas que em nada têm a ver com atender os anseios da sociedade, já que legitimariam alterações formais da Constituição. Nesse sentido, Streck, Oliveira e Lima discorrem que tal “concepção decisionista da jurisdição contribui para a compreensão das cortes constitucionais como poderes constituintes permanentes” (2007, p. 13). Os autores ainda afirmam que:

[...] um tribunal não pode mudar a constituição; um tribunal não pode ‘inventar’ o direito: este não é seu legítimo papel como poder jurisdicional, numa democracia. A atividade jurisdicional, mesmo a das cortes constitucionais, não é legislativa, muito menos constituinte. (STRECK; OLIVEIRA; LIMA, 2007, p. 13).

Deste modo, percebemos que não é de hoje que o Judiciário vem praticando decisionismos que extrapolam sua competência. Todavia, sempre que a doutrina se mantém conivente com tais atos, aceitando justificativas fundamentadas unicamente no convencimento pessoal dos julgadores, a cultura do ativismo judicial se fortalece e a jurisdição constitucional é lesada.

4. A questão da presunção de inocência e sua relativização pelo Supremo Tribunal Federal

O caso mais recente de suposta mutação constitucional decorreu de decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus (HC) nº 126292/SP, nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) nº 43 e nº 44 e no Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) nº 964246, os quais findaram por relativizar o Princípio da presunção de inocência, previsto no inciso LVII do art. 5º da CF⁷.

Em 17 de fevereiro de 2016, o plenário do STF, por maioria de 7 votos a 4, ao julgar o HC nº 126292, modificou o seu entendimento quanto à possibilidade da execução antecipada da pena, após a manutenção em segundo grau, da condenação em recurso de apelação interposto pela defesa. A corte entendeu que a possibilidade de início da execução da pena condenatória após a confirmação da sentença em segundo grau não ofende o princípio constitucional da presunção da inocência, todavia, como não houve declaração de inconstitucionalidade ou interpretação conforme a constituição, tal decisão não vinculou os demais Tribunais.

Posteriormente, tendo em vista que o texto do art. 283 do Código de Processo Penal (CPP) e o inciso LVII do art. 5º da CF possuem praticamente a mesma grafia, qual seja: “Ninguém poderá ser preso senão [...] em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado”, o Partido Ecológico Nacional (PEN) e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) ajuizaram Ações Declaratórias de Constitucionalidade visando o reconhecimento da legitimidade constitucional da redação do art. 283 do CPP, inserida pela Lei 12.403/2011. Para

7 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. (Constituição Federal de 1988).

ambas as entidades, tanto a norma processual penal, quanto a norma constitucional visam condicionar o início do cumprimento da pena de prisão ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Há que destacar-se que, entre o histórico constitucional brasileiro, apenas a Constituição Federal de 1988 trouxe a previsão expressa da presunção de inocência, conferindo a esta o status de princípio constitucional expresso. Tal previsão caracteriza-se como uma enorme evolução, vez que anteriormente a presunção da inocência era uma mera consequência interpretativa de cláusulas gerais do devido processo legal. Cabendo, ainda, salientar que tal princípio, por ser norma fundamental, encontra-se sob a égide do art. 60, §4º, da CF/88, representando inquestionável cláusula pétrea, o que torna ainda mais difícil sua alteração.

Embora a decisão da ADC nº 44 ainda encontre-se pendente de decisão, o julgamento do pedido de medida cautelar na ADC nº 43 foi encerrado em 05 de outubro de 2016⁸.

Os ministros Marco Aurélio Mello (relator), Rosa Weber, Ricardo Lewandowski e Celso de Mello compactuam com nosso entendimento de que o art. 283 do CPP espelha o disposto no inciso LVII do art. 5º da CF. Ambos tratam dos mesmos direitos e garantias individuais, não havendo como o Judiciário afastar-se da clareza do texto constitucional sob pena de estar extrapolando sua jurisdição e alterando texto expresso previsto pelo constituinte originário.

Já o Ministro Dias Toffoli entendeu que a Constituição exige a certeza da culpa para que a pena seja aplicada. Para tanto, entende que execução da pena fica suspensa com a pendência de recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça (STJ), mas

8 Ementa: Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade. Art. 282 do Código de processo penal. Execução da pena privativa de liberdade após o esgotamento do pronunciamento judicial em segundo grau. Compatibilidade com o princípio constitucional da presunção de inocência. Alteração de entendimento do Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 126.292. Efeito meramente devolutivo dos recursos extraordinários e especial. Regra especial associada à disposição geral do art. 283 do CPP que condiciona a eficácia dos provimentos jurisdicionais condenatórios ao trânsito em julgado. Irretroatividade da lei penal mais gravosa. Inaplicabilidade aos precedentes judiciais. Constitucionalidade do art. 283 do código de processo penal. Medida cautelar indeferida. (ADC nº 43 MC / DF).

não de recurso extraordinário ao STF. Tal entendimento, embora aparentemente seja menos absurdo que o adotado pela maioria da corte, não é menos relativista e decisionista, pois fundamenta-se unicamente na consciência do julgador e não nos princípios e normas constitucionais.

Por fim, a maioria do Supremo, configurada pelos ministros Edson Fachin, Luis Roberto Barroso, Teori Zavascki, Luiz Fux, Carmem Lúcia e Gilmar Mendes decidiram no sentido de dar ao art. 283 do CPP interpretação conforme a Constituição, afastando interpretações segundo as quais a norma impediria o início da execução da pena quando esgotadas as instâncias ordinárias. Pois bem, embora em seus votos os ministros não tenham invocado o instituto da mutação constitucional, a ampla fundamentação baseada em um sentimento de impunidade da sociedade e a prevalência da efetividade do sistema penal sobre a presunção da inocência demonstram que os ministros tentaram usar o argumento de evolução da sociedade para justificar uma alteração informal da constituição, que estaria, segundo eles, obsoleto frente ao aumento da criminalidade e aos inúmeros recursos que impedem a execução da pena.

Pois bem, tendo em vista todos os aspectos analisados, percebe-se que o que ocorreu no caso em questão não foi uma mutação constitucional. A interpretação dada ao art. 283 do CPP pela maioria do STF não pode ser considerada como “conforme a Constituição” pois o constituinte originário vinculou claramente o princípio da não culpabilidade ou da presunção de inocência a uma condenação transitada em julgado, não havendo como ser feita interpretação de forma diversa. Apesar de não ter sido modificada a literalidade do art. 5º, LVII, da CF, mudou-se totalmente o seu sentido por meio de uma mutação inconstitucional que contrariou todos os limites implícitos e explícitos da norma constitucional.

Em 11 de novembro de 2016, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, em sede de repercussão geral, no Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) nº 964246, reafirmou jurisprudência no sentido de que é possível a execução provisória do acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, mesmo que

estejam pendentes recursos aos tribunais superiores. Todavia, notícias sinalizam uma possível mudança de entendimento da corte, o que, por si só, põe por terra a tese da mutação constitucional, pois não há como haver nova evolução da sociedade em tão pouco tempo.

4.1. A sinalização de mudança de entendimento: como a relativização do princípio da presunção de inocência não foi caso de mutação constitucional

Após apenas um ano e três meses do Supremo Tribunal Federal firmar posicionamento para autorizar a prisão imediata após a condenação na segunda instância da Justiça, e após apenas seis meses da mesma corte ter aferido repercussão geral para seu novo entendimento, em recente decisão, proferida no HC nº 142.173/SP, em 23 de maio de 2017, o Ministro Gilmar Mendes mencionou que tem intenção de mudar seu posicionamento, a fim de acompanhar o entendimento do Ministro José Antonio Dias Toffoli, no sentido de que a execução da pena deve ficar suspensa quando ainda pendente de recurso especial no STJ.

Assim, destaca-se a seguinte passagem do voto do Ministro Gilmar Mendes, relator do HC nº 142.173/SP, vejamos:

Manifesto, desde já, minha tendência em acompanhar o Ministro Dias Toffoli no sentido de que a execução da pena com decisão de segundo grau deve aguardar o julgamento do recurso especial pelo STJ.

Assinalo também minha preocupação com a decretação da prisão preventiva, de modo padronizado, sem que o magistrado aponte concretamente a necessidade da medida extrema.

Registro também que o STF, com o julgamento do HC 126.292/SP, não legitimou toda e qualquer prisão decorrente de condenação de segundo grau. Nós admitimos que será permitida a prisão a partir da decisão de 2º grau, mas não dissemos que ela é obrigatória. (HC nº 142.173/SP, In-teiro Teor, p. 10-11).

É interessante mencionar que, quando da decisão da ADC 43 o voto do Ministro Gilmar Mendes foi fundamental para a decisão pois serviu de voto desempate, logo, uma mudança de entendimento deste ministro alteraria também o entendimento majoritário da Corte.

O que denotasse de um entendimento tão efêmero é que as decisões tomadas no HC nº 126.292/SP e na ADC nº 43 foram, além de contrárias ao texto constitucional, foram extremamente precipitadas. Por óbvio, uma decisão fundada na moral, em pressões sociais e midiáticas, como foi o caso em questão, sempre acaba sendo precipitada, pois deixa de lado o verdadeiro sentimento constitucional para seguir tendências momentâneas, caracterizando, claramente, uma mutação inconstitucional que não pode jamais ser considerada normal ou aceitável pela doutrina.

5. Conclusões

A partir das análises feitas podemos perceber que o instituto da mutação constitucional trata de mais uma teoria interpretada, aplicada e importada equivocadamente pelo Direito brasileiro. Os casos, alegados pelos julgadores como sendo, de mutação constitucional em muito divergem dos conceitos originários, provenientes do Direito alemão.

Restou evidente que tanto na doutrina alemã quanto na doutrina brasileira, a mutação constitucional é um método de alteração informal das normas de uma Constituição rígida, sendo sua principal diferença para com a reforma constitucional o fato de que esta consiste na alteração dos textos constitucionais e aquela na alteração que deixa o texto intacto. Todavia, o judiciário brasileiro adota uma nova concepção do instituto, a qual compromete o controle da constitucionalidade, o poder constituinte e o equilíbrio entre os poderes da república.

As recentes decisões do STF, tidas como mutações constitucionais, na verdade, acabaram gerando a substituição de um texto (proveniente do poder constituinte originário ou re-

formador) por outro texto (construído pelos ministros daquela corte), o que, caracteriza uma verdadeira mutação inconstitucional. Ainda que o texto continue igual, a interpretação dada desvirtua totalmente o sentimento constitucional, partindo de uma interpretação conforme a consciência do julgador mascarada de conforme a constituição. Não cabe ao Supremo Tribunal Federal, nem a nenhum julgador, corrigir o texto constitucional, o papel de constituinte permanente não pertence ao judiciário.

A jurisdição, principalmente a constitucional, não é ilimitada, sua função corretiva possui limites semânticos que encontram-se no próprio texto constitucional e precisam ser observados, sob pena de ser violado o princípio democrático e da separação dos poderes. Quando o judiciário começa a criar o direito, quem mais perde, sem dúvidas, é a democracia, que é deixada de lado para que argumentos decisionistas e ativistas sobressaíam-se.

Na questão da relativização do Princípio da presunção de inocência, não há dúvidas que o que houve foi uma mutação inconstitucional, pois, embora não tenha se modificado o texto positivado no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, alterou-se o sentido e o alcance normativos da referida cláusula pétrea, a qual deveria ser, em tese, imutável.

Dentro dos conceitos ora estudados acerca da mutação constitucional, há autores e ministros do STF que legitimam a mutação quando o texto da Constituição torna-se obsoleto frente à evolução da sociedade, e este argumento foi levantado pelas decisões do HC nº 126292/SP e da ADC nº 43. Entretanto, não há de falar-se em evolução da sociedade e obsolescência do texto constitucional, quando apenas um ano e três meses após a primeira decisão a corte já sinaliza uma nova alteração de posicionamento.

Ademais, em que pese uma nova mudança de posicionamento do STF sobre a relativização do Princípio da presunção de inocência pareça algo positivo, não é o caso dos ministros admitirem o erro cometido e decidirem verdadeiramente "conforme a Constituição", mas de outro ato de ativismo, baseado unicamente na consciência e na moral dos julgadores. Isso se

dá porque a alteração de posicionamento seria no sentido de adotar o entendimento defendido pelo Ministro Dias Toffoli, segundo o qual a pena restritiva de liberdade poderia ser executada após a decisão de recurso no STJ e quando ainda pendente de recurso ao STF.

Este possível “novo” posicionamento continuará eivado de inconstitucionalidade, pois, sob a ótica da dogmática, ainda será incompatível com o texto constitucional de 1988, o qual garante, no inciso LVII do seu art. 5º, de forma expressa, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

6. Referências

BRASIL. **Constituição**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acompanhamento Processual**. ADC nº 43. Ação Declaratória de Constitucionalidade. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?se-qobjetoincidente=4986065>>. Acesso em: 02 ago. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acompanhamento Processual**. ADC nº 44. Ação Declaratória de Constitucionalidade. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?se-qobjetoincidente=4986729>>. Acesso em: 02 ago. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inteiro Teor**. HC nº 142.173/SP. Habeas Corpus. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12998248>>. Acesso em: 02 ago. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Pesquisa de Jurisprudência**. ARE nº 964246. Recurso Extraordinário com Agravo. Repercussão Geral. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ARE%24%2ES->

[CLA%2E+E+964246%2ENUME%2E%29+OU+%28ARE%2EPRCR%2E+ADJ2+964246%2EPRCR%2E%29&base=base-Repercussao&url=http://tinyurl.com/jqrzrlj](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28CLA%2E+E+964246%2ENUME%2E%29+OU+%28ARE%2EPRCR%2E+ADJ2+964246%2EPRCR%2E%29&base=base-Repercussao&url=http://tinyurl.com/jqrzrlj)>. Acesso em: 02 ago. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Pesquisa de Jurisprudência**. HC nº 126292. Habeas Corpus. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+126292%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+126292%2EACMS%2E%29&base=baseA-cordaos&url=http://tinyurl.com/mm9prhs>>. Acesso em: 02 ago. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Pesquisa de Jurisprudência**. RCL nº 4335. Reclamação. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28R-cl%24%2ESCLA%2E+E+4335%2ENUME%2E%29+OU+%28R-cl%2EACMS%2E+ADJ2+4335%2EACMS%2E%29&base=baseA-cordaos&url=http://tinyurl.com/c4z34zg>>. Acesso em: 02 ago. 2017.

FERRAZ, A. C. da C. **Processos informais de mudança da Constituição**: Mutações constitucionais e mutações inconstitucionais. 2. ed. Osasco: Edifio, 2015.

HESSE, K. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

JELLINEK, G. **Reforma y mutación de la Constitución**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

MENDES, G. F. O papel do Senado Federal no controle federal de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 41, n. 162, p.149-168, 2008.

STRECK, L. L.; OLIVEIRA, M. A. C. de; LIMA, M. M. B. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho: Universidade Estadual do Norte do Paraná, n. 7, p. 01-21, 2007.

URRUTIA, A. V. S. Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución: una aproximación al origen del concepto. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, n. 58, p.105-135, 2000.

VERDÚ, P. L. **O sentimento constitucional**: aproximação ao estudo do sentir constitucional como método de integração política. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

A NORMA DO PREJUÍZO NAS NULIDADES: UMA ANÁLISE SOBRE SUA CLASSIFICAÇÃO NO PROCESSO PENAL DEMOCRÁTICO

Pietro Cardia Lorenzoni¹
Mateus Martins Machado²

- 1 Advogado, graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), aluno da especialização em justiça constitucional pela Universidade de Pisa/Itália (UNIP), aluno da especialização em gestão e docência no ensino superior pela Universidade Luterana do Brasil (ULBRA) e aluno regular do Mestrado em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul (FMP-RS). E-mail: <pclorenzoni@gmail.com>.
- 2 Advogado, graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS) e aluno regular do Mestrado em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul (FMP-RS). E-mail: <mateus_martins_machado@hotmail.com>.

Resumo

Trata-se de pesquisa sobre a norma do prejuízo nas nulidades processuais penais. Uma vez que ocorrem equívocos doutrinários quanto à classificação das espécies jurídicas e de sua aplicação no processo penal, objetiva-se trazer uma classificação do dispositivo em questão como regra para garantir sua observância e sua correta aplicação, de modo a legitimar o processo penal. Para tanto, sucintamente expõem-se as teorias de Dworkin, Alexy e Ávila para, depois, classificar a norma e demonstrar os ganhos jurídicos. Desse modo, observa-se que se ganha em garantias dos acusados e efetivo cumprimento dessa regra, que é a base do sistema das nulidades. Conclui-se que um maior estudo da Teoria dos Princípios com sua classificação normativa e aplicação pode possibilitar avanços numa concepção mais democrática de processo penal.

Palavras-chave: Nulidades. Prejuízo. Processo Penal. Teoria dos Princípios.

Abstract

This essay addresses the norm of “no nullity without prejudice” in the criminal procedure. Some doctrinal misconceptions occurs in the classification of legal species and, as consequence, some mistakes occurs in their application in criminal law proceedings, the objective is to classify the legal device in question as rule, so as to guarantee respect to the principle of strict legality and to legitimize the proceedings. To that end, the theories of Dworkin, Alexy and Ávila are briefly showed to classify the norm. In this way, there is a gain in guarantees of the defendants and effective fulfillment of this rule, which is the ground rule of the system of nullities. It is concluded that a further study of the Principles Theory with its normative classification and application can help to advance in a more democratic conception of criminal procedure.

Keywords: Nullities. Norm of no nullity without prejudice. Criminal procedure. Principles Theory.

1. Introdução

A proposta do presente artigo é a de esclarecer a correta definição terminológica, partindo dos ensinamentos de Dworkin, Alexy e Ávila, para a norma jurídica que se extrai do art. 563 do Código de Processo Penal. Entende-se que há confusões doutrinárias, principalmente nos manuais e cursos de Direito Processual Penal brasileiro, geradas pela denominação da referida norma por “Princípio do Prejuízo”.

Destarte, o trabalho será estruturado da seguinte forma: iniciar-se-á com uma breve distinção - na qual não se procurará aprofundar as discussões e críticas sobre as distinções - entre os conceitos de normas, regras e princípios de alguns dos principais autores de maior relevância na doutrina brasileira sobre o tema. A partir de tal definição sobre as espécies normativas, enquadrar-se-á o texto legal do referido artigo, demonstrando, sucintamente, os ganhos e as consequências com tal enquadramento. Adverte-se que não se acredita que os diversos autores que utilizam a definição “Princípio do Prejuízo” não saibam tal distinção, mas, por uma questão de coloquialismo e usualidade, acabou-se por empregar amplamente tal termo que, do ponto de vista crítico, é errôneo e pode trazer dificuldades tanto nas decisões judiciais como nas salas de aula, especialmente para aqueles que iniciam nos estudos do processo penal brasileiro.

2. Distinção entre normas, regras e princípios

2.1. A contribuição de Dworkin

Muitos autores atribuem a Ronald Dworkin a função de ser um dos principais críticos do positivismo jurídico³, contribuindo na definição de regras e princípios. Dworkin (2011), na construção de sua teoria geral do Direito, busca um sistema que não exclua os raciocínios moral e filosófico do jurídico. Assim, critica a divisão empregada pelas teses juspositivistas sobre a separação entre o direito e a moral.

Nessa senda, conforme José Cristóvam (2012) “a filosofia jurídica dworkiniana está fundada em uma forte teoria dos direitos, que encara os direitos individuais, sobretudo o direito à igual consideração e respeito, como verdadeiros trunfos frente à maioria”. Trata-se de uma teoria individualista de garantia contra a concepção do utilitarismo de Bentham⁴, que não admite a prevalência das opções estatais como políticas públicas ou objetivos sociais sobre direitos individuais autênticos.

Cumprido frisar que a proposta de Dworkin (1967) é de uma fusão entre o direito e a moral, a partir de uma teoria forte dos princípios, baseada num sistema jurídico composto por regras, princípios e diretrizes políticas. Nessa senda, de maneira dita provisória no artigo “The model of rules” (O modelo das regras), publicado pela primeira vez em 1967, Dworkin sustenta que diretrizes políticas são as normas que definem o fim a ser perseguido pelo Estado como fins econômicos, políticos ou sociais. Já os princípios seriam as normas que deveriam ser observadas,

3 De forma simplificada, trata-se de modelo jurídico que, apesar de não ignorar que cada norma possui uma opção política, filosófica ou moral, defende que tal opção feita por quem tem legitimidade não deve ser objeto de avaliações morais. Ou seja, sendo conforme o ordenamento jurídico, não há que se discutir sua validade por meio de um juízo moral, propondo uma rígida separação entre direito e moral.

4 Filosofia moral que possui como ideia central “o maior objetivo da moral é maximizar a felicidade, assegurando a hegemonia do prazer sobre a dor. De acordo com Bentham, a coisa certa a fazer é aquela que maximizará a utilidade” (SANDEL, 2012, p. 48).

não apenas porque visam a atingir certo fim desejável pelo Estado, mas pelas necessidades de justiça ou de outra dimensão moral. Adverte-se que, nesse artigo, o próprio autor afirma que não busca encontrar um conceito absoluto para a distinção das normas.

Sobre a diferenciação entre as espécies normativas, Dworkin (1967) entende que princípios têm uma dimensão de peso ou importância que as regras não têm. Assim, as regras são aplicáveis de forma “tudo ou nada”, são “válidas ou inválidas” e contam com exceções. Já os princípios são aplicados em grau de peso e, por causa dos pesos, são descumpridos muitas vezes sem caracterizar uma exceção ao princípio, tampouco uma invalidação. Então, princípios estabeleceriam razões que indicam, direcionam em certo sentido, mas não determinam uma decisão concreta/particular como as regras. Para melhor compreensão, cita-se exemplo de princípio: ninguém tirará proveito da própria torpeza; e de regra: não dirigir numa avenida a mais de 60 quilômetros por hora.

Destarte, consoante Néviton Guedes (2012), na concepção da teoria dworkiniana, “quando os juristas discutem sobre direitos e obrigações, sobretudo naquelas situações — os chamados casos difíceis — em que as formas e os conceitos jurídicos parecem ‘agudizar-se’ mais intensamente”, os juristas utilizam princípios e não regras. Adverte-se, conforme Guedes (2012) aponta, que Dworkin ao longo de sua obra emprega o termo princípio de forma genérica, para referir todos os tipos de standards que, conquanto normas (princípios ou diretrizes políticas), não são regras.

Resumidamente, conforme Dworkin (2010): Princípios são proposições que descrevem direitos; diretrizes políticas são proposições que descrevem objetivos. “Por isso que, segundo Dworkin, em geral, os argumentos de princípios se predispõem à defesa de direitos do indivíduo, enquanto argumentos políticos se propõem à defesa de interesses da coletividade” (GUEDES, 2012).

Já José Sérgio da Silva Cristóvam (2012), entende a distinção dworkiniana da seguinte forma: diretrizes políticas são

aquelas pautas que estabelecem objetivos a ser alcançados, no mais das vezes ligados a aspectos econômicos, políticos ou sociais da comunidade. De outro giro, os princípios são pautas que devem ser observadas porque correspondem a um imperativo de justiça, de equidade ou outra dimensão da moral positiva, e não porque potencializam ou asseguram uma situação econômica, política ou social desejável, constituindo-se em razões para decidir, não sendo aplicáveis automaticamente quando satisfeitas as condições previstas para sua aplicação, característica que os confere a qualidade de critérios que devem ser levados em conta quando da decisão judicial.

E, aqui, adverte-se para a importante consideração de Dworkin (1967), que afirma o seguinte sobre a diferença entre princípios e regras consistente na dimensão de peso dos princípios: “isso não significa que se vá ter uma exata medida do peso de cada princípio, e muitas vezes o julgamento de que certo princípio será mais importante que o outro será uma decisão controvertida”. Contudo, tal caráter conflituoso e contravertido das decisões sobre os princípios e as suas colisões faz parte do próprio conceito deles. Sendo assim, é racional perguntar quão importante ou quão pesado determinado princípio é.

2.2. A distinção de Alexy

O professor Robert Alexy, quando introduz a estrutura das normas de direitos fundamentais, posiciona a distinção entre regras e princípios como um das colunas-mestras da teoria dos direitos fundamentais (ALEXY, 2015). Ele entende que tal distinção é a base para a fundamentação e uma das soluções dos principais problemas da dogmática, contribuindo sobremaneira para a racionalidade da teoria dos direitos fundamentais (ALEXY, 2017).

Apesar de a referida distinção posicionar-se no capítulo das normas de direitos fundamentais, ela pode ser usada para distinguir normas do ordenamento jurídico como um todo, não apenas dos ditos direitos e garantias fundamentais. Cabe mencionar que, mais uma vez, regras e princípios serão enten-

didados como espécies do gênero norma, visto que ambos são razões para juízos concretos de dever-ser.

Nessa senda, é possível conceituar as regras e os princípios a partir da concepção de Alexy (2017), na Teoria dos Direitos Fundamentais, da seguinte maneira:

[...] os princípios são normas de mandamentos de otimização de caráter *prima facie*, realizáveis na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes, resolvidos, no caso de colisão, pelo sopesamento que ocorre na dimensão dos respectivos pesos, servindo de razões *prima facie* para os juízos de dever-ser.

Nesse mesmo caminho, Paula Gorzoni (2009) afirma que, na concepção de Alexy, princípios são mandamentos de otimização, ou seja, normas que ordenam que algo seja feito na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto. Lembra-se que as possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto serão avaliadas pelo princípio (ou regra) (SILVA, 2003) da proporcionalidade (ÁVILA, 1999, p. 159).

Virgílio Afonso da Silva (2003), conceituando princípios e regras segundo a Teoria em análise, afirma que os princípios são normas que trazem mandados que devem ser realizados na maior medida possível, diante das possibilidades fáticas e jurídicas presentes, ou seja, mandamentos de otimização. O importante, nesse ponto, é a ideia de que a realização completa de um princípio é frequentemente obstada pela realização de outros princípios.

Já na definição de regras para Alexy, entende-se que as regras expressam deveres e direitos definitivos, devendo realizar-se exatamente na medida em que prescreveu (SILVA, 2003). Em outras palavras, as regras são determinações de caráter *prima facie* de definitividade, satisfeitas dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes, resolvidas, no caso de conflito, de dois modos alternativos que ocorrem na dimensão da validade ou com a introdução de uma cláusula de exceção que elimine o conflito ou com a declaração de invalidade de umas das regras, servindo, quando válidas, aplicáveis e infensas a exceções, de razões definitivas para os juízos de dever-ser.

As regras podem ser conceituadas como mandamentos definitivos. Então, trata-se das normas que podem ser cumpridas ou não, sendo realizadas por meio da lógica “tudo ou nada” (GORZONI, 2009).

Primeiro, Alexy (2017, p. 90) distingue princípios de regras numa perspectiva qualitativa. Para o autor, princípios são mandamentos de otimização, ou seja, são normas que devem ser realizadas na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes. Como são realizadas na maior medida possível, trata-se de uma satisfação em graus variados que não depende apenas das possibilidades fáticas, mas também das jurídicas, determinada pelos princípios e regras colidentes.

Já as regras são determinações que também são decididas dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes (ALEXY, 2017). Contudo, não são realizadas em graus, mas satisfeitas ou não satisfeitas. Assim, se a regra vale, deve-se cumprir o que ela determina, nem mais, nem menos.

Diante da distinção qualitativa (GORZONI, 2009), é racional que tanto a forma de embate quanto de solução de controvérsias entre regras e princípios também seja diferente. O ponto comum aos embates entre princípios, chamados de colisão, e aos embates entre regras, chamados de conflito, é o fato de que duas normas de mesma espécie, se isoladamente aplicadas, levariam a resultados inconciliáveis entre si, ou seja, a dois juízos concretos contraditórios.

Assim, conflitos entre regras devem ser solucionados de dois modos, quais sejam: com a introdução de uma cláusula de exceção que elimine o conflito; ou com a declaração de invalidade de umas das regras, excluindo-a do ordenamento jurídico. Já a colisão entre princípios é solucionada pelo sopesamento. Assim, não significa que o princípio será declarado inválido, mas sim que um princípio sob determinadas condições fáticas e jurídicas possui prevalência (ALEXY, 2015) sobre o outro (ALEXY, 2017).

Então, ainda conforme Alexy (2017), conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade; enquanto as colisões entre

princípios, visto que só princípios válidos colidem, ocorrem na dimensão do peso.

Ademais, importa demonstrar uma das principais características das normas jurídicas, que é seu caráter *prima facie* e como tal característica se aproxima da tese de Ávila (2016) sobre a imediatidade das normas. Quando Ávila defende que os princípios são normas imediatamente finalísticas e que as regras são imediatamente descritivas, ele em muito se aproxima de Alexy.

Alexy defende que tanto as regras com os princípios têm caráter *prima facie*. Contudo, tal caráter *prima facie* é distinto. Os princípios exigem que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes e, nesse sentido, trata-se de um caráter *prima facie* de otimização. Já as regras são determinações a ser cumpridas no âmbito das possibilidades fáticas e jurídicas existentes, todavia, como elas podem sofrer limitações pelas regras de exceção em razão das circunstâncias do caso, elas perdem seu caráter de definitivas. Então, as regras possuem um caráter *prima facie* de definitividade, não sendo esse absoluto, por causa da possibilidade da exceção (ALEXY, 2017, p. 103-106). Atenta-se que, uma vez eliminada a possibilidade da regra de exceção em decorrência do caso concreto, a regra terá caráter definitivo.

Outra importante distinção é a caracterização das regras e dos princípios como razões de naturezas distintas, sendo ambos razões para juízos de dever-ser. A diferenciação consiste na natureza de razões *prima facie* dos princípios, estabelecendo direitos *prima facie* que serão concretizados pela relação de preferência quando em colisão. Já as regras, quando válidas, aplicáveis e infensas a exceções, são razões definitivas. Assim, conforme afirma Alexy (2017, p. 103), caso “o juízo concreto de dever-ser tem como conteúdo a definição de que alguém tem determinado direito, então, esse direito é um direito definitivo”.

2.3. A distinção de Ávila

Na concepção do professor Humberto Ávila (2016), há alguns grandes critérios usualmente utilizados para distinguir

princípios das regras. Em primeiro lugar, há o critério de caráter hipotético-condicional. Tal corresponde à conhecida diferenciação que entende regras como normas veiculadas pela forma “se, então” e os princípios como indicativo do fundamento a ser utilizado pelo aplicador para encontrar a regra do caso particular.

Depois, há o critério do modo final de aplicação, que classifica como regra aquelas normas aplicadas por critérios de “tudo ou nada” e como princípios as normas passíveis de escalonamentos ou aplicação de mais ou menos, ou seja, de modo gradual. Em terceiro lugar, há o critério de relacionamento normativo, que se fundamenta na ideia de a antinomia entre as regras consubstanciar verdadeiro conflito, solucionável com a declaração de invalidade de uma das regras ou com a criação de uma exceção, ao passo que o relacionamento entre os princípios consiste num imbricamento, solucionável mediante a ponderação.

E o último critério seria o do fundamento axiológico, que considera princípios como fundamentos axiológicos para a decisão tomada. Desse ponto, parte-se para a definição proposta por Ávila e sua conceituação.

O professor da Universidade de São Paulo entende que os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção (ÁVILA, 2016, p. 102). Explica-se o conceito.

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, pois estabelecem um estado de coisas a ser atingido, ou seja, um fim a ser buscado mediante certo comportamento definido pelo aplicador do Direito. Trata-se de norma que prescreve um fim que será realizado a partir da conduta a ser definida.

Conceituam-se, então, como primariamente prospectivos os princípios, porque determinam um estado de coisas a ser atingido, demonstrando assim sua característica predominantemente direcionada a algo que será definido e valorado, que virá a acontecer.

A característica de ter pretensão de complementaridade e de parcialidade decorre do fato dos princípios abrangerem apenas parte das circunstâncias jurídicas na tomada de decisão. Não pretendem ser uma solução específica para o intérprete, mas contribuir, ao lado de outros princípios e suas consequentes razões, para a decisão racional.

E, por fim, os princípios são normas para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção. Trata-se de justificação exigida para sua aplicação, a qual possui um ônus argumentativo maior que a simples correspondência fática usualmente necessitada pelas regras. Tal justificação se deve pela característica finalística dos princípios. Há de se justificar o porquê de determinada conduta elegida pelo intérprete ser a melhor para alcançar o fim definido pelo princípio.

Em contrapartida, as regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos (ÁVILA, 2016). O fato da regra, no plano do dever ser, estar centrada na finalidade que lhe dá suporte significa que a regra sempre tem por finalidade a concretização de objetivos. Então, o jurista não deve aplicar a regra de forma que viole a própria finalidade jurídica que a sustenta e para que foi instituída.

Assim, as regras são imediatamente descritivas, pois determinam certa conduta ou comportamento já definido, mediante obrigações, permissões ou proibições. De outro giro, recorda-se: as regras indiretamente definem fins, que serão atingidos a partir da conduta prevista. Trata-se de norma que prescreve uma conduta para realizar certo fim.

Definem-se as regras como primariamente retrospectivas, visto que já determinaram como será atingida a finalidade pretendida. Ou seja, sua característica predominantemente vin-

culada a uma decisão passada de comportamento, já definida e valorada.

A pretensão de decidibilidade e abrangência das regras decorre da pretensão terminativa dessa espécie normativa. De outra forma, as regras visam a abranger todos os aspectos relevantes para a tomada de decisão, sendo uma solução específica e pronta para o caso concreto. Conceitua-se como pretensão, pois nem as regras tampouco os princípios assumem unicamente tal característica, podendo as regras, apesar de válidas, não ser a solução específica para o caso concreto ante alguma regra de exceção ou sua própria característica de derrotabilidade (defeasibility)⁵.

A aplicação das regras exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhe dá suporte ou nos princípios axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos. Isso se deve ao fato de que há maior determinação do comportamento em razão do caráter descritivo ou definitório do enunciado prescritivo. O aplicador deve avaliar se as circunstâncias fáticas do caso concreto correspondem à descrição normativa e à finalidade que a regra se propõe.

Nessa senda, como explica Ávila (2016, p. 96-99), o ônus argumentativo do aplicador, via de regra, é menor caso comparado com os princípios, visto que se trata de mera análise de correspondência. A exceção fica nos casos difíceis, onde a construção conceitual da descrição normativa não se enquadra à finalidade que lhe dá suporte ou for superável por outras razões não levadas em conta pela regra, o que torna o ônus argumentativo muito maior.

5 Não convém ao propósito do presente artigo se aprofundar neste tema, visto que as decisões analisadas não solucionam os casos como hipótese de derrotabilidade das regras, tratando como ponderações de princípios. Cf. BUSTAMANTE, 2010.

3. Consequente aplicação da regra

Muitos autores (NORONHA, 1992; TOURINHO FILHO, 2013) atribuem ao art. 563 do Código de Processo Penal a característica de ser a viga-mestra de todo o sistema de nulidade do processo penal pátrio, sendo a alma que propulsiona e justifica o reconhecimento da nulidade. Destarte, é o referido artigo pressuposto da nulidade, ou seja, a existência de prejuízo é antecedente necessário para a consequente invalidação de determinado ato atípico (ZACLIS, 2016).

Uma vez rapidamente analisada sua importância, deve-se enquadrar a referida norma que se extrai do dispositivo supracitado e enquadrá-la na classificação aqui revisada de normas jurídicas. Para tanto, faz-se mister citar o artigo em análise: “Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa”.

Começa-se por Dworkin (1967), que diferencia regras de princípios, principalmente, pelo seu critério de aplicação. Assim, questiona-se se a referida norma poderia ser aplicada em graus de peso, sendo mais aplicado em algumas situações que outras, sem jamais perder sua validade. O dispositivo não abre espaços para uma aplicação de maior ou menor grau, mas sim para uma aplicação baseada no tudo ou nada.

Entende-se que a própria aplicação do referido dispositivo na jurisprudência pátria não condiz com a de um princípio, conforme a diferenciação de Dworkin. Os tribunais superiores majoritariamente⁶ aplicam-no como uma regra, determinando que para a decretação de nulidade, independentemente se relativa ou absoluta, é necessária a existência do prejuízo. Então, aplica-se da forma “tudo ou nada”: caso haja prejuízo, haverá nulidade; caso não haja prejuízo, não haverá nulidade.

⁶ Nesse sentido: HC 81510, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 11/12/2001, DJ 12-04-2002; HC 69142, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 11/02/1992, DJ 10-04-1992; e HC 53.211/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 03/05/2007, DJ 21/05/2007, p. 617) e HC 97062, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 31/03/2009, DJe-075.

Resta claro que a distinção de Dworkin é mais frágil que as dos outros dois autores revisitados aqui e, conforme se vá aperfeiçoando a distinção, mais evidente fica o enquadramento do art. 563 do CPP na espécie normativa de regra.

Assim, partindo para a conceituação de Alexy (2015, 2017), recorda-se que os princípios são normas de mandamentos de otimização de caráter *prima facie*, realizáveis na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes, resolvidos, no caso de colisão, pelo sopesamento que ocorre na dimensão dos respectivos pesos, servindo de razões *prima facie* para os juízos de *dever-ser*. Já as regras são determinações de caráter *prima facie* de definitividade, satisfeitas dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes, resolvidas, no caso de conflito, de dois modos alternativos que ocorrem na dimensão da validade ou com a introdução de uma cláusula de exceção que elimine o conflito ou com a declaração de invalidade de umas das regras, servindo, quando válidas, aplicáveis e infensas a exceções, de razões definitivas para os juízos de *dever-ser*.

Enquadrando a respectiva norma, ela se aproxima muito mais de uma determinação de caráter *prima facie* de definitividade, visto que já exprime uma consequência jurídica, um *dever-ser* concreto, qual seja: se existir prejuízo para a parte, haverá nulidade do ato. De outro giro, em caso de conflito, não parece plausível (a despeito de existir jurisprudência nesse sentido) de se ponderar o prejuízo com um suposto princípio da verdade real, por exemplo.

Não se deveria admitir que o princípio do prejuízo fosse menos realizado, ou seja, que um ato atípico que tenha prejudicado a parte não seja considerado nulo, em razão de um princípio como o da verdade real ou da celeridade processual. Isso, pois não se trata de uma norma passível de ponderação, ou que necessite da ponderação para adquirir um caráter de *dever definitivo*. Trata-se, sim, de uma regra, que é satisfeita ou não, caracterizando razões definitivas para os juízos de *dever-ser*.

Lembra-se que, segundo Alexy, princípios apenas consistirão em razões definitivas depois de ponderados, visto que necessitam da ponderação para sair do abstrato e se tornar

razões concretas. Tal não acontece com a regra do prejuízo, que, por si só, já exprime razões definitivas para os juízos de dever-ser.

Sob a ótica do conceito de Ávila (2016), as regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.

Nessa conceituação, torna-se ainda mais claro a definição do prejuízo como regra, pois as regras são imediatamente descritivas, uma vez que determinam certa conduta ou comportamento já definido, mediante obrigações, permissões ou proibições. Trata-se visivelmente de uma conduta obrigatória já definida, qual seja: quando do ato atípico resultar prejuízo, será declarada sua nulidade.

A característica predominante do artigo em tela é vinculada a uma decisão passada de comportamento, que é o ato atípico que resulta prejuízo, tendo, assim, qualidade retrospectiva como as regras. Compreende-se, também, que a norma do prejuízo abrange aspectos relevantes para a tomada de decisão (a atipicidade que resulta em prejuízo para uma das partes), determinando uma consequência clara (a decretação da nulidade), o que a caracteriza como um exemplo de regra, por fim, sendo aplicada por subsunção.

4. Consequências

Uma vez enquadrado o art. 563 do CPP na espécie normativa regra, cumpre determinar as consequências da referida classificação e como, a partir do ponto de vista garantista, pode ser um instrumento para a segurança dos direitos e garantias, tanto do acusado como da sociedade em geral. Tal demonstração começa justamente com a impossibilidade de se ponderar a norma do prejuízo com outros princípios do ordenamento ju-

rídico como o princípio da celeridade processual, (o suposto) princípio da verdade real ou a instrumentalidade de formas.

Sendo regra o art. 563 do CPP, afastam-se decisões de entendimento contrário que, conforme identifica Daniel Zaclis (2016, p. 110-111), mesmo diante de flagrante desrespeito aos direitos fundamentais do acusado, simulam uma espécie de ponderação de princípios, onde se prevaleça o “princípios do prejuízo” para não se declarar a nulidade do ato violador da ampla defesa⁷. As regras, diga-se, não admitem ponderação⁸, sendo satisfeitas ou não satisfeitas.

No caso exemplificado, verificada a atipicidade e a consequente violação do princípio da ampla defesa, ocorre o prejuízo e, portanto, o ato é nulo e a regra é satisfeita. Não se deve relativizar a regra do prejuízo a partir de supostas ponderações, visto que tal solução é negada pelo próprio conceito das regras.

Ademais, também se nega aplicação à regra a partir da interpretação de que incumbe à parte demonstrar o efetivo prejuízo sofrido pela violação da forma como se a própria violação do devido processo legal não ocasionasse, por si só, um prejuízo. Ou seja, presume-se a ausência do prejuízo ante o não cumprimento da lei.

A forma é garantia, que visa a proteger os cidadãos contra eventuais abusos do poder do Estado. Conforme leciona Ferrajoli (2009), a garantia processual apta a conferir a satisfação e o controle de todas as outras é o desenvolvimento das atividades judiciárias segundo formas e procedimentos predeterminados pela lei. Essa é a garantia do acusado, do cidadão, de que a acusação e o magistrado se pautarão no devido processo legal para chegar à decisão judicial.

7 Apenas para exemplificação: STJ, HC 280.477/SP, Min Rel. Jorge Mussi, 5 Turma, j. 10.06.204.

8 Aqui, fala-se em ponderação como é feita no judiciário, no qual o magistrado, ao seu bel-prazer, entende por ponderar a norma retirada do art. 563 com o princípio da ampla defesa e, a partir daí, decide que no caso concreto o princípio da ampla defesa prevalece. Nesse sentido: o próprio HC, já mencionado, STJ, HC 280.477/SP, Min Rel. Jorge Mussi, 5 Turma, j. 10.06.2004. De outro giro, ressalta-se ser possível a ponderação de regras em casos onde, por exemplo, o tribunal constitucional refaz a ponderação que originou a regra criada pelo legislador, visto que aquele entende que não foram sopesados princípios que também deveriam incidir na colisão analisada pelo legislador. Nesse sentido no Supremo Tribunal Federal pátrio a ADI 855-2/DF e no Tribunal Federal Constitucional alemão o julgamento BVERFG 90, 145.

O que ocorre na jurisprudência é que se desrespeita a forma e entende-se pela presunção da ausência do prejuízo, devendo aquele que teve sua garantia violada demonstrar como foi prejudicado, a partir de um frágil juízo hipotético sobre “o que poderia ter ocorrido caso a lei fosse observada”. A violação da garantia do acusado e da sua expectativa no processo dado conforme regula a lei, repete-se, por si só já acarreta prejuízo, sendo contrário ao sistema garantista e democrático de processo penal a atribuição do ônus argumentativo à parte violada.

Assim, abre-se caminho para eventuais abusos de poder, onde a “ciência privada” do juiz toma o lugar do devido processo legal para fins de convencimento da culpa (FERRAJOLI, 2009, p. 497). E adverte-se que abusos já ocorrem no nosso ordenamento jurídico, onde flagrantes prejuízos a direitos e garantias são ignorados em razão da impossibilidade das partes em demonstrá-los.

Apenas como exemplo do exposto, cita-se o HC nº 113.837/RS⁹, no qual não se declarou a nulidade da audiência judicial ante a ausência da presença do acusado preso. A justificativa da decisão foi de que o defensor do acusado, no caso concreto a Defensoria Pública, foi notificado da data da audiência e não pediu que o acusado estivesse presente – o que não se trata de faculdade do Estado de conceder ou não à parte a possibilidade de estar presente na audiência, mas sim de dever. Ademais, o defensor do acusado também não esteve presente, tendo de ser nomeado defensor dativo e o magistrado, no caso concreto, entendeu que a mera presença do defensor dativo na audiência garantiria o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa. O outro argumento do magistrado foi o de que a parte não logrou demonstrar o efetivo prejuízo sofrido.

Bem observa Daniel Zaclis (2016, p. 125), ao afirmar que há equívoco no processo decisório, qual seja: o acusado, preso, não comparece à audiência designada pelo juízo, porque o Esta-

⁹ HC 113.837/RS, Rel. Min^a Rosa Weber, 1^a turma, J. 19.03.2013. Observa-se que ocorre, no caso, inclusive uma confusão de conceitos, justificando uma violação de direitos e garantias da parte, por intermédio de uma exceção, o art. 217 do Código de Processo Penal, sendo que não foi este o caso da referida audiência, tampouco seria caso de aplicação do artigo citado.

do não dispõe de meios para conduzi-lo até o local; a audiência é realizada, mesmo sem a sua presença e a de seu defensor; ao se suscitar o vício, o magistrado afirma ser uma hipótese de nulidade relativa, exigindo da defesa, que não teve responsabilidade pelo defeito processual, a demonstração do prejuízo gerado. Trata-se, em verdade, de uma dinâmica que desrespeita princípios basilares da nossa Constituição.

É notória a possibilidade de abusos do judiciário decorrentes do ônus probatório da parte em provar o efetivo prejuízo, abuso concreto no caso em análise, pois houve uma violação do direito do contraditório, da ampla defesa, e da própria forma legal. Mesmo assim, cobra-se uma demonstração do efetivo prejuízo sofrido que devera ser feita por... provas hipotéticas? Ou por um juízo do que aconteceria se o acusado estivesse presente, quais perguntas ele teria feito, as possíveis respostas da testemunha e de como essa situação influenciaria na decisão sobre a culpa?

Conforme Jorge Coutinho Paschoal (2014, p. 367) questiona, se a condenação, em si, não é um prejuízo, o que constituiria um prejuízo?

Ele mesmo completa, conforme crítica de Aduino Suannes (1999, p. 312, apud PASCHOAL, 2014):

[...] mais uma vez se repete um velho chavão: o processo em si (e a demora na decisão da causa) não representa prejuízo para o réu; a condenação não representa prejuízo para o réu; o cumprimento da pena não representa prejuízo para o réu. Que se haverá de entender então, como prejuízo? Assim, de discurso em discurso, encerra-se o julgamento[...].

A interpretação que se propõe da referida norma é a da presunção do prejuízo ante a violação da forma, cabendo ao magistrado, caso entenda que não houve prejuízo, argumentar por que o não cumprimento da forma não prejudicou a parte. Assim, o ônus argumentativo de demonstrar que não ocorreu prejuízo é do julgador, e a regra é a de que o não cumprimento da lei prejudica as partes.

Assim, a parte não precisa comprovar nada, não tendo ônus de demonstrar o prejuízo, visto que do vício já se presume

um prejuízo. É o magistrado quem tem o ônus argumentativo de demonstrar que o prejuízo, efetivamente, inexistiu. Atribuir esse ônus à parte, sobretudo ao acusado, é inverter a lógica das coisas, como se pouco importasse a função da norma e o seu desrespeito (PASCHOAL, 2014, p. 534).

Ressalta-se que se há forma prevista em lei, a qual foi desrespeitada, o razoável é que tal atipicidade gere prejuízo (ZACLIS, 2016). Além de que a atipicidade, geralmente, também prejudicará a finalidade do ato, da forma prevista (BADARÓ, 2012). Fala-se “geralmente”, porque, como se trata de regra, ela pode ter exceções, conforme os conceitos aqui apresentados.

5. Conclusão

Uma correta identificação da espécie normativa do art. 563 do Código de Processo Penal pode auxiliar numa maior compreensão da aplicação da norma. Além disso, também se visa a afastar decisões jurisdicionais que aplicam de forma imprópria o referido dispositivo.

De outro giro, faz-se mister outra interpretação da regra do prejuízo para garantir direitos das partes, os quais vêm sendo violados pela interpretação jurisprudencial atual que se faz da regra do prejuízo. Assim, deve-se entender que a atipicidade formal gera uma presunção de prejuízo, cabendo ao magistrado o ônus argumentativo de afastar tal presunção, caso entenda que o ato atípico não prejudicou as partes.

6. Referências

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.p. 131-154.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 215, p. 151-179, 1999

_____. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2016

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

BUSTAMANTE, Thomas. Princípios, regras e conflitos normativos: uma nota sobre a superabilidade das regras jurídicas e as decisões *contra legem*. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 37, p. 152-180, jul./dez. 2010. Disponível em: <<http://direitoestadoosociedade.jur.puc-rio.br/media/Artigo7%20Thomas.pdf>>.

CRISTOVAM, José Sérgio da Silva. Sobre o neoconstitucionalismo e a teoria dos princípios constitucionais. **Revista da Esmesc**, Santa Catarina, v. 19, n. 25, 2012.

DWORKIN, Ronald M. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

_____. The model of rules. **University of Chicago Law Review**, Chicago, v. 35, n. 1, p. 14-46, 1967. Disponível em: <<http://chicagounbound.uchicago.edu/uclev/vol35/iss1/3/>>. Acesso em: 27 jun. 2017.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón: Teoría del garantismo penal**. 9. ed. Madrid: Trotta, 2009.

GORZONI, Paula. Entre o princípio e a regra. **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, n. 85, 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002009000300013>. Acesso em: 10 jul. 2017.

GUEDES, Néviton. A importância de Dworkin para a teoria dos princípios. **Revista Consultor Jurídico**, 5 nov. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-nov-05/constituicao-poder-ronald-dworkin-teoria-principios>>. Acesso em: 11 jul. 2017.

NORONHA, Edgard Magalhães. **Curso de direito processual penal**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

PASCHOAL, Jorge Coutinho. **O prejuízo e as nulidades processuais penais**: um estudo à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, n. 1, p. 607-630, 2003.

SANDEL, Michael J. **Justiça**: o que é fazer a coisa certa. 6. Ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2012.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

ZACLIS, Daniel. **As nulidades no processo penal**: estudo crítico sobre a aplicação da regra do prejuízo. Rio de Janeiro: GZ, 2016.

A NOVA PERCEPÇÃO DO AMBIENTE E A DIVERSIDADE CULTURAL COMO INSURGÊNCIAS AO PARADIGMA MODERNO

Maiara dos Santos Noronha ¹
Raquel Fabiana Lopes Sparemberger ²

- 1 Mestranda em Direito e Justiça Social na Universidade Federal do Rio Grande (FURG). Graduada em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande com período de estudos na Universidade de Coimbra-Portugal. E-mail: <maiaranoronha@hotmail.com>.
- 2 Pós-doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Mestre em Direito pela UFPR. Possui Graduação em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (1995). Professora Adjunta da Universidade Federal do Rio Grande (FURG). Professora do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Federal do Rio Grande (FURG). Professora dos cursos de graduação e do Programa de Mestrado em Direito da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP/RS). 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 convidada na FURB - Blumenau. Professora pesquisadora do CNPq e FAPERGS. Professora participante do Grupo de Pesquisa em Antropologia Jurídica (GPAJU) da UFSC. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Tutelas à efetivação dos direitos indisponíveis, Linha Tutelas à efetivação de Direitos Públicos Incondicionados. Responsável pelo Grupo de Estudos da FURG sobre Imigração (IMIGRACIDADANIA). Advogada do escritório de advocacia Luciane Dias Sociedade de Advogados - Pelotas/RS. E-mail: <fabiana7778@hotmail.com>.

Resumo

Uma transformação profunda na maneira de pensar, agir e de se relacionar no mundo ocorreu com a mudança do paradigma newtoniano-cartesiano para a visão de mundo sistêmica. O modelo dissociativo e fragmentário que se perpetuou na história trouxeram consigo uma série de atrocidades que abalaram em demasia as relações sociais, ocasionando a exclusão, marginalização e hierarquização. Com o intuito de integrar a sociedade e “humanizá-la”, a percepção do ambiente como uma rede de relações interdependentes e complexas, que dialogam e interagem, proporcionou a compreensão da importância que cada elemento possui para a manutenção e preservação do “todo”. O esgotamento de uma forma de pensar enigmática, centralizadora e autoafirmativa, e a conseqüente ascensão de uma visão que considera todos os processos cíclicos do ambiente, que reconhece a diversidade e as diferenças e promova a interação como potencial instrumento de enriquecimento cultural, demonstra o quão necessário tornou-se a construção de uma consciência social que resgate os valores fundantes da sociedade e que reflitam realmente a realidade próxima. Desvelar um discurso imposto e edificar uma nova forma de compreensão que aproxime em vez de afastar representa caminhar rumo à concretização da justiça social.

Palavras-chave: Ambiente. Complexidade. Diferença. Mudança de Paradigma.

Abstract

A profound transformation in the way of thinking, acting and relating in the world occurred with the change from the Newtonian-Cartesian paradigm to the systemic worldview. The dissociative and fragmentary model that has perpetuated itself in history has brought with it a series of atrocities that have shaken the social relations too much, leading to exclusion, marginalization and hierarchy. In order to integrate and “humanize” society, the perception of the environment as a network of interdependent and complex relationships, which interact and interact, has provided an understanding of the importance each element has for the maintenance and preservation of the “whole”. The exhaustion of an enigmatic, centralizing, self-affirming way of thinking, and the consequent rise of a view that considers all cyclical processes of the environment, which recognizes diversity and differences and fosters interaction as a potential instrument of cultural enrichment, demonstrates How necessary has become the building of a social consciousness that will rescue the founding values of society and which will actually reflect the near reality. To unveil a imposed discourse and to build a new form of understanding that approaches rather than eliminates represents a path towards the realization of social justice.

Keywords: Environment. Complexity. Difference. Paradigm shift.

1. Introdução

O século XX representou a consolidação do paradigma sistêmico como insurgência à crise do modelo científico-cartesiano que perdurou durante anos e modelou a forma de compreender e agir no mundo. A mudança do modelo de pensamento e de percepção do ambiente tornou-se um processo necessário, tendo em vista que o paradigma imposto, além de não corresponder à realidade, produziu consequências perversas para a sociedade e afetou em demasia as relações sociais.

O desenvolvimento científico, que fora alicerçado no egocentrismo, enquanto elemento que promove a separação e a individualização, teve como resultados a fragmentação epistemológica, as guerras e a marginalização do humano a partir de uma visão antropocêntrica autoafirmativa. Por isso, buscando proporcionar a aproximação e a interação, o paradigma sistêmico, com um olhar complexo e “translógico”, representou uma mudança radical na forma de percepção do mundo, ressaltando uma série de valores que potencializam relações sociais harmônicas e solidárias.

A diversidade cultural representa uma série de particulares e diferenças que integram o ambiente social. O reconhecimento e a compreensão da complexidade dessas interações são caminhos para a construção de uma consciência social “humanizada”, voltada para a reciprocidade, o respeito e a “outredade”³. Esse processo de desvelamento, aberto a novas possibilidades, rompe com a lógica hierarquizante e hegemônica voltada à unificação, expoente do modelo metafísico e racional moderno.

A contextualização e a abordagem de alguns conceitos-chaves, como paradigma, ambiente, outredade e diversidade cultural, torna-se necessária para se alcançar o propósito deste estudo. A metodologia empregada se baseia no método indutivo, em uma perspectiva de pesquisa de análise bibliográfica,

na qual foram feitas leituras de doutrinas e de documentos de caráter histórico e científico, contendo relação temática com os assuntos abordados.

2. A modernidade e a mudança de paradigma do século XX

A exigência por uma nova percepção da realidade torna-se necessária quando o modelo de compreensão existente e até então vigente deixa de responder e de corresponder à realidade social e, principalmente, aos problemas que dele emergem. Uma das principais barreiras para esse processo, que se funda na forma de pensamento e, portanto, tem como protagonista o sujeito, é a pré-compreensão instaurada no consciente e inconsciente, e que insiste em reduzir e neutralizar o processo de percepção. A ideia de reconhecimento, desse modo, acaba por dificultar a aproximação de fatores e de elementos essenciais no processo de percepção, impondo-se como obstáculo ao alcance de uma noção mais profunda e próxima da realidade sob a ótica da complexidade.

A insurgência da perspectiva sistêmica, consolidada no século XX, teve como cenário constitutivo um longo processo de transformação social que parte da crise do modelo preponderante de pensamento que até então dava aos indivíduos uma ancoragem estável no mundo, mas que aos poucos começou a apresentar uma série de falhas e equívocos. Segundo Roberto Crema (1989, p. 18-19), a mudança de paradigma⁴ ocorre quando despertamos nossa consciência da anomalia, sendo ela geralmente precedida por uma “crise com dimensão instrutiva”, ou seja, com uma oportunidade de evolução, crescimento e aprendizagem, e que acaba por orientar a cosmovisão.⁵

3 Outredade, na concepção freiriana, representa um “assumir-se como sujeito porque capaz de reconhecer-se como objeto. A assunção de nós mesmos não significa a exclusão dos outros. É a ‘outredade’ do ‘não eu’, ou do tu, que me faz assumir a radicalidade de meu eu” (FREIRE, 1996, p. 19).

4 Thomas Khun (1962) define paradigmas (termo que vem do grego *parádeigma*) como realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante um período de tempo, forneceram problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes da ciência.

5 Cosmovisão, segundo Roberto Crema (1989, p. 17), é uma visão/concepção de mundo e a atitude diante dele.

Primeiramente, cabe destacar que o pensamento sistêmico esteve presente em diversas áreas do conhecimento de modo simultâneo, em movimentos contrários à fragmentação e à alienação da natureza humana. De acordo com Frijof Capra (1982), destacam-se a proposta da física moderna com Einstein, em 1905, com a Teoria da Relatividade e da Radiação Eletromagnética, na qual o universo passou a ser observado com um todo, indiviso e ininterrupto, e o mundo considerado em termos de movimento e processos de mudança, bem como com os biólogos, com as teorias que abordaram a concepção dos organismos vivos como totalidades integradas e, posteriormente, com a psicologia da Gestalt e a ciência da ecologia.

Capra (1999, p. 23-37) menciona os avanços trazidos pela filosofia aristotélica e pela teologia cristã no período medieval, com a ideia de universo orgânico vivo e espiritual, assim como os retrocessos do século XVI e XVII com a noção de mundo como uma máquina oriunda da Revolução Científica associada a Galileu, Copérnico, Descartes e Newton, a qual acabou por instaurar o paradigma científico-mecanicista que perdurou por um longo período da história, mas que devido as suas imperfeições foi deteriorando-se até dar margem ao surgimento de um novo modelo, denominado de sistêmico.

O movimento romântico na arte, na literatura e na filosofia no final do século XVIII e no século XIX, com Goethe, William Blake e Kant, contribuiu para que o horizonte da natureza com forma orgânica fosse recuperado. Conforme esclarece Capra (1999, p. 28), os ecologistas tiveram grande avanço ao introduzir a concepção de sistemas vivos como redes, esclarecendo que não há hierarquia na natureza, há redes alinhadas dentro de outras redes, sendo a percepção de todas elas constitutiva de ecossistemas e, também, da própria natureza da vida.

Assim, o esgotamento do paradigma científico-mecanicista e a consequente ascensão do modelo sistêmico representaram um processo marcado por evoluções e retrocessos, que aos poucos foi provocando mudanças estruturais e deslocando os seguimentos centrais das sociedades modernas. Esse processo tornou-se necessário, principalmente quando a concepção mo-

derna de mundo racionalista, mecanicista e reducionista, que rompeu com simbiose religião-ciência, começou a ocasionar uma série de consequências, contradições insuperáveis, desordens e incertezas por ela mesma detectadas, resultantes do extremismo da fragmentação. De acordo com Araújo e Silva (2007, p. 142), o homem:

[...] deve assimilar novos valores que lhe propicie condições de desenvolver uma nova percepção sobre o mundo. De uma visão obsoleta e inadequada sobre a realidade, devemos partir para a construção de um outro mundo, mais saudável em termos ecológicos, o que significa mudança no modo de pensar a relação homem/natureza. [...] Essa mudança paradigmática deve atingir todas as áreas do conhecimento, num esforço interdisciplinar, permitindo a reconciliação do homem com a natureza.

O enfraquecimento da cosmovisão escolástica aristotélica-tomista dominante na Idade Média – que mesclava fé e razão, e que fora fortemente abalada pela Renascença e logo após pelo Iluminismo enquanto movimento cultural-filosófico, chegando literalmente ao seu rompimento, no século XVI e XVII – foi um dos fatores que corroboraram para a ascensão da Revolução Científica. O novo período histórico nascente, desvinculando o profano do sagrado, priorizou a liberdade de pensamento e a razão como bandeira do progresso e valor fundamental.

A ciência moderna teve como alicerces o método hipotético-dedutivo de Galileu, empírico-indutivo de Bacon, o raciocínio analítico-dedutivo de Descartes e a física clássica de Newton, com sua tendência à quantificação, à previsibilidade e ao controle. Foi nesse contexto que o mundo passou a ser percebido como uma máquina grandiosa, sendo a compreensão das máquinas requisito prévio e indispensável para compreensão do ser humano pelos filósofos (CREMA, 1989, p. 22).

Desde o século XVII, o pensamento ocidental é condicionado hegemonicamente pelo paradigma cartesiano. Trata-se de um condicionamento antigo, que foi aperfeiçoado por Aristóteles (384-322 a.C.), sobretudo com o princípio do terceiro excluído (entre duas proposições contrárias, apenas uma pode ser verdadeira), e com o princípio da iden-

tidade (A=A e A#B); e consolidado com as ideias de René Descartes (1596-1650), com a proposição da divisão do objeto em partes e o exame de cada uma delas, para então se buscar a síntese final; e com as ideias de Isaac Newton (1642-1726), para quem a incumbência da ciência consistia em procurar leis universais, que estabelecessem relações claras de causa e efeito. (HAMMERSCHMIDT; SANTOS, 2012, p. 562-563).

Assim, o paradigma newtoniano-cartesiano, resultante da síntese que fez Newton da matematização de Galileu, do empirismo baconiano e da consolidação do método racional e dedutivo de Descartes, chamada por ele de física mecânica, influenciou todos os campos do conhecimento científico e por muitos anos foi identificado como a própria ciência. Sua diretriz fundante partia da premissa de que para se conhecer o todo é preciso fragmentá-lo em seus elementos, de modo que seja proporcionado o estudo de cada um deles separadamente (dividir para conhecer). Sendo assim, o entrelaçamento das partes formaria o todo, semelhante com o que ocorre com uma máquina. A razão passa a ser encarada como uma “nova religião”, principalmente quando observada a partir do panorama histórico-social da época.

Diversos foram os fatores que originaram o esgotamento desse modelo paradigmático dissociativo⁶ que tanto modelou as atitudes perante o ser humano e o mundo. Problemas como a destruição dos ecossistemas, a exclusão de seres humanos e, conseqüentemente, o surgimento de conflitos e guerras infundáveis, a falência da ética e o fenecimento do Ocidente foram alguns dos resultados desse período, mas também foram elementos condicionantes para o despertar de mecanismos intrínsecos que trouxeram à tona as ameaças desse modelo e, conseqüentemente, da necessidade de busca por um novo paradigma. A partir desse panorama, a visão sistêmica é erigida.

⁶ Cabe destacar que um dos benefícios trazidos pela Idade Moderna foi a diferenciação, que é o reconhecimento da existência de mais uma forma. Todavia, o que foi observado, principalmente em momentos sombrios, é que essa diferenciação foi corrompida e perverteu-se em dissociação, a qual acabou por legitimar uma série de atrocidades vivenciadas pela humanidade a partir da delimitação de fronteiras.

Se propuso así un cambio de paradigma epistemológico y societario, del paradigma mecanicista al paradigma ecológico, que si bien contraponía al fraccionamiento de las ciencias la visión holística de un mundo entendido como un sistema de interrelaciones, interdependencias y retroalimentaciones, abriendo el conocimiento hacia la novedad y la emergencia, al caos y a la incertidumbre, la conciencia y la creatividad, no renunció a su pulsión totalizadora y objetivante del mundo. Se generó así un nuevo centralismo teórico, que si empezaba a enfrentar el logocentrismo de las ciencias, no ha penetrado el cerco de poder del pensamiento unidimensional asentado en la ley unitaria y globalizante del mercado. La ecología se fue haciendo política y la política se fue ecologizando, pero a fuerza de abrir la totalidad sistémica fuera de la naturaleza, hacia el orden simbólico y cultural, hacia el terreno de la ética y de la justicia. (BORRERO, 2002, p. 23).

Tendo em vista que o desenvolvimento científico teve como suporte o ego/egocentrismo, que do ponto de vista psíquico seria um elemento básico e pessoal de separatividade, uma das preocupações predominantes da nova compreensão de mundo foi proporcionar a aproximação dos aspectos até então isolados no processo de percepção. Ao encontro dessa perspectiva, Pierre Weill (1990, p. 31) destaca que “o individualismo, o egoísmo em sua forma velada, o reducionismo tecnológico, que resultam na crise da fragmentação epistemológica, na violência e nas guerras, são a um só tempo entraves enormes e sinais de alarme que apontam para a urgência de uma mudança radical”.

Assim, como uma nova visão “translógica”, que transcende a percepção do ego, atribuindo-lhe uma dimensão de solidariedade e fraternidade, o paradigma sistêmico, influenciado pelo salto quântico da física moderna e pelo modelo holográfico,⁷ buscou uma nova forma de ver o mundo a partir dos horizontes da complexidade. A complexidade, nesse contexto, é designada por Maria Vasconcellos (2002, p. 147) como um pensamento sistêmico novo-paradigmático, que pode ser refletivo em três

⁷ Os físicos da época, influenciados principalmente pela nova física Bootstrap, afirmavam que o universo não passava de um holograma, como um modelo multidimensional da consciência e da realidade, no qual o tempo e o espaço são tridimensionais, a nova abordagem do mundo era a de inter-relacionamento do todo, não passível de fragmentação.

pressupostos epistemológicos: da complexidade em todos os níveis da natureza; da instabilidade do mundo, em processo de tornar-se; e na crença da intersubjetividade como condição de construção do conhecimento do mundo.

Adentrando o campo da complexidade, segundo Enrique Leff (2009, p. 19), não se estaria diante tão somente de um pensamento complexo em relação a um objeto complexo, mas de um pensamento capaz de exceder a relação de conhecimento, muito além de uma ontologia do ser e de uma epistemologia, aberto para um saber da vida e uma ética da outredade.

Se a ciência tem perdido suas certezas e suas capacidades preditivas, se se tem derrubado a possibilidade de construir um mundo planejado centralmente sobre as bases de uma racionalidade científica e uma racionalização dos processos sociais, então a educação não apenas deve preparar as novas gerações para aceitar a incerteza do desastre ecológico e para gerar capacidades de resposta ao imprevisto; também deve preparar novas mentalidades capazes de compreender as complexas inter-relações entre os processos objetivos e subjetivos que constituem seus mundos de vida, a fim de gerar habilidades inovadoras para a construção do inédito. Trata-se de uma educação que permite se preparar para a construção de uma nova racionalidade; não para uma cultura de desesperança e alienação, pelo contrário, para um processo de emancipação que permita novas formas de reapropriação do mundo e de convivência com os outros. (LEFF, 2009, p. 20-21).

Portanto, todo esse panorama histórico-social, “na realidade, busca aceitar uma mudança periódica de paradigma, uma transformação na maneira de pensar, de se relacionar e de agir para investigar e integrar novas perspectivas” (BEHRENS, 2006, p. 21). Essas novas perspectivas – que em grande parte visam a construir/reconstruir a maneira de ver o mundo, de se ver e ver o outro como integrantes dele como um todo, e que, conseqüentemente, moldam o comportamento social a partir de premissas como reconhecimento, abrangência e aproximação, sob a ótica da solidariedade e da fraternidade – representam a busca por meios que permitam promover substancialmente a justiça social a partir de valores tidos como fundantes da so-

cidade, de modo que atrocidades como as perpetradas sob o resguardo e a influência do modelo paradigmático dissociativo newtoniano-cartesiano jamais se repitam. Segundo Capra (1999, p. 19), “todos os seres vivos são membros de comunidades ecológicas ligadas umas às outras numa rede de interdependências. Quando essa percepção ecológica profunda torna-se parte de nossa consciência cotidiana, emerge um sistema de ética radicalmente novo”.

Desse modo, o esgotamento de um modelo enigmático que perdurou por um longo período na história moldando o imaginário social voltado à fragmentação, fez surgir a necessidade de mudanças profundas de compreensão que, sob a perspectiva da interdependência dos elementos que compõe a realidade, provocou uma nova forma de perceber o ambiente e tudo que o integra. Assim, o paradigma sistêmico, como uma forma complexa de pensamento que considera todos os processos cíclicos do ambiente, distante da concepção centralizadora, antropocêntrica e autoafirmativa hierárquica do ser humano, observa o mundo como uma rede de fenômenos que considera às questões mais profundas no relacionamento entre os seres (o eu e o outro) e possibilita delimitar uma série de valores, de ordem ecocêntrica, como inerentes à todos.

3. O ambiente e a diversidade cultural: a “outredade” e os direitos fundamentais

O reconhecimento da existência de diversas culturas que convivem no mesmo ambiente adentra ao campo da complexidade e, com um olhar sistêmico, possibilita compreendê-lo como constituído e influenciado pelas particularidades de cada expressão identitária individual e/ou coletiva considerada.⁸

⁸ Segundo Manuel Castells (1999, p. 22-23), a identidade, entendida como a “fonte de significação e experiência de um povo”, pode ser construída a partir da internalização de significados e, por isso, ser individual, ou ainda, coletiva, e para isso, valer-se da matéria-prima fornecida pela história e pela memória social.

As diferenças são desveladas⁹ a partir de um processo aberto a novas possibilidades que vai à contramão das perspectivas unificadoras, hierarquizantes e hegemônicas. Estar-se-á talvez diante de um postulado utópico. Todavia, o construir de uma consciência social voltada à interação entre culturas a partir da reciprocidade, “outredade” e do respeito à diferença, parece caminhar em direção a “humanização” das relações sociais, bem como proporcionar o enriquecimento e o desenvolvimento saudável e harmonioso de todos os envolvidos.

O paradigma cultural contemporâneo tem provocado uma série de transformações na forma de pensar, agir e compreender as relações sociais, demonstrando o quão fundamental é promover o diálogo entre culturas e saberes. Para isso, sob as bases do interculturalismo, indispensável se faz a consolidação de uma consciência social capaz de compreender que o ambiente é constituído pelas interações promovidas entre o “eu” e o “outro”, e, portanto, esse “outro” assume uma papel fundamental no desenvolvimento do “eu”. Assim sendo, há, em certa medida, uma interdependência entre todos os elementos que formam o todo, de modo que a sua existência, sua manutenção e, principalmente, sua evolução dependem da maneira como ele é percebido e compreendido.

Segundo Humberto Maturana e Francisco Varela (2005), a crise ambiental é mais facilmente visualizada quando as consequências éticas do pensamento ocidental tornam-se óbvias e devastadoras, principalmente após o advento da globalização, quando fica evidenciado que essa estrutura cognitiva constitui o fundamento da mentalidade predatória que só vê o mundo como recurso a ser explorado pelo homem em busca de benefícios. Vivencia-se um período de decadência do universo que designamos como “social”, tendo em vista que os ditames contemporâneos vão na direção da ruptura dos laços sociais e da consequente ascensão do individualismo.

⁹ Desvelar no sentido de que o pensar depende da revelação daquilo que antes se mantinha velado. Nas palavras de Heidegger (2008, p. 72), “[...] cada ente não se desvela senão por sobre o fundamento de uma compreensão prévia pré-conceitual, embora não ciente, daquilo que esse ente respectivo é e como ele é. Toda interpretação ôntica move-se no solo de uma ontologia, solo esse de imediato e na maioria das vezes oculto”.

Portanto, é igualmente nossa capacidade de criar, de transformar e de destruir nossas vidas e nosso meio ambiente que nos obriga a voltar nosso olhar, fixado por tanto tempo na natureza e nos instrumentos que nos permitiram conquistá-la, para nós mesmos. Esta consciência de nós mesmos só pode ser a consciência de nossa existência comum, de nossa interdependência e, portanto, da necessidade de reconhecer no outro não apenas aquele que está em relação com a mesma modernidade com que eu estou relacionado, mas aquele cuja história não está totalmente separada de minha própria história. (TOURAINÉ, 2011, p. 211).

A crise vivenciada nos dias de hoje parece resgatar e retroceder até a separação realizada por Platão séculos atrás entre o mundo sensível e o mundo das ideias, que acabou por inaugurar uma lógica de pensamento desenvolvida no Renascimento e, posteriormente, por Descartes e Newton, e que resultou no paradigma newtoniano-cartesiano como uma maneira de pensar e compreender o mundo de forma limitada. Na visão de Arendt (2010, p. 405-406), uma vez que os cientistas

agem na natureza do ponto de vista do universo e não na teia de relações humanas, carecem do caráter revelador da ação e da capacidade de produzir histórias e tornar-se história, caráter e capacidade que constituem juntos a própria fonte da qual brota a significância que ilumina a existência humana.

O reconhecimento da diversidade cultural, mesmo sendo parte do processo de edificação de uma consciência social intercultural, por si só não promove transformações emancipadoras, pois necessário se faz a internalização da compreensão das diferenças, para que, posteriormente, esse reconhecimento possa ser externalizado em comportamentos que confirmem a percepção do papel fundamental do “outro” no cenário social. Segundo Enrique Leff (2003, p. 5),

La diferencia es siempre una diferencia radical; está fundada en una raíz cuyo proceso y destino es diversificarse, ramificarse, redificarse. El pensamiento de la diferencia es el proyecto de desconstrucción del pensamiento unitario, aquel que busca acomodar la diversidad a la universalidad y someter lo heterogéneo a la medida de un equivalente

universal, cerrar el círculo de las ciencias en una unidad del conocimiento, reducir las variedades ontológicas a sus homologías estructurales y encasillar las ideas dentro de un pensamiento único.

Assim, é o processo de legitimação das diferentes visões culturais existentes em determinado contexto comunitário que auferem valor¹⁰, espaço e influência social a essas manifestações identitárias, principalmente quando diante da saturação de um pensamento metafísico e racional moderno marcado pela homogeneização forçada da vida. O encontro com a "outredade" surge em contraposição à imposição de uma identidade hegemônica, de uma igualdade desigual, que promove afastamento e exclusão, de modo que hoje já permite-se pensar que "las luchas por la diferencia cultural, las identidades étnicas y las autonomías locales sobre el territorio y los recursos están contribuyendo a definir la agenda de los conflictos ambientales más allá del campo económico y ecológico", reivindicando as "formas étnicas de alteridad comprometidas con la justicia social y la igualdad en la diferencia" (ESCOBAR, 2000, p. 126).

Essa nova visão social reivindica os direitos do próprio ser humano em relação a sua realidade natural e cultural, que incluem os valores intrínsecos do ambiente, como também o direito fundamental à diferença cultural. Sob uma perspectiva mais profunda e reflexiva, uma interpretação intercultural dos direitos humanos representa promover uma aproximação dialética entre todos os povos, de modo que as relações sociais ocorram de forma harmônica e solidária, não mediante a imposição de uma orientação ocidental unificada. Assim, os direitos humanos podem ser compreendidos como um conjunto de valores que visam ao respeito e à concretização das mais diversas condições de vida, proporcionando a todos os seres desenvolver-se com qualidade, dignidade e consciência (KROHLING, 2009).

A construção de uma sociedade mais digna e que promova justiça social, deve ter como bandeira o reconhecimento/a efetivação dos direitos humanos e fundamentais, não sob a ótica da

linearidade, mas sim por meio de uma perspectiva transdisciplinar, intercultural e histórica dialética que possibilite a satisfação das necessidades materiais e espirituais de todos. Não se trata de negar a igualdade, mas sim de evidenciar a diferença; "não se está mais diante do direito de ser como os outros, mas de ser outro" (TOURAINÉ, 2011, p. 171).

Desse modo, indispensável se faz abrir-se a um "novo" mundo que permita a sedimentação dos direitos humanos a partir de seus princípios intrínsecos, não em correntes filosóficas jusnaturalistas e positivistas. Segundo Alejandro Rosillo Martínez (2015), fundamentar direitos humanos é dar razão a sua existência, é validar e legitimar a partir da argumentação, como uma forma de conexão entre a sua necessidade e sua regulamentação. Uma possibilidade, segundo o autor, seria encontrada a partir de uma filosofia da libertação, que estabeleça como princípios a alteridade, como a ética do outro, a práxis da libertação e a produção da vida.

A luta por direitos humanos como ferramenta para a construção de uma consciência social da diferença precisa assumir uma dialética de enfrentamento associada a movimentos sociais e a realidades locais. Seu alicerce não pode ser uma visão eurocêntrica antropocentrista, que não canalizou valores como os preceituados desde a Antiguidade por Aristóteles e, por isso, repercutiu em uma positivação vazia, como um conhecimento isolado, estanque, suportado por um discurso lógico frágil de fundamentação e integridade, fechado à interdisciplinaridade.

Conforme esclarece Leopoldo Zea (2005), necessário se faz produzir um discurso "antropofilosófico", ou seja, que inverta o eurocentrismo cultural predominante nos países periféricos e promova um autorreconhecimento nessas localidades. Para tanto, indispensável imergir os modelos europeus como verdades universais e emergir uma apologia da alteridade, que traga ao cenário central os bárbaros e marginalizados, até então alheios ao *logos* dos dominantes, distantes ao pensamento de quem define o que se conhece. A tomada de consciência, dessa maneira, parte da premissa que a barbárie está em querer ser

¹⁰ Emprega-se a expressão valor no sentido figurado, enquanto importância dada a quem se tem estima, afeto, apreço e consideração.

como o outro e não reconhecer a existência de uma identidade própria enquanto expressão local.

Portanto, resta claro que “as verdades metafísicas e racionais [...] não conseguem mais responder inteiramente às inquietações da modernidade” (WOLKMER, 2000, p. 24). Ademais, foram elas as responsáveis pela exclusão, pela separação e pela fragmentação que assombram até os dias de hoje as relações sociais, principalmente nos países dominados/marginalizados por um *logos* imposto, por uma forma de pensar hegemônica e eurocêntrica. Por isso, é necessário transformar criticamente o passado e produzir no presente e no futuro um discurso próprio, um discurso da “outredade”, que reconheça a realidade intercultural, plural, e que veja no “outro” possibilidades de interação e crescimento. Compreender que o ambiente é resultado das influências promovidas por todos e que, portanto, precisam trilhar um caminho harmônico a partir do respeito às diferenças representa acreditar nos “valores” que regem ou devem reger o ser humano através da “humanização” das relações sociais.

4. Conclusão

A mudança do paradigma newtoniano-cartesiano para a visão de mundo sistêmica representou uma transformação profunda na maneira de pensar, agir e de se relacionar no mundo. A fragmentação, enquanto expoente daquele modelo dissociativo, perpetuou uma série de atrocidades que abalaram em demasia as relações sociais, e ocasionou a divisão, exclusão, marginalização e hierarquização. Como uma maneira de se resgatar o valor “humano” e o integrar a sociedade, a percepção do ambiente como uma rede de relações interdependentes e complexas, na qual o todo é formado a partir do diálogo das influências que nele ocorrem, representa compreender a importância de cada elemento que o constitui e evitar que crueldades, como as produzidas, jamais se repitam.

Diante do esgotamento de um modelo enigmático, centralizador e autoafirmativo que se perpetuou no tempo, surgiu à exigência por uma nova forma de olhar e compreender o mundo que considere todos os processos cíclicos do ambiente. Sob a ótica da solidariedade e da fraternidade, uma consciência social sedimentada em premissas como o reconhecimento, a aproximação e a abrangência é um potencial instrumento de concretização da justiça social, principalmente no que diz respeito à tentativa de se resgatar valores fundantes da sociedade.

Desvelar o *logos* hegemônico eurocêntrico imposto aos dominados/periféricos, através de uma nova forma de pensar com complexidade próxima a realidade desses locais, representa resgatar a história e construir um discurso próprio, da “outredade”, que adentre em questões mais profundas do relacionamento entre os seres humanos e reconheça a interculturalidade, pluralidade e diferença como potenciais elementos de interação e enriquecimento social.

5. Referências

- ARAÚJO, Luis Ernani Bonesso de; SILVA, Andressa Corrêa da. Um olhar ecopedagógico no direito. In: GORCZVESKI, Clovis. **Direitos humanos, educação e meio ambiente**. Porto Alegre: Ed. Evangraf, 2007.
- ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução: Roberto Raposo. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.
- BEHRENS, Marilda A. **Paradigma da complexidade**: metodologia de projetos, contratos didáticos e portfólios. Petrópolis: Vozes, 2006.
- BORRERO, J. M. **La imaginación abolicionista**: ensayos de ecología política. Cali: PNUMA/CELA/Hivos, 2002.
- CAPRA, Frijof. **O ponto de mutação**. A ciência, a sociedade e a cultura emergente. São Paulo: Cultrix, 1982.

_____. **A teia da vida:** uma nova compreensão científica dos sistemas vivos. Tradução Newton Roberval Eichenberg. São Paulo: Cultrix, 1999.

CASTELLS, Manuel. **O poder da identidade.** Tradução Klauss Brandini Gerhardt. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

CREMA, Roberto. **Introdução à visão holística:** breve relato de viagem do velho ao novo paradigma. São Paulo: Summuns, 1989.

ESCOBAR, Arturo. An Ecology of difference: equality and conflict in a globalized world. **Focaal, European Journal Of Anthropology**, Hungria, v. 47, fasc. 18, p. 120-140, 2000.

FREIRE, Paulo Reglus Neves. **Pedagogia da autonomia.** 25. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1996.

HAMMERSCHMIDT, Karina Silveira de Almeida; SANTOS, Silvana Sidney Costa Santos. A complexidade e a religação de saberes interdisciplinares: contribuição do pensamento de Edgar Morin. **Revista Brasileira Enfermagem**, Brasília, DF, v. 65, n. 4, p. 561-565, jul./ago. 2012. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/reben/v65n4/a02v65n4>>. Acesso: 9 maio 2017.

HEIDEGGER, Martin. **Introdução à filosofia.** Tradução Marco Antonio Casanova. São Paulo: Martins Fontes, 2008. [Texto original: *Einleitung in die Philosophie*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1996.]

KROHLING, Aloísio. **Direitos humanos fundamentais:** diálogo intercultural e democracia. São Paulo: Paulus, 2009.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas.** São Paulo: Perspectiva, 1962.

LEFF, Enrique. Complexidade, racionalidade ambiental e diálogo de saberes. **Educação e Realidade**, v. 34, n. 3, p. 17-24, 2009. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/educacaoerealidade/article/viewFile/9515/6720>>. Acesso em: 9 maio 2017.

_____. La Ecología Política en América Latina: un campo en construcción. **Sociedade e Estado**, Brasília, DF, v. 18, n. 1/2, p. 17-40, jan./dez. 2003. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/se/v18n1-2/v18n1a02.pdf>>. Acesso: 10 maio 2017.

_____. **Epistemologia ambiental.** Tradução de Sandra Valenzuela. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2010.

MARTINEZ, Alejandro Rosillo. **Fundamentação dos Direitos Humanos desde a Filosofia da Libertação.** Tradução de Ivone Fernandes Morcilo Lixa; Lucas Machado Fagundes. Ijuí: UNIJUÍ, 2015.

MATURANA, Humberto R.; VARELA, Francisco J. **A árvore do conhecimento:** as bases biológicas da compreensão humana. 5. ed. São Paulo: Athenas, 2005.

TOURAINÉ, Alain. **Um novo paradigma:** para compreender o mundo de hoje. Tradução Gentil Avelino Tilton. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2011.

VASCONCELLOS, Maria José Esteves de. **Pensamento sistêmico:** o novo paradigma da ciência. Campinas: Papirus, 2002.

WEIL, Pierre. **Holística:** uma nova visão e abordagem do real. São Paulo: Palas Athena, 1990.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Ideologia, estado e direito.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ZEA, Leopoldo. **Discurso desde a marginalização e barbárie.** Rio de Janeiro: Garamond, 2005.

**A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR
COMO DIREITO FUNDAMENTAL
E O PROBLEMA DO
SUPERENDIVIDAMENTO
THE CONSUMER PROTECTION
AS A FUNDAMENTAL RIGHT AND
THE PROBLEM OF THE OVER-
INDEBTEDNESS**

Monique Ferrarese Stedile Ribeiro

Resumo

A defesa do consumidor é um direito fundamental implementado no Brasil após a onda de constitucionalização do direito privado. Hoje, todavia, esse direito fundamental, assegurado pela Constituição Federal de 1988, está ameaçado pelo crescimento desenfreado do fenômeno do superendividamento na sociedade de consumo. O superendividamento dos consumidores brasileiros tem várias causas e afeta diretamente a dignidade do consumidor, dada sua extrema vulnerabilidade. Diante disso, este artigo propõe o estudo desse fenômeno e a investigação de como afeta o direito de proteção do consumidor e a dignidade humana.

Palavras-chave: Consumidor. Dignidade da Pessoa Humana. Direitos Fundamentais. Superendividamento.

Abstract

The consumer's protection is a fundamental right implemented in Brazil after the constitutionalization of the private Law. However, nowadays this fundamental right, secured by the Constitution of 1988, is threatened due to the rising, in consumer society, of the phenomenon known as over-indebtedness. The over-indebtedness has many causes and concerns the consumer dignity, owing to his extreme vulnerability. Therefore, this essay Proposes the studying of this phenomenon to understand how it can affect the consumer law and the human dignity.

Keywords: Consumer. Fundamental Rights. Human Dignity. Over-indebtedness.

1. Introdução

A conjunção de alguns fatores históricos, teóricos e filosóficos, em meados da década de 1940 levou os juristas a repensarem a interpretação e a aplicação do direito. A decadência da filosofia positivista e a ascensão dos ideais pós-positivistas foram marcos que mudaram a interpretação do ordenamento jurídico como um todo.

O intérprete, na aplicação do direito, passou a analisar não só o direito posto, mas também toda uma ordem de valores morais e princípios fundamentais, cuja inobservância atacaria diretamente a validade da norma.

As constituições mundo afora tiveram seus textos alterados e passaram a ser vistas cada vez menos como simples mandamentos de organização estatal e política, para influenciar toda a aplicação do direito e irradiar suas normas fundamentais a todos os demais ramos do sistema jurídico.

A Constituição federal brasileira de 1988, por sua vez, com a importante tarefa de instituir um Estado democrático de direito, trouxe em seu bojo teórico uma extensa gama de direitos fundamentais, de natureza individual e coletiva, que a partir de então passaram a ser interpretados como fundamentos de validade de todo o ordenamento jurídico, sendo o respeito à dignidade humana um objetivo do novo Estado democrático de direito.

Nesse momento, todos os textos infraconstitucionais que então existiam passaram a ser reinterpretados à luz da Constituição e de acordo com os paradigmas por ela implementados. Às leis posteriores à Carta Magna, por sua vez, também se impunha uma leitura com enfoque constitucional. Assim, na medida em que a Constituição passou a ser um ponto de verificação de validade de todo o ordenamento infraconstitucional, percebeu-se aquilo que posteriormente foi denominado "constitucionalização do direito".

Assim, a Constituição foi impondo sua força normativa a todos os ramos do direito, dentre eles o direito do consumidor.

A proteção ao consumidor foi institucionalizada, como direito fundamental, somente com a Constituição Federal de 1988. Fruto do Estado social, a defesa do consumidor foi erigida ao plano dos direitos fundamentais para garantir ao consumidor mais direitos frente aos fornecedores de produtos e serviços.

Em razão da atual sociedade massificada, em que os produtos e serviços são ofertados por grandes fornecedores especializados e dotados de todo o conhecimento técnico a respeito de suas mercadorias, percebeu-se que os consumidores padecem de um grau de fragilidade que, perante o fornecedor e sua expertise, torna-se desleal no momento da contratação.

Por isso, compreendendo o legislador constituinte a desigualdade material existente entre essas partes da relação de consumo, acertadamente erigiu ao status de direito fundamental a proteção do consumidor, determinando também, para a eficácia desse direito, a criação de uma legislação específica e atenta às desigualdades dessa relação, nascendo então o Código de Defesa do Consumidor.

A amenização da vulnerabilidade do consumidor, a partir da proteção constitucional e, posteriormente, infraconstitucional, permitiu o alcance da dignidade do consumidor enquanto pessoa humana.

Todavia, apesar da aparente ideia de proteção constitucional, o consumidor, por reflexo do mercado de consumo contemporâneo, tem tido sua dignidade cada dia mais ameaçada por um fenômeno que cada vez torna-se mais presente nas relações de consumo: o superendividamento.

Torna-se necessário, portanto, a análise desse movimento crescente e de sua influência no direito do consumidor, a fim de verificar se o fenômeno do superendividamento pode colocar em risco a proteção do consumidor no âmbito de sua dignidade.

Para isso, sem qualquer pretensão de esgotar o tema, será feita uma breve análise da evolução do direito constitucional nos últimos anos, a fim de verificar como se deu o início da in-

fluência da Constituição no direito civil, analisando os primados fundamentais dessa Carta e sua aplicação às relações de direito privado, e a eficácia horizontal das normas de direitos fundamentais. Posteriormente proceder a uma análise da proteção do consumidor como direito fundamental, da relação entre a vulnerabilidade do consumidor e a dignidade da pessoa humana e, por fim, utilizando todos os conceitos anteriores, verificar se e como a dignidade humana pode ser ferida pelo fenômeno do superendividamento.

2. A constitucionalização do direito privado e eficácia horizontal dos direitos fundamentais

No início do constitucionalismo moderno europeu, a Constituição tinha única e exclusivamente o papel de Carta Política, de convite à atuação dos poderes públicos, servindo de referência apenas para as relações entre o Estado e o cidadão. Nesse momento, a Constituição não possuía força normativa própria, tampouco aplicabilidade direta e imediata, dependendo da intermediação do legislador infraconstitucional.

Com o advento do Estado social e a constatação da desigualdade material entre os indivíduos, o Estado passa a interferir nas relações entre os particulares, instaurando normas de ordem públicas direcionadas à proteção dos vulneráveis, como o consumidor. Esse momento, denominado dirigismo contratual, traz novos contornos ao direito privado, aproximando-o da atual fase de encontro entre o direito civil e a Constituição (BARROSO, 2012).

No Brasil, é possível apontar a Constituição de 1988 como marco do fenômeno da constitucionalização do direito privado. A partir dessa Carta, começou-se a observar o crescimento da supremacia material, axiológica e principiológica da Constituição, passando a ser compreendida como um ponto de referência para a interpretação de todo o ordenamento jurídico.

Assim, com o reconhecimento da força normativa da Constituição, as normas constitucionais passaram a ter seu conteúdo material e axiológico irradiado por todo o sistema jurídico. Tal conteúdo constitucional passou a condicionar a validade e o sentido das normas de direito infraconstitucional.

Barroso (2012) aponta três marcos desse movimento que hoje denominamos neoconstitucionalismo ou constitucionalização do direito.

O marco histórico na Europa foi o constitucionalismo pós-guerra, em especial o produzido na Alemanha e na Itália. Já no Brasil, esse marco ficou com a Constituição de 1988 e o processo de redemocratização por ela permitido (BARROSO, 2012).

Como marcos teóricos, o jurista aponta como grandes transformações o reconhecimento de força normativa à Constituição – atribuição à norma constitucional do status de norma jurídica – e a expansão da jurisdição constitucional – o poder exercido por juízes e tribunais na aplicação direta da Constituição, no controle de constitucionalidade e na interpretação infraconstitucional conforme a Constituição (BARROSO, 2012).

O marco filosófico apontado pelo autor é o pós-positivismo, marcado pela superação de dois paradigmas opostos para o direito: o jusnaturalismo e o positivismo. Segundo o ministro,

O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico não hão de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais. (BARROSO, 2012, p. 192-193).

Dentro desse marco importa destacar também o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais construída em torno do fundamento da dignidade da pessoa humana. Com o final da Segunda Guerra Mundial, houve, em todos os documentos internacionais e nas constituições democráticas que foram se seguindo, uma reconstrução dos direitos humanos a partir do princípio da dignidade humana.

Esse princípio, positivado no art. 1º, inciso II da Constituição de 1988, como um dos “Fundamentos da República”, tornou-se parâmetro para a interpretação constitucional e infraconstitucional no Brasil, e impõe limites e atuações positivas ao Estado, influenciando, inclusive, as relações entre os particulares, no que se denomina eficácia horizontal dos direitos fundamentais:

Se sua influência se limitasse à relação Estado/cidadão, haveria uma resposta simples à questão acerca de como as normas de direitos fundamentais influenciam o sistema jurídico. Essa resposta poderia, em grande parte, resumir-se à constatação de que as normas de direitos fundamentais influenciam o sistema jurídico na medida em que afetam a relação jurídica entre o Estado e os cidadãos, sob a forma de direitos subjetivos em face do legislador, do Poder Executivo e do Judiciário. Mas é fácil perceber que essa resposta é incompleta. Como já foi demonstrado anteriormente, fazem parte dos direitos dos indivíduos em face do legislador, dentre outros, os direitos a proteção contra outros cidadãos e a determinados conteúdos da ordem jurídico-civil. Isso demonstra que as normas de direitos fundamentais também têm influência na relação cidadão/cidadão. (ALEXY, 2015, p. 523-524).

O reconhecimento da eficácia horizontal dos direitos fundamentais teve seu marco no julgamento, pelo Tribunal Federal Constitucional alemão, do caso Lüth, em 1958.¹ Esse *leading case* foi importante para a onda de constitucionalização do direito privado e para o reconhecimento do dever de aplicação dos direitos fundamentais entre os particulares.

¹ Na Alemanha da década de 1950, o crítico de cinema alemão Erich Lüth conclamou os distribuidores de filmes cinematográficos e o público em geral a boicotar um filme lançado por Veit Harlan, antiga celebridade do cinema nazista e corresponsável pelo incitamento à violência praticado pelo povo judeu (principalmente por meio de seu filme *Jud Sü*, de 1941). Sentindo-se prejudicados, Harlan e os parceiros comerciais de seu novo filme ajuizaram uma ação cominatória contra Lüth, alegando prejuízos. Nos primeiros graus de jurisdição o ganho de causa foi dado a Harlan e seus parceiros. Lüth, todavia, ao mesmo tempo que recorreu, ajuizou Reclamação Constitucional violando seu direito fundamental à liberdade de expressão. O Tribunal Constitucional Federal alemão julgou a reclamação procedente e revogou a indenização arbitrada pelo Tribunal Estadual. Essa foi a primeira vez em uma decisão que os direitos fundamentais foram claramente apresentados, ao mesmo tempo, como direitos públicos subjetivos de resistência, direcionados contra o Estado e como ordem ou ordenamento axiológico objetivo. Também foram lançadas as bases dogmáticas das figuras da *Drittwirkung* e *Ausstrahlungswirkung* (eficácia horizontal) dos direitos fundamentais.

Acerca da constitucionalização do direito e da aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações privadas, dissertam Mendes e Branco (2015, p. 176):

Ganhou alento a percepção de que os direitos fundamentais possuem uma feição objetiva, que não somente obriga o Estado a respeitar os direitos fundamentais, mas que também o força a fazê-los respeitados pelos próprios indivíduos, nas suas relações entre si. Ao se desvendar o aspecto objetivo dos direitos fundamentais, abriu-se à inteligência predominante a noção de que esses direitos, na verdade, exprimem os valores básicos da ordem jurídica e social, que devem ser prestigiados em todos os setores da vida civil, que devem ser preservados e promovidos pelo Estado como princípios estruturantes da sociedade. O discurso majoritário adere, então, ao postulado de que ‘as normas sobre direitos fundamentais apresentam, ínsitas a elas mesmas, um comando de proteção, que obriga o Estado a impedir que tais direitos sejam vulnerados também nas relações privadas’. Tudo isso contribuiu para que se assentasse a doutrina de que também as pessoas privadas podem estar submetidas aos direitos fundamentais. A incidência das normas de direitos fundamentais no âmbito das relações privadas passou a ser conhecida, sobretudo a partir dos anos cinquenta, como o efeito externo, ou a eficácia horizontal, dos direitos fundamentais (a *Drittwirkung* do direito alemão).

Assim, atualmente, a ideia de que as normas de direitos fundamentais produzem efeitos na relação entre particulares é amplamente aceita. Segundo Alexy (2015), a polêmica está em determinar como e em que extensão esses direitos fundamentais propagam seus efeitos perante terceiros.

Para isso, o jurista cria um modelo composto por três níveis: “o do dever estatal, o dos direitos em face do Estado e o das relações jurídicas entre os sujeitos privados”, chamando atenção para a mútua implicação entre esses níveis (ALEXY, 2015, p. 533).

O primeiro nível, do dever estatal, atenta para o fato de que, uma vez que as normas de direitos fundamentais valem como princípios objetivos, o Estado deve levá-las em consideração, como um dever, tanto no âmbito legislativo como no

âmbito das decisões judiciais. Assim, nesse primeiro nível, destaca-se a necessidade de observância dos direitos fundamentais primeiramente pelo Estado, no momento de criação e aplicação das normas jurídicas (ALEXY, 2015).

Já num segundo nível, afirma ainda Alexy (2015, p. 535) que, se os tribunais civis, na medida do conteúdo de suas decisões, podem violar direitos fundamentais dos cidadãos, isso significa que os "direitos violados são direitos do cidadão contra o Judiciário, ou seja, contra o Estado".

Por fim, o terceiro nível do modelo diria respeito aos efeitos dos direitos fundamentais nas relações entre sujeitos privados. Nesse caso, estabelecem-se algumas restrições e imposições à conduta dos cidadãos, momento em que se resolvem as questões envolvendo os direitos fundamentais através do sopesamento.

Mas existe uma terceira possibilidade para compreender o que significam efeitos diretos perante terceiros. Segundo ela, por razões ligadas aos direitos fundamentais, há determinados direitos e não direitos, liberdades e não liberdades e competências e não competências na relação cidadão/cidadão, os quais não existiriam sem essas razões. Se se define o conceito de efeitos diretos dessa forma, então, efeitos diretos decorrem tanto da teoria dos efeitos diretos quanto da teoria dos efeitos mediados pelo Estado. (ALEXY, 2015, p. 539).

Tem-se, então, um direito privado renovado, reorientado pelo princípio da dignidade da pessoa humana e interessado na construção de uma sociedade justa e fraterna. Nessa nova linha de interpretação, onde a dignidade humana serve de parâmetro de interpretação, ganha destaque a proteção do consumidor.

3. A defesa do consumidor como direito fundamental

Segundo Sarlet (2010, p. 61), os direitos fundamentais são essenciais em um Estado democrático de direito, pois são resultado da positivação constitucional de determinados valores básicos e instrumentos de defesa da liberdade, da igualdade e dos direitos políticos:

Os direitos fundamentais, como resultado da personalização e positivação constitucional de determinados valores básicos (daí seu conteúdo axiológico), integram, ao lado dos princípios estruturais e organizacionais (assim denominada parte orgânica ou organizatória da Constituição), a substância propriamente dita, o núcleo substancial, formado pelas decisões fundamentais, da ordem normativa, revelando que mesmo num Estado constitucional democrático se tornam necessárias (necessidade que se fez sentir na forma mais contundente no período que sucedeu a Segunda Grande Guerra), certas vinculações de cunho material para fazer frente aos espectros da ditadura e do totalitarismo.

Os direitos fundamentais fundamentam e legitimam o sistema jurídico-político do chamado Estado de direito. Assim, os direitos fundamentais têm uma dupla função: a de ser fonte de direitos subjetivos aptos a ser reclamados em juízo e a de servir de base fundamental da ordem jurídica (ARAÚJO, 2017).

A figura do Estado, num Estado democrático de direito, tem uma finalidade instrumental, já que todos os seus poderes e órgãos constitucionais têm por finalidade buscar a plena efetivação dos direitos fundamentais. Quando o Estado se desvia disso, está se deslegitimando, e, do ponto de vista jurídico, está se desconstitucionalizando (ARAÚJO, 2017).

No que tange ao Direito do Consumidor, em específico, este passou a ter status constitucional após ser tratado como direito fundamental na Constituição Federal de 1988 (art. 5º, inciso XXXII), sendo que antes disso não se tratava a proteção do consumidor como um fundamento e um objetivo a ser garantido pelo Estado.

A defesa do consumidor, todavia, não é um direito fundamental apenas por constar do Título II, “Dos direitos e garantias fundamentais” da Carta Constitucional, pois se sabe que os direitos fundamentais não são determinados apenas por sua fundamentalidade formal (integração no texto constitucional), mas, especialmente, por sua fundamentalidade material (importância de seu conteúdo).

Importante, neste contexto, é a constatação de que o reconhecimento da diferença entre direitos formal e materialmente fundamentais traduz a ideia de que o direito constitucional brasileiro (assim como o lusitano) aderiu a certa ordem de valores e de princípios, que, por sua vez, não se encontra necessariamente na dependência do constituinte, mas que também encontra respaldo na ideia dominante de Constituição e no senso jurídico coletivo. [...] Direitos fundamentais em sentido material são aqueles que, apesar de se encontrarem fora do catálogo, por seu conteúdo e por sua importância podem ser equiparados aos direitos formalmente (e materialmente) fundamentais. (SARLET, 2010, p. 94).

A proteção ao consumidor é, por sua vez, um direito formal e materialmente fundamental, pois, além de estar ancorado na Constituição, tem um conteúdo de extrema importância, na medida em que cumpre a função de trazer igualdade material às relações de consumo, onde naturalmente se estabelecem relações de desigualdade:

O direito do consumidor seria, assim, o conjunto de normas e princípios especiais que visam cumprir com este triplo mandamento constitucional: 1) de promover a defesa dos consumidores (art. 5º, XXXII, da Constituição Federal de 1988: ‘O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor’); 2) de observar e assegurar como princípio geral da atividade econômica, como princípio imperativo da ordem econômica constitucional, a necessária ‘defesa’ do sujeito de direitos ‘consumidor’ (art. 170 da Constituição Federal de 1988: ‘A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] V – defesa do consumidor; [...]’); e 3) de sistematizar e

ordenar esta tutela especial infraconstitucional através de um Código (microcodificação) que reúna e organize as normas tutelares, de direito privado e público, com base na ideia de proteção do sujeito de direitos (e não da relação de consumo ou do mercado de consumo), um código de proteção e defesa do ‘consumidor’ (art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988: ‘O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará o código de defesa do consumidor’). (BENJAMIN; MARQUES; BESSA; 2012, p. 31).

Na contemporânea sociedade capitalista, a opção constitucional e legislativa de fortalecer a proteção do consumidor resulta de uma necessidade em nível global, já que o consumo se tornou uma racionalidade imperante e constitui um meio de os indivíduos alcançarem status, bem-estar e felicidade.

As revoluções industriais, caracterizadas pela massificação das formas de produção, pelo fordismo e pela informatização e globalização da economia (BENJAMIN, 2012), levaram o consumidor a um patamar de desnível em relação ao fornecedor. O desequilíbrio entre o conhecimento profissional dos fornecedores e a falta de conhecimento dos produtos pelos consumidores puseram esses sujeitos a todos os tipos de riscos, desde problemas de saúde e segurança até prejuízos econômicos com a existência de práticas abusivas (SODRÉ, 2009).

Em razão disso, necessária a promoção, pelo Estado, da defesa dos interesses dos consumidores.

A defesa do consumidor é um direito subjetivo público geral, não só de proteção contra as atuações do Estado, mas de atuação positiva (protetiva, tutelar) do Estado em favor dos consumidores (BENJAMIN; MARQUES; BESSA; 2012).

Os direitos do consumidor, como direitos de terceira dimensão, têm por destinatário o gênero humano, e não apenas um indivíduo, ou um grupo, ou o Estado. Seriam os direitos derivados da fraternidade (ARAÚJO, 2017, p. 35). Marques e Miragem (2014) também reforçam a ideia de que da Constituição de 1988 emerge um direito privado solidário, atento às fraquezas da sociedade (como os consumidores).

A vulnerabilidade dos consumidores é reconhecida desde 1985 pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, por meio da Resolução nº 39/248, que instituiu diretrizes para os Estados promoverem a proteção aos consumidores em suas legislações internas (ARAÚJO, 2017).

Sobre as diretrizes traçadas pela ONU que se preocupam com a defesa do consumidor, a resolução das Nações Unidas “consolidou a ideia de que se trata de um direito humano de nova geração (ou dimensão), um direito social e econômico, um direito de igualdade material do mais fraco” (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2012, p. 24). Assim, o direito do consumidor se consolida como um direito de terceira dimensão (GUIMARÃES, 2014).

Espelhando essa necessidade de proteção, a defesa do consumidor não ficou apenas a cargo do legislador constituinte, sendo desempenhada através de um conjunto de instrumentos jurídicos, compondo um sistema interdisciplinar, mais efetivamente visualizado através da Lei nº 8.078/90, conhecido como Código de Proteção e Defesa dos Consumidores (CDC).

O código é um produto da constitucionalização do direito privado, que persegue a proteção da pessoa humana, reforçando o reconhecimento dessa proteção especialmente aos mais vulneráveis, no caso, os consumidores. Assim, a Lei nº 8.078/90 existe para minimizar a situação de vulnerabilidade do consumidor frente ao fornecedor, propiciando àquele algumas garantias em resposta a sua falta de conhecimento e informação acerca dos produtos e serviços contratados.

Com efeito, o desequilíbrio existente entre os consumidores e os fornecedores, dentro de uma relação de consumo, parece ser o princípio que orienta a aplicação do CDC, sendo a tutela do consumidor pela Constituição um fruto do reconhecimento, pelo ordenamento, da posição de vulnerabilidade em que se encontra o consumidor dentro do mercado de consumo (ARAÚJO, 2017).

4. A proteção da dignidade humana como cláusula geral de proteção dos vulneráveis

A noção contemporânea de dignidade da pessoa humana possui raízes religiosas, centradas nos postulados bíblicos de que Deus é amor e de que o homem foi feito a sua imagem e semelhança e, por isso, é dotado de dignidade, por ter sido criado por um ato de amor para amar o próximo. Assim, a ideia de uma dignidade pessoal atribuída a cada indivíduo foi concebida, pela primeira vez, com o cristianismo (CORDEIRO, 2012).

Na visão kantiana, a dignidade tem como fundamento a autonomia: num mundo onde todos pautam suas condutas em razão dos fins, tudo tem um preço ou uma dignidade. Aquilo que tem preço pode ser substituído por um equivalente, mas, quando o “objeto” da discussão está acima de qualquer o preço, e não pode ser substituído por outro equivalente, esse “objeto” tem dignidade. Esta é a situação singular da pessoa humana: as pessoas não têm preço, têm dignidade. Como consectário desse raciocínio, formula-se a seguinte enunciação do imperativo categórico kantiano: “[...] toda pessoa, todo ser racional existe como um fim em si mesmo, e não como meio para o uso arbitrário pela vontade alheia” (BARROSO, 2012, p. 303).

Sarlet (2011), citando Habermas, consigna que esse autor, considerando a dignidade humana numa acepção rigorosamente moral e jurídica, defende que a intangibilidade da dignidade da pessoa humana resulta do fato de as relações interpessoais estarem marcadas pela recíproca consideração e respeito. Assim, em sentido próximo, é possível acolher a tese de que a dignidade do homem é um acontecimento que só ocorre em razão do convívio humano.

Daí a máxima da filosofia de Hegel, que, distanciando-se da matriz kantiana, sustenta que o homem não nasce digno; que a dignidade é uma qualidade a ser conquistada na sociedade. Além disso, o autor não aponta a racionalidade como fundamento da dignidade, nem considera o elemento da autofinalidade. A concepção hegeliana de dignidade da pessoa humana, então,

estaria vinculada a uma teoria da dignidade como possibilidade de prestação, residindo a proteção da dignidade na possibilidade de prestação da defesa de direitos (CORDEIRO, 2012, p. 68).

Apesar de julgar não ser possível reduzir a uma fórmula abstrata e genérica todo o conteúdo da dignidade da pessoa humana, Sarlet (2011, p. 73) propõe uma concepção multidimensional, aberta e inclusiva da dignidade humana e assim a descreve:

[...] temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.

Assim, os demais direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana sustentam e fundamentam uns aos outros em uma relação recíproca, devendo o conteúdo de um sempre ser testado em face do conteúdo do outro, para que produza as melhores consequências possíveis na esfera jurídica.

A Constituição Federal de 1988, sem precedentes nas constituições anteriores, reconheceu a dignidade da pessoa humana como fundamento do estado democrático de direito (art. 1º, inciso III, CF/88). A dignidade, portanto, é princípio jurídico de status constitucional que atua tanto como justificativa moral quanto como fundamento normativo para os direitos fundamentais e, sendo fundamento do Estado democrático de direito, deve ser o ponto central para a interpretação de toda a ordem jurídica.

Para Barroso (2012, p. 299), a dignidade deve ser vista como parâmetro de ponderação, quando houver conflito entre direitos fundamentais:

[...] a dignidade da pessoa humana é parte do conteúdo dos direitos materialmente fundamentais, mas não se confunde com qualquer deles. Nem tampouco é a dignidade um direito fundamental em si, ponderável com os demais. Justamente ao contrário, ela é o parâmetro da ponderação, em caso de concorrência entre direitos fundamentais, como se exporá mais adiante. Em segundo lugar, embora seja qualificada como um valor ou princípio fundamental, a dignidade da pessoa humana não tem caráter absoluto.

No âmbito do direito do consumidor, a dignidade humana pode ser vista, inclusive, como cláusula geral de proteção dos vulneráveis, na medida em que busca encontrar a justiça a partir da igualdade material nas relações entre fornecedor e consumidor (MARQUES; MIRAGEM, 2014).

Exaltando a necessidade de participação do Estado para implementar um ideal de justiça condizente com a igualdade material e, assim, com a dignidade humana, Marques e Miragem (2014, p. 129-130) dissertam que:

Se a igualdade pode se dizer natural do 'humano', a verdade é que, na experiência histórica, a sociedade (e seu direito) sempre destruiu esta igualdade. No máximo, o direito privado anterior conseguia apenas realizar formalmente (no abstrato, ou nos livros – *law in the books*), mas não – como hoje exigimos – materialmente (na ação social ou na prática – *law in action*), e realizava o mandamento de igualdade apenas para alguns grupos (cives), privilegiava outros (comerciantes, falidos etc.), deixando a maioria dos outros excluídos desta igualdade (peregrini, estrangeiros, mulheres, filhos menores, escravos, e mais recentemente, serviçais, trabalhadores, consumidores etc.). Assim, concluiu-se que para realizar a igualdade (como ideal do Justo), o direito privado necessitava de um pouco do imperium ou da intervenção do Estado, típica do direito público, da hierarquia de suas normas (ordem pública) e da força igualizadora dos direitos humanos. Daí por que me parece importante inverter a ordem dos fatores fundantes deste novo direito privado constitucionalizado e inicialmente destacar o fator igualdade, e não o fator liberdade.

Nesse sentido, dentre as várias teorias da "justiça", a teoria de John Rawls (2000) pressupõe um homem livre e dois

princípios: o princípio da igualdade (“justice as fairness – equality in the assignment of basic rights and duties”) e o princípio da fraternidade (“fraternité”).

A igualdade está diretamente ligada à dignidade e só é realmente assegurada no sentido material, onde se destacam os diferentes para que estes possam alcançar a mesma igualdade dos demais.

Na medida em que a dignidade humana tem a “pessoa” como vetor e ponto central do sistema de valores, a liberdade e a igualdade (formal e material) das pessoas no direito privado relacionam-se diretamente com a dignidade (MARQUES; MIRAGEM, 2014 p. 129).

O consumidor, por sua vez, pelo sistema em que se insere, não consegue contratar em pé de igualdade com o fornecedor de produtos ou serviços, diante de sua indiscutível vulnerabilidade.

Como regra, a vulnerabilidade do consumidor se distingue em vulnerabilidade técnica, jurídica, fática e informacional. Considera-se vulnerável tecnicamente o consumidor porque não possui conhecimentos específicos sobre o objeto que está adquirindo e, portanto, pode ser mais facilmente enganado quanto às características do bem/serviço ou quanto à sua utilidade.

A vulnerabilidade jurídica, por sua vez, corresponde à falta de conhecimentos jurídicos, de contabilidade ou de economia específicos. Nesse caso, o Superior Tribunal de Justiça tem decidido que o fornecedor deve presumir que o consumidor é leigo e, cumprindo com seus deveres de boa-fé, informar o máximo possível com a melhor clareza as cláusulas contratuais.²

Já a vulnerabilidade fática ou socioeconômica advém do fato de ter o fornecedor uma posição de monopólio fático ou jurídico, em razão de seu poder econômico ou da essencialidade de seu serviço, que impõe uma superioridade a todos que com ele contratam, já que normalmente não têm grandes poderes de negociação.

² “[...] Com efeito, nos contratos de adesão, as cláusulas limitativas ao direito do consumidor contratante deverão ser redigidas com clareza e destaque, para que não fujam de sua percepção leiga.” (STJ, 4ª T., REsp 311509/SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 03.05.2011).

Por fim, a vulnerabilidade informacional (englobada, na maioria das vezes, pela vulnerabilidade técnica), de extrema importância na sociedade atual. Nesse caso, quanto mais importante for a informação retida pelo fornecedor a respeito do produto ou serviço, maior a vulnerabilidade do consumidor. Segundo Marques e Miragem (2014, essa vulnerabilidade é essencial à dignidade do consumidor, sendo o conjunto informacional e de aparências valorizado a ponto de ser instrumento de defesa da dignidade humana.

Ante o exposto, verifica-se a real necessidade estatal de proteger o consumidor da força do mercado, na medida em que uma inércia estatal, em relações de desigualdade como esta, estaria por confrontar diretamente o fundamento do Estado democrático de direito, qual seja a dignidade da pessoa humana.

5. O fenômeno do superendividamento e como ele afeta os direitos do consumidor e sua dignidade

O endividamento é um fato comum na sociedade consumerista contemporânea. Além das mercadorias básicas e indispensáveis à sobrevivência familiar, o mercado de consumo diariamente cria novas necessidades ao consumidor e sua família. E assim, coordenados por uma ideia de uma vida com conforto e bem-estar, os consumidores passam a ver o crédito como um meio para alcançar padrões sociais mais elevados.

O problema disso é que na “economia do endividamento” tudo passa a articular-se em torno do crédito. O crescimento econômico é condicionado pela concessão de crédito e o endividamento dos lares torna-se um meio de “financiar a atividade econômica”, num ciclo vicioso que só tende a prejudicar o elo mais fraco da relação (COSTA, 2006)

O endividamento, por si só, não é, necessariamente, um mal ao consumidor, desde que as dívidas contraídas não com-

prometam seu orçamento a ponto de atingir sua dignidade (VIEIRA, 2013, p. 17).

Ensina Clarissa Lima (2012, p. 27-28) que:

O endividamento não é um problema em si mesmo, quando ocorre em um ambiente favorável de crescimento econômico, queda de juros e, sobretudo, se não atingir camadas sociais com rendimentos próximos do limiar da pobreza. Todavia, o endividamento assume uma dimensão patológica, com repercussões econômicas, sociais, psicológicas e até médicas, quando o rendimento familiar não é mais capaz de suportar o cumprimento dos compromissos financeiros. Neste caso, o endividamento é identificado no direito comparado como superendividamento, falência ou insolvência dos consumidores.

Assim, pode-se dizer que o endividamento é um meio que nem sempre causa prejuízo às famílias consumidoras, sendo que muitas vezes é o único meio de auferir bens indispensáveis aos consumidores. Preocupante, todavia, deve ser o fenômeno que, sob a influência da legislação francesa, foi denominado pela doutrina brasileira como superendividamento (em francês, *surendettement*, cuja tradução *sur*, do latim, significa “super” e *endettement*, endividamento) (VIEIRA, 2013).

A legislação brasileira não dispensa tratamento à questão do superendividamento, carecendo o fenômeno de definição legal.³ Doutrinariamente, Marques (2006, p. 256) define o fenômeno como “a impossibilidade global de o devedor pessoa física, consumidor, leigo e de boa-fé, pagar todas as suas dívidas atuais e futuras de consumo (excluídas as dívidas com o Fisco, oriundas de delitos e de alimentos)”.

³ Cabe mencionar, contudo, a existência de um projeto de atualização do Código de Defesa do Consumidor que tramita no Congresso Nacional e traz como um dos pontos de discussão o superendividamento. Segundo notícias do site do jornal *O Globo*, o plenário do Senado aprovou o projeto de modernização do Código de Defesa do Consumidor (CDC) em 29 de setembro de 2016, mas desde então não há qualquer sinalização mais forte da Câmara de Deputados nesse sentido. Resumidamente, o projeto atualmente altera pontos importantes da lei de 1990 e passa a prever o controle do superendividamento, um avanço necessário na legislação brasileira. Dentre as medidas para minimizar o problema, a reforma do CDC prevê regras para prevenção e educação financeira. O objetivo é promover a cultura da concessão responsável de crédito e dar mais clareza também na renegociação das dívidas. Cf. LIMA, M., 2016.

Não há como estabelecer uma quantia mínima para caracterizar o superendividamento. Esclarece Schmidt Neto (2009, p. 17) que “Tal condição independe da quantia devida, mas, sim, que seus ganhos sejam inferiores aos seus gastos e seu passivo superior ao ativo, de modo a comprometer-lhe a dignidade”.

Para ser considerado como tal, cumpre observar também que a impossibilidade de cumprimento de suas obrigações por parte do consumidor, para que seja caracterizada como superendividamento, deve ser uma impossibilidade duradoura, pois a falta de liquidez momentânea não caracteriza o superendividamento (VIEIRA, 2013).

A doutrina especializada ainda estabelece a diferença entre o superendividado ativo e passivo (MARQUES, 2006). Segundo a distinção, o primeiro assume a posição de superendividado em razão do acúmulo de débitos decorrentes da manutenção de um padrão de vida superior aos recursos de que dispõe. O último, por sua vez, encontra-se nessa situação por ocasião de “acidentes da vida”, como desemprego, divórcio, morte ou doença de um membro da família, dentre outras, que levam à incapacidade da purga de dívidas triviais, como aluguel e energia (VIEIRA, 2013).

O superendividamento ativo pode ser dividido ainda em consciente e inconsciente. O consciente decorre de comportamento criado pelo consumidor de má-fé, que contrai dívidas ciente da impossibilidade de honrá-las. O inconsciente advém da imprudência ou da má gestão do consumidor dos seus gastos, quando, apesar de não haver uma ação intencional do consumidor, também não houve qualquer incidente grave o suficiente para justificar o superendividamento. Está enquadrada aqui, por exemplo, a situação dos pródigos (VIEIRA, 2013).

Assim, a defesa do superendividado ativo deve depender da constatação de boa-fé no comportamento do consumidor, tarefa extremamente árdua na prática (VIEIRA, 2013).

O superendividado passivo, por sua vez, sendo levado a esse caminho por motivos externos e imprevistos, que não a má gestão e a má-fé, é, talvez, o mais vulnerável, pois sua contratação de crédito acaba sendo a única maneira de arcar com suas

despesas triviais. Por não ter muitas opções, esse consumidor acaba por aceitar qualquer taxa de juros, tornando-se um eterno devedor a juros exorbitantes (SCHMIDT NETO, 2009).

Pesquisas publicadas em 2006, analisando cem casos de consumidores superendividados no Rio Grande do Sul, demonstraram que os superendividados ativos, ou seja, aqueles que entraram na lista por gastar compulsivamente, representam apenas 30% dos casos. Assim, a maioria dos pesquisados (70%) era de superendividados passivos, que contraíram dívidas em face de um “acidente da vida” (desemprego 36,2%; doença e acidentes 19,5%; divórcio 7,9%; morte 5,1%; e outros, como nascimento de filhos, 9,4%) (MARQUES, 2006).

Se a vulnerabilidade do consumidor já é potencializada em razão da democratização do crédito sem a apropriada educação financeira, a ocorrência do superendividamento nas famílias consumidoras fez aumentar mais ainda essa vulnerabilidade do consumidor frente ao mercado (CARQUI, 2016).

Assim, a proteção dos consumidores nessa nova conjuntura urge regulamentação, a fim de que se preservem o acesso dos indivíduos aos seus direitos fundamentais.

Vieira (2013), analisando a legislação francesa sobre o superendividamento, apresenta algumas medidas tomadas pelo legislador alienígena sobre o assunto, dentre elas a proibição da publicidade de empréstimo direto ao consumidor, a obrigatoriedade na entrega de proposta preliminar escrita e individualizada ao consumidor, a ampliação do direito de reflexão do consumidor, a imputação de responsabilidade ao fornecedor que oferta crédito de maneira irresponsável e a criação de comissões de amparo ao consumidor superendividado.

Já o projeto que tramita no Congresso Nacional sobre o tema (PL nº 3515/15), traz, em princípio, as seguintes sugestões: criação do direito de arrependimento em até sete dias depois da data da compra ou da contratação do crédito consignado; criação de regras para prevenção e educação financeira; proibição de veiculação de publicidade de crédito como os termos “sem juros”, “gratuito”, “sem acréscimo”, “taxa zero” ou outra expressão de entendimento semelhante; punição das empresas

que fornecerem crédito sem avaliar se o tomador tem condições de pagamento, dentre outras.

6. Conclusões

A constitucionalização do direito privado, calcada na valorização dos direitos fundamentais, em especial no princípio fundante do Estado democrático de direito, a dignidade da pessoa humana, trouxe às constituições contemporâneas a preocupação com um Estado fundamentado por princípios, valores fundamentais e direitos fundamentais, que devem ser observados por todo ordenamento em todos os níveis.

Nesse sentido, o reconhecimento, pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, da aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares (eficácia horizontal dos direitos fundamentais) – julgamento do caso Lüth – também gerou um importante precedente para o reconhecimento da necessidade de observância dos direitos fundamentais não só nas relações entre cidadão e Estado, mas também nas relações entre particulares.

A elevação da proteção do consumidor ao status de direito fundamental, por sua vez, tem um importante papel na orientação da criação e interpretação do direito civil, na medida em que as relações de consumo, como relações entabuladas entre desiguais, necessitavam de uma regulamentação especial, capaz de superar as desigualdades entre fornecedor e consumidor, e alcançar a igualdade material através do ordenamento jurídico.

Dessa forma, pudemos observar que a cessação da desigualdade está intimamente ligada com a satisfação da dignidade humana, vez que esta, preocupando-se com o ser humano e seu “bem-estar”, torna imperiosa a salvaguarda dos vulneráveis e a preservação da igualdade no sentido material.

Todavia, apesar do apogeu das normas de defesa do consumidor nas últimas décadas, as rápidas transformações da sociedade de consumo dos últimos anos culminaram na contrata-

ção excessiva de contratos de crédito, fenômeno que incentivou a criação de uma “sociedade de endividados”.

Esse movimento gerou uma situação mais preocupante ainda: o superendividamento, ou seja, a impossibilidade real do consumidor de arcar com suas dívidas atuais e futuras.

A atual legislação, omissa quanto ao tema, não conceitua, regulamenta ou traz alternativas viáveis para a preservação do consumidor nessas situações, tornando ilusória qualquer oportunidade de remissão das dívidas.

Assim, em razão da ampliação da oferta de crédito (muitas vezes, de forma irresponsável pelas empresas) e da facilitação com que o crédito é ofertado ao consumidor no mercado, os indivíduos que, por algum “acidente da vida” não conseguem arcar com o pagamento de suas dívidas, acabam recorrendo a novos empréstimos para quitar os anteriores.

Não havendo na legislação nenhum regramento que estimule a renegociação das dívidas pelos credores pessoas físicas, como ocorre no caso das pessoas jurídicas que entram em falência, esses indivíduos acabam tendo sua vulnerabilidade exacerbada e sua dignidade comprometida.

Por isso, diante da implicação direta do superendividamento na dignidade do consumidor, imprescindível a busca de uma solução humana ao problema do superendividamento na legislação pátria, a fim de que não haja mais nenhum desrespeito ao direito fundamental de proteção do consumidor e à dignidade da pessoa humana.

7. Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

ANDRADE, Gustavo Henrique Baptista. **A vulnerabilidade e sua repercussão no superendividamento do consumidor**. 2014. 222 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2014.

ARAÚJO, Juliana Sampaio de. **O direito fundamental do consumidor na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**. 2017. 145 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

CARQUI, Vagner Bruno Caparelli. **Princípio do crédito responsável: evitabilidade do superendividamento e promoção da pessoa humana na sociedade de consumo**. 2016. 220 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2016.

CORDEIRO, Karine da Silva. **Direitos fundamentais sociais: dignidade da pessoa humana e mínimo existencial, o papel do poder judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. **Direitos fundamentais sociais, dignidade da pessoa humana e mínimo existencial: o papel do poder judiciário na sua efetivação**. 2011. 194 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2011.

COSTA, Geraldo de Faria Martins da. O direito da consumidor endividado e a técnica do prazo de reflexão. In: MARQUES, Cláudia Lima; CAVALAZZI, Rosângela Lunardelli (Coords.). **Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito**. São Paulo: RT, 2006.

DAHINTEN, Bernardo Franke. **O direito fundamental do consumidor em contratos de plano de saúde: a busca de um ponto de equilíbrio entre os interesses dos consumidores e das operadoras**. 2014. 214 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2014.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

GUIMARÃES, Alexandre José. **Direitos de terceira dimensão:** a tutela do consumidor no Brasil por meio das ações coletivas. 2014. 137 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2015.

LIMA, Clarissa Costa de; BERTONCELLO, Karen Rick Danievicz. **Superendividamento aplicado:** aspectos doutrinários e experiência no poder judiciário. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2012.

LIMA, Maria. Senado aprova reforma do CDC com medidas de prevenção ao superendividamento. **O Globo**, 30 set. 2016. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/economia/defesa-do-consumidor/senado-aprova-reforma-do-cdc-com-medidas-de-prevencao-ao-superendividamento-17657149>>. Acesso em: 14 ago. 2017.

MARQUES, Claudia Lima. Algumas perguntas e respostas sobre prevenção e tratamento do superendividamento dos consumidores pessoas físicas. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 75, p. 9-42, jul./set., 2010.

_____. Sugestões para uma lei sobre o tratamento do superendividamento de pessoas físicas em contratos de crédito ao consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul. In: MARQUES, Cláudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (Coords.). **Direitos do consumidor endividado:** superendividamento e crédito. São Paulo: RT, 2006.

MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis.** 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MÖRKING, Francelize Alves. **A proteção dos direitos fundamentais do consumidor superendividado e o mínimo existencial.** 2015. 130 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Autônomo do Brasil, Curitiba, 2015.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça.** Trad. Almiro Pisetta e Lenita Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SCHMIDT NETO, André Perin. Superendividamento do consumidor: conceito, pressupostos e classificação. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 71, p. 9-33, jul./set. 2009.

SODRÉ, Marcelo Gomes. **A construção do direito do consumidor:** um estudo sobre as origens das leis principiológicas de defesa do consumidor. São Paulo: Atlas, 2009.

VIEIRA, Lara Fernantes. **A tutela jurídica do consumidor superendividado à luz do princípio da dignidade da pessoa humana.** 2013. 174 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2013.

A RELAÇÃO ENTRE DIREITO E MORAL: HANS KELSEN E RONALD DWORKIN THE RELATION BETWEEN LAW AND MORALITY: BETWEEN HANS KELSEN AND RONALD DWORKIN

Monique Ferrarese Stedile Ribeiro¹

¹ Mestranda em Direito na Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público.

Resumo

Utilizando-se do método de pesquisa bibliográfico-documental, o artigo investiga as concepções de Direito de Hans Kelsen e Ronald Dworkin, analisando a relação de necessidade entre Direito, Moral e Justiça para ambos os autores e investigando, em sua concepção, a necessidade de verificação moral do direito positivo, para fins de sua validade. Por fim, analisa-se brevemente os pontos positivos e negativos de cada teoria na perspectiva do direito brasileiro.

Palavras-chave: Direito. Hans Kelsen. Justiça. Moral. Ronald Dworkin.

Abstract

This article intends to study the conceptions of law to two important theoreticians of law: Hans Kelsen and Ronald Dworkin. The goal is to analyze the relation between Law, Morality and Justice to these scholars, understanding the necessity (or not) of a moral verification about positive law, for purposes of validity. At least, it intends to accomplish a brief review to find out the strengths and the weakness of each theory in Brazilian jurisprudence.

Keywords: Hans Kelsen. Justice. Law. Morality. Ronald Dworkin.

1. Introdução

A relação entre Direito e Moral é uma matéria delicada que ainda não foi pacificada. Suas implicações, pode-se dizer, não permeiam somente o campo da filosofia, mas afetam diretamente as relações jurídicas em todos os Estados.

Na medida em que reconhecer ou não uma ligação necessária entre Direito e Moral pode alterar as decisões judiciais e torná-las mais ou menos justificadas pelo texto legal, tal segregação parece ser o cerne do debate (cada vez mais atual no país) acerca de questões como ativismo judicial, positivismo versus pós-positivismo, era dos princípios, dentre outras.

O debate não é raso, nem pouco difundido doutrinariamente, e por isso tal artigo não tem como escopo o esgotamento da matéria (até porque impossível). Objetiva-se, porém, repensar o atual contexto da Justiça brasileira sob os aspectos da separação entre Direito e Moral, defendida por Hans Kelsen, e da conexão entre eles, que aqui será representado especialmente pela doutrina de Ronald Dworkin.

Busca-se, a partir da sintetização da ideia desses autores, uma reflexão acerca de como ambas as teorias podem criar problemas e soluções para os conflitos que permeiam o judiciário.

Primeiramente, as ideias do filósofo austríaco Hans Kelsen e sua teoria normativista serão sintetizadas, perpassando, para tanto, os conceitos dados pelo autor para Direito, Moral, Ética e Justiça.

Posteriormente, atentaremos para a doutrina pós-positivista do jurista norte-americano Ronald Dworkin, analisando seu conceito de Direito e suas implicações com a Moral e a Justiça.

Por fim, nas conclusões, será feita uma análise do que se entende como os principais pontos positivos e negativos da adoção de ambas as teorias hoje e suas implicações no direito brasileiro.

2. O conceito de direito de Hans Kelsen

Hans Kelsen faz parte dos doutrinadores adeptos ao Positivismo Jurídico, tendo criado uma teoria do direito com a pretensão de libertar a ciência jurídica de todos os temas que considerava estranhos a ela, como a psicologia, a sociologia, a ética e a teoria política.

Para o jurista, a ciência jurídica deveria ter como preocupação o “dever-ser” jurídico, enquanto o “ser” deveria ser estudado pela Sociologia, ramo que precisaria ser dissociado à ciência jurídica. Nesse sentido, a ciência do direito poderia ser caracterizada como uma ciência normativa, pois toma como objeto uma norma que prescreve, permite ou faculta uma conduta, não se confundindo com o ato de vontade que realiza essa conduta (plano do “ser”) (SPAREMBERGER, 2003).

Kelsen pretendia conceber uma ciência jurídica fundada na objetividade, baseada na exatidão e na neutralidade de suas proposições. Tencionava “purificar” a ciência jurídica de todos os elementos estranhos a ela, buscando, para isso, a legalidade específica de seu objeto (SPAREMBERGER, 2016).

Em sua obra *Teoria pura do direito*, analisando a palavra “Direito” em diversos tempos e diversas culturas, constatou que, imbricadas à expressão “Direito”, sempre se encontravam ordens de conduta humana com o mesmo fundamento de validade: uma norma fundamental, da qual advém a validade de todas as outras normas jurídicas do sistema de ordens (KELSEN, 1998b).

Enfatiza que, apesar de haver, na Antiguidade, processos intentados contra seres inanimados (como pedras, por exemplo) e com animais no polo passivo, prescrevendonão só a conduta humana, mas também a dos animais, as modernas ordens jurídicas regulam apenas o comportamento do homem, contra o qual se dirige a ameaça da sanção. Essa conduta, ainda, deve referir-se – imediata e mediadamente – a outro indivíduo, na medida em que a ordem jurídica é uma ordem social (KELSEN, 1998b).

Outra característica do Direito é que, além de regular a conduta humana, essa ciência tem ordens coativas, reagindo contra situações indesejáveis com sanções ao destinatário. Segundo o autor:

As sanções estatuídas por uma ordem jurídica são – diferentemente das sanções transcendentais – sanções socialmente imanentes e – diversamente daquelas, que consistem na simples aprovação ou desaprovação – socialmente organizadas. Mas uma ordem jurídica pode, através dos atos de coação por ela estatuídos, reagir não só contra uma determinada conduta humana mas ainda, como melhor veremos, contra outros fatos socialmente nocivos. (KELSEN, 1998b, p. 23).

Importante observar que afirmar que o Direito é uma ordem coativa não quer dizer que seja a essência do Direito obter à força uma conduta conforme ao Direito. Na verdade, Kelsen lembra que os atos de coação estabelecidos pela ordem jurídica são sanções que só serão cominadas quando as regras não forem observadas e houver uma ação ou omissão contrária ao previsto pelo ordenamento.

Ainda, pode-se afirmar que a ordem coativa presente no conceito de direito possui também a característica de ser determinada pela própria ordem jurídica, ou seja, é esta que determina as condições sob as quais a coação deverá ser aplicada e os indivíduos que a devem aplicar, normalmente considerado um órgão da própria ordem jurídica, motivo pelo qual Kelsen fala de um monopólio de coação da comunidade jurídica. O monopólio de coação, por sua vez, garante o que o autor denomina como uma paz relativa, a “paz do Direito”, que se instaura quando a ordem jurídica é capaz de assegurar a segurança coletiva em grau mínimo e até em grau máximo:

Quando a ordem jurídica determina os pressupostos sob os quais a coação, como força física, deve ser exercida, e os indivíduos pelos quais deve ser exercida, protege os indivíduos que lhe estão submetidos contra o emprego da força por parte dos outros indivíduos. Quando esta proteção alcança um determinado mínimo, fala-se de segurança coletiva – no sentido de que é garantida pela ordem jurí-

dica enquanto ordem social. Pode dar-se já como alcançado esse mínimo quando a ordem jurídica institui um monopólio coercitivo da comunidade, ainda que não seja senão um monopólio de coerção descentralizado – e, portanto, mesmo que subsista ainda o princípio da autodefesa. Em um tal estado de evolução podemos ver o grau mínimo da segurança coletiva. [...] A segurança coletiva atinge o seu grau máximo quando a ordem jurídica, para tal fim, estabelece tribunais dotados de competência obrigatória e órgãos executivos centrais tendo à sua disposição meios de coerção de tal ordem que a resistência normalmente não tem quaisquer perspectivas de resultar. E o caso do Estado moderno, que representa uma ordem jurídica centralizada no mais elevado grau. (KELSEN, 1998b, p. 26).

Ainda quanto à relatividade da paz trazida pelo Direito, o autor argumenta o porquê de sua relatividade:

A paz do Direito, porém, é uma paz relativa e não uma paz absoluta, pois o Direito não exclui o uso da força, isto é, a coação física exercida por um indivíduo contra outro. Não constitui uma ordem isenta de coação, tal como exige um anarquismo utópico. O Direito é uma ordem de coerção e, como ordem de coerção, é - conforme o seu grau de evolução - uma ordem de segurança, quer dizer, uma ordem de paz. (KELSEN, 1998b, p. 26-27).

Embora seja uma ordem social que estatui sanções, a perspectiva Kelseniana do direito não tem apenas um sentido positivo de prescrição de condutas e criação de sanções às condutas opostas. O sistema jurídico também tem seu sentido negativo, pois permite àqueles a ele submetidos um mínimo de liberdade, que se concretiza quando se percebe que tudo aquilo que a ordem não proíbe é permitido, salvo prescrição em sentido contrário.

Por fim, é possível afirmar que Hans Kelsen prescreveu ao Direito a característica de não ser uma norma isolada, mas um sistema de normas, um ordenamento social globalmente considerado, reconhecido pela conduta efetiva dos indivíduos submetidos ao sistema, e pressuposto por uma norma fundamental (KELSEN, 1998b).

Ainda estabelece uma série de características da ordem jurídica, por exemplo, a presença de normas não autônomas nos sistemas legais, com a finalidade de estabelecer conceitos, competências, domínios de validade das leis, dentre outros pontos.

Percebe-se, assim, que na visão kelseniana, o Direito não é simplesmente um sistema de ordens com imposição de sanções, mas institui todo um aparato estatal capaz de atribuir ordem e segurança à coletividade.

3. A relação entre direito e moral e o problema da justiça para Kelsen

Como já mencionado, Kelsen pretende a análise da ciência do direito em sua "pureza", sem a intervenção de outros campos do conhecimento, a ele frequentemente vinculados.

O Direito, como norma jurídica que descreve a conduta humana, não deixa de ser tratado por uma disciplina reguladora de normas sociais, a ciência jurídica. Porém, nem toda norma social é uma norma jurídica. Segundo o autor, algumas normas sociais devem ser abrangidas pela designação de moral e devem ser conhecidas e descritas pela disciplina da ética.

Para Kelsen, a tarefa da ciência jurídica deve limitar-se à descrição das normas jurídicas positivas, mesmo alheias a valores. Ou seja, para o autor, a validade das normas jurídicas positivas não dependeria de sua correspondência aos valores:

[...] Embora as normas jurídicas, como prescrições de dever-ser, constituam valores, a tarefa da ciência jurídica não é de forma alguma uma valoração ou apreciação do seu objeto, mas uma descrição do mesmo alheia a valores (*wertfreie*). O jurista científico não se identifica com qualquer valor, nem mesmo com o valor jurídico por ele descrito. (KELSEN, 1987, p. 77).

Quanto ao Direito e à Moral, o jurista defende que uma distinção entre ambos não pode ser analisada por aquilo que as duas ordens prescrevem ou proíbem, mas como elas prescre-

vem ou proíbem determinada conduta, visto que, enquanto o Direito se concebe como uma ordem de coação, a moral é uma ordem social que não estatui quaisquer sanções, senão a simples desaprovação das condutas contrárias às normas (KELSEN, 1987).

Essa dificuldade do jurista de reconhecer uma relação necessária entre o direito e a moral está no que ele denomina de relatividade do valor moral, ou seja, na elasticidade dos vetores morais das sociedades.

Os valores morais experimentados pelas sociedades ao longo dos anos nunca foram perpétuos, sendo que povos de diferentes locais sempre experimentaram valores morais diversos e, por vezes, contraditórios, com diferentes noções de bom, mau, justo e injusto. Esses valores morais sofreram alterações inclusive nos mesmos grupos sociais, em razão da passagem do tempo ou da mutação da classe dominante (e, automaticamente, da moral estabelecida pela nova classe social). Por isso, não é possível defender a existência de uma moral absoluta no tempo e no espaço, um dos motivos que levaram o jurista a descartar a imbricação entre a Moral e o Direito. O autor lembra que nem a paz poderia ser considerada uma exigência comum a todos os sistemas morais:

[...] Tem-se afirmado que uma exigência comum a todos os sistemas de Moral seria: conservar a paz, não exercer a violência sobre ninguém. Mas já Heráclito ensinou que a guerra não só é o 'pai', isto é, a origem de tudo, mas também o 'rei', isto é, a mais alta autoridade normativa, o mais alto valor, sendo, portanto, boa, que o Direito é luta e que a luta, por isso, é justa. [...] também hoje, segundo a convicção de muitos, a guerra tem valor moral porque possibilita a comprovação das virtudes. [...] Corresponde a filosofia da vida do liberalismo segundo a qual a competição, a luta da concorrência, garantem a melhor situação possível da sociedade, ao ideal da paz? [...] (KELSEN, 1987, p. 73).

É possível afirmar que o direito até pode ser moral, mas não terá de sê-lo, necessariamente, para ter sua validade reconhecida, até mesmo em razão da relatividade da moral. Ou seja, uma norma pode ser considerada válida mesmo que contrarie a

ordem moral. Nesse viés de posicionamento do jurista, o direito não precisa ser justo para ser válido, como será visto a seguir.

Também defende que a justiça também não está no campo do direito, mas sim no campo da moral, já que seria uma qualidade de uma específica conduta humana consistente no tratamento dado aos outros, ou seja, uma constatação de que uma conduta é justa ou injusta representa uma valoração de uma conduta. Assim, sob esse aspecto, o conceito de justiça se enquadra no conceito de moral, não no de direito (KELSEN, 1998a).

O autor critica os defensores da acepção de Justiça como integrante da teoria do direito porque tal concepção, determinando sempre a revisão das normas jurídicas sob a ótica da justiça, estaria atribuindo a prevalência do jusnaturalismo sobre o positivismo, pois quando a norma de direito positivo não estatuisse o que a norma de justiça prescrevesse, a norma de direito seria considerada inválida por ser injusta.

Na visão Kelseniana, um critério de validade de uma norma de direito positivo posto por uma norma de justiça não pode existir porque não há um critério objetivo de Justiça. A afirmação de que algo é justo ou injusto é um juízo de valor que, por sua própria natureza, tem caráter subjetivo e é baseado em elementos emocionais da mente humana, em sentimentos e desejos. Esses juízos de valor são, na maioria das vezes, atos de preferência que indicam o que é melhor em vez do que é bom.

[...] implicam a escolha entre dois valores conflitantes como, por exemplo, a escolha entre liberdade e segurança. Se um sistema social que garante a liberdade individual, mas não a segurança econômica, é preferível a um sistema social que garante a segurança econômica, mas não a liberdade individual, depende da decisão quanto a ser a liberdade ou a segurança o valor superior. [...] Existem indivíduos que preferem a liberdade à segurança porque se sentem felizes apenas se forem livres e, portanto, preferem um sistema social e consideram-no justo apenas se ele garantir a liberdade individual. Mas outros preferem a segurança porque se

sentem felizes apenas se forem economicamente seguros e, portanto, consideram justo um sistema social apenas se ele garantir segurança econômica. Seus juízos sobre o valor da liberdade e o da segurança, e, portanto, sua ideia de justiça, baseiam-se, por fim, em nada mais que seus sentimentos. Nenhuma verificação objetiva de seus respectivos juízos de valor é possível. E como os homens diferem muito quanto a seus sentimentos, suas ideias de justiça são muito diferentes. Esse é o motivo por que, apesar das tentativas dos mais ilustres pensadores da humanidade de resolver o problema da justiça, não apenas não existe concordância, mas o mais apaixonado antagonismo ao responderem à pergunta sobre o que é justo. [...] (KELSEN, 2001, p. 293).

Em sua *Teoria Pura do Direito*, o autor exemplifica mais uma vez a relatividade da Justiça:

Se a Justiça é tomada como o critério da ordem normativa a designar como Direito, então as ordens coercitivas capitalistas do mundo ocidental não são de forma alguma Direito do ponto de vista do ideal comunista do Direito, e a ordem coercitiva comunista da União Soviética não é também de forma alguma Direito do ponto de vista do ideal de Justiça capitalista. Um conceito de Direito que conduz a uma tal consequência não pode ser aceito por uma ciência jurídica positiva. Uma ordem jurídica pode ser julgada como injusta do ponto de vista de uma determinada norma de Justiça. O fato, porém, de o conteúdo de uma ordem coercitiva eficaz poder ser julgado como injusto, não constitui de qualquer forma um fundamento para não considerar como válida essa ordem coercitiva. (KELSEN, 1998b, p. 35).

Pertinente a observação Kelseniana de que, assim como a Moral, a Justiça não é um valor absoluto, pelo contrário; admite-se a possibilidade de normas de Justiça diferentes e contraditórias que são, ao mesmo tempo, válidas. Logo, o valor de Justiça só poderia ser relativo, nunca absoluto, motivo pelo qual defende que a validade de uma norma do direito positivo deve ser independente de qualquer norma de Justiça (KELSEN, 1998a).

Por todas as razões aqui expostas, Kelsen defende a separação entre Direito e Moral e entre Direito e Justiça, o que não deve ser visto, todavia, como uma afirmação de que não

há moral ou justiça no direito, mas sim uma defesa do direito positivado no sentido de que valores morais e de justiça não devem determinar a validade de uma determinada ordem jurídica, já que são valores relativos e, por isso, incapazes de fornecer medida ou padrão absoluto para a valoração de uma ordem positiva.

Assim, normas morais, ou normas baseadas em critérios de justiça, para Kelsen, não condicionariam a validade ou a verificabilidade do direito positivo, pois são elementos estranhos ao direito. Esses conceitos, então, só podem ter sua incidência no processo de aplicação da lei no momento da decisão judicial, já que esta é um ato de vontade do julgador, ser humano suscetível a influências morais, e é criação de direito, não mera aplicação da ciência jurídica. (KELSEN, 1987, p. 393)

Ou seja, o direito é válido independentemente de sua conformidade moral, devendo se seguir as regras mesmo quando tomadas como injustas, sendo esta a concepção mais adequada acerca daquilo que se toma como uma ciência pura do direito. Isso não quer dizer, todavia, que o julgador, no momento da aplicação da regra nos casos submetidos a litígio, não poderá interpretá-la de uma forma diferente, desde que dentro da moldura que a regra permite, pois a decisão jurídica é ato volitivo, onde inevitavelmente o julgador imprime alguns de seus próprios juízos de valor.

4. O conceito de direito para Ronald Dworkin

Ronald Dworkin, ao contrário de Hans Kelsen, tornou-se crítico do positivismo e adotou um conceito de direito abrangente, onde houvesse espaço para a moral e para os princípios. O autor encontra-se no nicho doutrinário do pós-positivismo da teoria do direito que considera que o Direito depende da Moral tanto no momento de reconhecimento de sua validade como no

momento de sua aplicação, onde os princípios constitucionais cumprem um papel de especial relevância.

Em sua obra *Justiça de toga (Justice in Robes)*, Dworkin aponta pelo menos quatro conceitos diversos de Direito. O primeiro, que ele denomina de conceito *doutrinário*, explora o direito no sentido de norma jurídica; já o conceito *sociológico* explora a palavra "Direito" para designar um tipo específico de estrutura socioinstitucional (Lon Fuller, p. ex., afirmou que o direito não existe a menos que se satisfaçam certas exigências mínimas de justiça procedimental); o conceito *taxonômico* do direito, por sua vez, supõe que qualquer comunidade política onde exista o Direito no sentido sociológico também dispõe de um conjunto distinto de regras e de outros tipos de padrões que são jurídicos por oposição a outros tipos de padrões morais ou costumeiros; e, por fim, o conceito *aspiracional* de Direito, com frequência associado com o ideal de legalidade e de Estado de Direito, e que se relaciona com a ideia de que as decisões das autoridades devem respeitar os direitos básicos dos cidadãos (DWORKIN, 2010a).

Utilizar-se-á aqui o conceito doutrinário defendido por Ronald Dworkin, que usamos para afirmar o que o Direito de alguma jurisdição requer, proíbe ou permite.

Ciente da problemática divergência teórica acerca do conceito de Direito, Dworkin (2003) defende que, quando os doutrinadores parecem estar divergindo teoricamente acerca do que é o Direito, estão, na verdade, divergindo sobre aquilo que o Direito deveria ser, já que divergem sobre questões de moralidade e de fidelidade, não de Direito.

A questão da fidelidade está ligada à decisão do juiz de seguir o direito posto ou de aperfeiçoá-lo. Dworkin (2003) comenta, por exemplo, que na Grã-Bretanha e nos Estados Unidos a maioria da população acredita que o juiz deve seguir o direito em vez de tentar mudá-lo. Do contrário, outros defendem que os juízes devem tentar melhorar a lei sempre que possível, ser políticos e preferir a justiça à lei, deixando de lado a figura do juiz rígido e "mecânico".

Segundo Dworkin, os operadores da área jurídica entendem o Direito como questão de fato somente quando são solicitados a emitir formalmente seu conceito de Direito. Mas, informalmente, esses mesmos operadores defendem o Direito como instinto, que não vem explicitado na doutrina, que direito é uma arte, não uma ciência, e que “o bom juiz mistura analogia, ciência, sabedoria política e a consciência de seu papel para chegar a uma decisão intuitiva, que ele ‘vê’ o Direito com mais clareza do que consegue explicá-lo [...]” (DWORKIN, 2003, p. 14).

Nesse ponto observa-se que o discernimento é subjetivo, que sob esse ponto de vista o direito pode traduzir-se em diferentes respostas a questões difíceis, dependendo da análise de determinado juiz em determinado momento. Consequentemente, o Direito pode ser entendido como um fenômeno social cuja prática é argumentativa (DMITRUK, 2004).

Dworkin está interessado na justificação de postulações feitas em nome do Direito, sendo que em sua teoria do direito sempre haverá uma tensão entre o que os materiais jurídicos (leis, precedentes etc.) dispõem e qual a melhor maneira moral de interpretá-los. Logo, em Dworkin, a moral deve ser um instrumento de interpretação do direito, objetivando a aplicação das leis e a construção do Direito da melhor forma possível.

Nesse contexto, surge o conceito de *law as integrity* criado por Dworkin como uma forma de conferir critérios objetivos para a produção normativa realizada a partir da decisão judicial (WARDE JÚNIOR, 2009).

Assim, Dworkin defende o direito como integridade, ou seja, como virtude política. A integridade objetiva impõe a criação de normas coerentes com a estrutura de princípios fundamentais do sistema do direito como um todo e que os juízes também busquem essa coerência (ROCHA, 2014).

Segundo Dworkin (2003, p. 203):

A integridade da concepção de equidade de uma comunidade exige que os princípios políticos necessários para justificar a suposta autoridade da legislatura sejam plenamente aplicados ao se decidir o que significa uma lei por ela sancionada. A integridade da concepção de justiça de uma

comunidade exige que os princípios morais necessários para justificar a substância das decisões de seu legislativo sejam reconhecidos pelo resto do direito. A integridade em sua concepção de devido processo legal adjetivo insiste em que sejam totalmente obedecidos os procedimentos previstos nos julgamentos e que se consideram alcançar o correto equilíbrio entre a exatidão e eficiência na aplicação de algum aspecto do direito, levando-se em conta as diferenças de tipo e grau de danos morais que impõe um falso veredito. Essas diferentes exigências justificam o compromisso com a coerência de princípio valorizada por si mesma. Sugerem aquilo que sustentarei: que a integridade, mais que qualquer superstição de elegância, é a vida do direito tal como o conhecemos.

Dworkin demonstra-se adepto, pois, ao interpretativismo que, segundo ele, nega que o direito e a moral sejam sistemas totalmente independentes. Ele afirma também que o direito inclui não somente as regras específicas promulgadas de acordo com a lei, mas também os princípios que fornecem a melhor justificação moral para essas regras, mesmo que as regras decorrentes desses princípios justificativos nunca tenham sido promulgadas. Ou seja, toma o conceito de direito como um conceito interpretativo (DWORKIN, 2012).

5. A relação entre direito, moral e justiça para Dworkin

Como constatado no item 4, a relação entre direito, moral e justiça em Dworkin toma rumos completamente opostos do que defende Kelsen sem, contudo, aliar-se às concepções jusnaturalistas tradicionais.

Percebe-se, a priori, que há uma relação latente entre Direito e Moral, quando Dworkin acentua o direito como interpretação e, nesse ponto, argumenta que a Moral e os princípios são os meios de se chegar à melhor decisão possível.

Em sua obra *Justiça de toga*, discutindo a conexão entre direito e moral, o jurista evidencia sua oposição ao positivismo jurídico e reafirma a ideia de fusão entre direito e moral:

Até o momento, minha argumentação não contestou a concepção tradicional de que 'moral' e 'direito' designam esferas de pensamento em princípios distintas, ainda que talvez interdependentes em diferentes sentidos. Afirmo agora que essa concepção tradicional, que nos estimula a estabelecer relações entre duas esferas intelectuais distintas, é insatisfatória. Seria melhor trabalhar com uma topografia intelectual diferente: poderíamos tratar o direito como um segmento da moral, não como algo separado dela. Entendemos a teoria política desta forma: como parte da moral compreendida em termos mais gerais, porém diferenciadas, com sua substância específica, uma vez que aplicável a estruturas institucionais distintas. Poderíamos tratar a teoria jurídica como uma parte especial da moral política, caracterizada por uma nova depuração das estruturas institucionais. (DWORKIN, 2010a, p. 51).

Assim, o jurista defende que o direito é um segmento da moral, ou seja, ambos estão relacionados, sendo que a moral deve servir como base de interpretação das normas jurídicas, devendo o juiz sempre basear sua argumentação na melhor interpretação moral possível.

O jurista também preza pela moral na legislação, quando defende que, quando uma comunidade decide criar normas jurídicas, estas devem ser guiadas e limitadas pela moral, a fim de que sejam leis justas (DWORKIN, 2012).

Sobre a justiça, Dworkin (2003, p. 90-91) assim disserta:

A justiça e outros conceitos morais de natureza superior são conceitos interpretativos, mas são muito mais complexos e interessantes do que a cortesia, e também menos úteis enquanto analogia com o direito. A diferença mais importante entre a justiça e a cortesia, nesse contexto, está no alcance global latente da primeira. As pessoas de minha comunidade imaginária usam a 'cortesia' para reportar suas interpretações de uma prática que, para si, consideram local. Sabem que a melhor interpretação de sua prática não seria, necessariamente, a melhor das práticas comparáveis de qualquer outra comunidade. Contudo, se entender-

mos a justiça como um conceito interpretativo, teremos de tratar as concepções de justiça de diferentes pessoas, enquanto inevitavelmente desenvolvidas como interpretações de práticas das quais elas próprias participam, como reivindicando uma autoridade mais global ou transcendental, de modo que possam servir de base para criticar as práticas de justiça de outras pessoas até mesmo, ou sobretudo, quando forem radicalmente diferentes. [...] A justiça é especial em outro sentido. Uma vez que se trata do mais nitidamente político dos ideais morais, oferece um elemento natural e conhecido à interpretação de outras práticas sociais. As interpretações do direito, como veremos, quase sempre recorrem à justiça como parte da ideia que desenvolvem na etapa interpretativa. As interpretações da justiça não podem elas próprias recorrer à justiça, e isso ajuda a explicar a complexidade filosófica e a ambição de muitas teorias da justiça. Pois, uma vez que se descarte a justiça como o objetivo de uma prática política fundamental e abrangente, é natural que nos voltemos para uma justificativa de ideias inicialmente não políticas, como a natureza humana ou a teoria do eu, e não para outras ideias políticas que não parecem mais importantes ou fundamentais que a própria justiça.

Logo, percebe-se que Dworkin disserta sobre a moral e a justiça como conceitos interpretativos que influenciam na forma como as normas jurídicas serão aplicadas nos casos concretos, a fim de que não haja uma interpretação injusta do direito. Nesse sentido, a moral condicionaria a validade das normas (OLIVA, 2013).

Ainda segundo Oliva (2013, p. 14),

a teoria interpretativa Dworkiniana estabelece que a validade de uma proposição jurídica encontra-se em condição de dependência em relação aos princípios dos quais decorre, e que ainda devem concorrer para a aplicação da melhor justificativa moral e prática institucional. Assim, toda norma jurídica dependeria de uma justificativa moral.

Dworkin acredita que algumas instituições e práticas são injustas, independentemente do que as pessoas pensam a respeito delas. A escravidão, por exemplo, por ser errada por si só, continuaria sendo condenável mesmo que a maioria dos

indivíduos pensasse o contrário, pois o que está em questão não é a opinião dos sujeitos, mas sim a sustentabilidade dos argumentos morais impermeados na questão (MOTTA, 2013).

Assim, tomando a Justiça e outros conceitos morais como conceitos interpretativos, Dworkin aceita sua interferência argumentativa nas normas jurídicas, a fim de que a decisão judicial alcance um direito íntegro, coerente não só com as normas de direito positivo, mas especialmente com todo um conjunto de princípios estabelecidos pelo sistema jurídico, na busca da melhor decisão para o caso concreto.

6. Conclusões

Kelsen e Dworkin têm opiniões muito diferentes acerca do relacionamento existente entre Direito e Moral, na medida em que o primeiro não admite que a validade de uma norma jurídica possa ser questionada por uma norma moral, enquanto o segundo, com sua teoria, condiciona a verificação da norma jurídica a sua integridade moral.

O positivismo de Kelsen rechaça qualquer alteração das normas jurídicas por normas morais, sob o argumento de que tal forma de aplicação da lei seria admitir uma preponderância do jusnaturalismo sobre o positivismo. Também rechaça a ideia de que o direito deve ser sempre justo, em razão da relatividade do conceito de justiça.

De fato, como apreendido, os conceitos de Justiça e Moral são extremamente relativos, alterando-se tanto no tempo como no espaço e conforme o intérprete. Por exemplo, intérpretes de uma camada social de trabalhadores podem achar justa uma regra que no meio empresarial seria vista como injusta, assim como um juiz togado poderia entender injusto algo que no cotidiano da vida em uma periferia poderia ser tomado como justo, e assim sucessivamente.

Assim, rechaçando a ideia de que a moral é condição de validade do direito positivo, o normativismo de Kelsen traz

segurança jurídica, na medida em que é possível ao cidadão compreender minimamente a validade das prescrições descritas pela lei, bem como antever possíveis respostas ao seu pleito, apesar do reconhecimento da possibilidade de valoração do direito no momento da produção da decisão jurídica pelo julgador (aplicação do direito), diante da sua autonomia dentro da moldura da regra.

Por outro lado, uma restrita interpretação das normas à moldurapode tornar os operadores do direito engessados ao Poder Legislativo, que não acompanha as transformações sociais com a frequência que ocorrem, fazendo com que leis defasadas sejam utilizadas para casos atuais.

Dworkin prega que a validade de uma norma jurídica pode sim ser revista se, de acordo com parâmetros morais ou de justiça essa norma for injusta em determinada situação. Apresenta vários casos para embasar sua posição, dentre eles o famoso caso Elmer, em que este, sendo o único herdeiro testamentário de seu avô, assassinou o antecessor para ter implementado seus direitos de herança. Como não havia nenhuma regra impedindo a sucessão testamentária, os julgadores tiveram de utilizar um princípio implícito do ordenamento jurídico (de que ninguém pode se beneficiar da própria torpeza) para negar o direito de herança a Elmer, sob pena de cometer o que seria considerado uma grande injustiça.

A visão dworkiniana justifica-se pelo fato de ser impossível ao legislador prever todas as situações que virão a ocorrer no mundo dos fatos e, por isso, o juiz seria um braço estatal capaz de trazer justiça a todos os casos, conforme cada particularidade. Dworkin cria até a figura do juiz Hércules para resolver tais questões, tomando-o como um julgador capaz de enxergar todo o sistema jurídico e tecer uma decisão argumentativa com base nas regras de direito e de moral, a fim de alcançar a melhor decisão para o caso concreto.

A concepção da melhor resposta correta, todavia, parece inalcançável no caso brasileiro, em que juristas enfrentam diariamente uma enxurrada de demandas jurídicas num judiciário de recursos insuficientes. Ademais, a figura do juiz Hércules é de

uma capacidade realmente sobre-humana, sendo impossível aos juízes equiparar-se a ele com tanta perfeição.

É esperado, então, que uma concepção dworkiniana no judiciário brasileiro cause polêmica. Isso porque quando a validade da lei pode ser facilmente questionada por normas morais ou de justiça, infelizmente há margem para decisões discricionárias e desiguais (aquilo que vem sendo denominado “loteria do judiciário”), o que não traz qualquer segurança ou previsibilidade aos cidadãos e demais operadores do direito.

Recentemente, com o crescimento do poder do Judiciário na atuação política, as decisões que geram interpretações contrárias às normas jurídicas têm ganhado maior vulto. Com o destaque vêm as críticas e, com elas, uma incipiente reação de operadores jurídicos mais preocupados com a segurança das decisões e, portanto, inclinados a uma teoria positivista.

Difícil posicionar-se definitivamente sobre qual pensamento mais bem se adaptaria ao caso brasileiro sem pensar em uma ditadura do Legislativo ou em uma ditadura do Judiciário. Ambas as teorias parecem dar muito poder a um ou a outro órgão, o que, no caso brasileiro em especial, infelizmente deve ser visto sempre com uma ponta de desconfiança.

7. Referências

BAXTER, Hugh. Dworkin's “one-system” conception of law and morality. **Boston University Law Review**, Boston, v. 90, p. 857-862, 2010.

DMITRUK, Erika Juliana. O que é direito? Uma análise a partir de Hart e Dworkin. **Revista Jurídica da UniFil**, Maceió, ano I, n. 1, p. 71-88, 2004.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Justiça de toga**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010a.

_____. **Justiça para ouriços**. Tradução: Pedro Elói Duarte. Coimbra: Edições Almedina, 2012.

_____. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010b.

_____. **Uma questão de princípio**. Tradução: Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Tradução: Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

KELSEN, Hans. **O problema da justiça**. Tradução: João Baptista Machado. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998a.

_____. **O que é justiça?** A justiça, o direito e a política no espelho da ciência. Tradução: Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001

_____. **Teoria geral do direito e do estado**. Tradução: Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. **Teoria pura do direito**. [Tradução João Baptista Machado]. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998b.

_____. **Teoria pura do direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

MOTTA, Francisco José Borges. Ronald Dworkin e o sentido da vida. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 16 fev. 2013. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-fev-16/diario-classe-ronald-dworkin-sentido-vida>>.

OLIVA, Liana Brandão de. O direito e a moral com enfoque nas perspectivas de Hans Kelsen e Ronald Dworkin. **Revista de Direito UNIFACS**, Rio de Janeiro, n. 153, mar. 2013.

ROCHA, Carlos Odon Lopes da. As relações entre direito e moral crítica: o direito como integridade segundo Ronald Dworkin. **Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Distrito Federal**, Brasília, v. 39, n. 1, p. 205-218, 2014.

SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes. A natureza da ciência jurídica: a polêmica entre o normativismo de Hans Kelsen e o

sociologismo (hermenêutica do direito vivo) de Eugen Ehrlich. **Di-
reito em Debate**, Ijuí, v. 20, p. 115-135, 2003.

_____; JUNIOR, Bruno Heringer. **Um olhar para a ciência jurí-
dica**: da pureza de Hans Kelsen à carnavalização de Luís Alberto
Warat. 2016. Apresentação de Trabalho no XXV Congresso do
Conpedi, Curitiba, 2016.

WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge. Direito e moral em Dworkin: a
judicatura e o desvelamento do conteúdo da ética. **Revista do
Instituto dos Advogados de São Paulo**, São Paulo, v. 23, p. 276-
286, jan./jun. 2009.

A SEGURANÇA SOCIAL NO MERCOSUL E A (IN)EFICÁCIA DO ACORDO MULTILATERAL DO BLOCO PARA A TUTELA DO TRABALHADOR MIGRANTE RESIDENTE NO BRASIL

Eduardo Machado Mildner¹

¹ Graduado no Curso de Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Pós-graduado no Curso de Especialização em Direito Previdenciário pelo Instituto de Desenvolvimento Cultural. Mestrando em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul. E-mail: <emmildner@gmail.com>.

Resumo

Este artigo analisa o funcionamento do sistema de Seguridade Social no âmbito do Mercado Comum do Sul (Mercosul), tendo como objetivo primordial verificar se a aplicação do Acordo Multilateral de Seguridade Social (AMSS) do bloco atende às garantias fundamentais do trabalhador migrante previstas nos ordenamentos jurídicos nacionais (de cada nação-membro) e internacionais. Como metodologia de pesquisa, será utilizado o método dialético, com revisão bibliográfica e apontamento legislativo de cada um dos países mercosulenses.

Palavras-chave: Assistência Social. Mercosul. Previdência Social. Saúde. Seguridade Social.

Abstract

This article intends to analyze the social-security system operation in the context of Mercosur, with the primordial goal to verify if the enforcement of the Multilateral Agreement on Social Security of the bloc attend the basic guarantees of migrant workers in the national (of each member nation) and international legal systems. As a research methodology, will be used the dialectical method, with bibliographical revision and legislative notation of each Mercosur country.

Keywords: Social Assistance. Mercosur. Social Security. Health.

1. Introdução

Pretende-se, com o presente estudo, analisar o funcionamento do sistema de Seguridade Social² no âmbito do Mercosul, tendo como objetivo primordial verificar se a aplicação do Acordo Multilateral de Seguridade Social (AMSS) do bloco atende às garantias fundamentais do trabalhador migrante previstas nos ordenamentos jurídicos nacionais (de cada nação-membro) e internacionais.

Para chegar ao objetivo almejado neste ensaio, pretende-se expor, no primeiro capítulo, como se sucedeu a formação do bloco econômico latino-americano e quais foram os direitos sociais estabelecidos pelos Estados membros em âmbito regional. O segundo capítulo trará um aporte teórico à pesquisa, expondo, inicialmente, a definição de seguridade social à luz dos mais relevantes doutrinadores contemporâneos, para após apresentar a composição³ da seguridade social em cada um dos países membros do Mercosul. No terceiro capítulo serão desenhados os princípios que norteiam os acordos internacionais de seguridade social em blocos econômicos, com foco, obviamente, no Acordo Multilateral de Seguridade Social mercosulense. O quarto (e último) capítulo servirá para expor as regras previstas no AMSS e se tais regras são suficientes para assegurar aos trabalhadores migrantes residentes no Brasil seus direitos sociais basilares, para, ao final, apresentar algumas decisões judiciais proferidas por nossos tribunais que permitirão uma conclusão certa sobre o tema em debate.

2 A Seguridade Social está prevista na Constituição Federal, em seu art. 194, caput, como um “conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”. De acordo com Martins (2012), a Seguridade Social pode ser conceituada como o conjunto de princípios e de regras destinados a estabelecer um sistema de proteção social aos indivíduos contra contingências que os impeçam de prover as suas necessidades pessoais básicas e de suas famílias, integrado por ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, visando a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

3 Refere-se às políticas/serviços sociais disponíveis pelo governo de cada Estado-membro, como saúde, assistência social e previdência social.

2. A formação do mercosul e o estabelecimento dos direitos sociais em âmbito regional

O século XX foi marcado por inúmeros acontecimentos, manifestações e transações ocorridos em âmbito global. Grandes corporações surgiram, milhares de dólares foram investidos, novas atividades econômicas e comerciais foram desenvolvidas — o que demonstra a constante ascensão da globalização econômica. Com o aquecimento da economia mundial globalizada, a principal tendência comercial é a expansão do mercado consumidor a partir da formação de blocos econômicos supranacionais.

A constituição desses blocos, embora seja via de fortalecimento dos Estados através da integração e meio para torná-los mais competitivos no cenário econômico mundial, altera a geografia dos direitos sociais. Se outrora os direitos deveriam ser assegurados apenas por cada Estado, a partir da circulação de bens, mercadorias e trabalhadores, por conta da criação de uma identidade regional composta por vários países a proteção jurídico-social necessita ser ampliada.

Com a formação⁴ do Mercado Comum do Sul (Mercosul),⁵ em 1991, foram desencadeados inúmeros debates sobre os avanços e os dilemas do processo de integração regional, sobretudo na conciliação do desenvolvimento econômico, político, comercial e social em âmbito regional. Segundo Costa, Cervi e Mandalozzo (2010), como resposta à pressão de organismos internacionais, organizações da sociedade civil e centrais sindicais, abriu-se espaço institucional para a agenda social do

4 A organização, fundada em 1991, pelo Tratado de Assunção, remonta aos anos 1940, ao processo formativo do Mercosul, quando Brasil e Argentina tentaram iniciar o processo de constituição de uma união aduaneira bilateral, mas aberta aos demais países da região, o que restara frustrado por conta do cenário político-militar que, a seu turno, vivenciara cada um dos países, além da assimetria econômica, do baixo número de indústrias e das peculiares parcerias comerciais externas.

5 O Mercado Comum do Sul, conhecido como Mercosul, é um bloco econômico criado entre países da América do Sul com o objetivo de consolidar a integração política, econômica e social entre os países que o integram, fortalecer os vínculos entre os cidadãos do bloco e contribuir para melhorar sua qualidade de vida. Atualmente, as nações que compõem o bloco são as seguintes: Argentina, Brasil, Paraguai, Uruguai e Venezuela, sendo que a participação desta última no bloco está suspensa desde dezembro de 2016.

Mercosul, objetivando a construção de políticas sociais comuns para o desenvolvimento da região.

Deveriam os Estados criar instrumentos que viabilizassem o exercício de direitos para além do âmbito nacional. Tais direitos acabam por conferir segurança social aos seus beneficiários, de modo a poder garantir sua sobrevivência, independentemente do país.

É nesse contexto que Argentina, o Brasil, o Paraguai e o Uruguai (formação inicial), em 1997, ratificaram o Acordo Multilateral de Seguridade Social do Mercosul (AMSS), que entrou em vigor em 2005, cujo foco é conferir direitos sociais através de garantias mínimas aos trabalhadores do bloco regional.

Sobre os direitos sociais, ensina Bonavides (2006) que fizeram nascer a consciência de que tão importante quanto salvaguardar o indivíduo, conforme ocorreria na concepção clássica dos direitos da liberdade, era proteger a instituição, uma realidade social muito mais rica e aberta à participação criativa e à valorização da personalidade que o quadro tradicional da solidão individualista, onde se formara o culto liberal do homem abstrato e insulado, sem a densidade dos valores existenciais, aqueles que unicamente o social proporciona em toda a plenitude.

Com o advento do Acordo Internacional de direitos sociais do Mercosul, percebeu-se que, mesmo cultuando os direitos individuais, a necessidade de proteger os homens num âmbito coletivo, onde todos gozassem de direitos mais palpáveis, permanecia. Dessa forma, as liberdades individuais perderam um pouco seu espaço (embora não tenham sido deixadas de lado) para que o foco se tornasse os direitos coletivos, não aqueles remetidos à terceira geração, mas direitos que englobassem valores sociais e fundamentais para a sobrevivência com dignidade do trabalhador estrangeiro.

Para Ingo Wolfgang Sarlet (2011), esses direitos fundamentais caracterizam-se, ainda hoje, por outorgar ao indivíduo direitos e prestações sociais estatais, como assistência social, saúde, educação, trabalho etc., revelando uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas.

Oportunos são os ensinamentos de Norberto Bobbio (2004), para quem os direitos sociais, a democracia e a paz são três momentos necessários do mesmo movimento histórico: sem direitos sociais reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia, não há condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos.

Não se pode esquecer que os direitos sociais são Direitos Fundamentais (de segunda geração) constitucionalmente previstos, inerentes a todo ser humano em solo brasileiro, pouco importando a sua nacionalidade.

Konrad Hesse (1998, p. 232-233) aponta que "como direitos subjetivos, fundamentadores de status, os direitos fundamentais são direitos básicos jurídico-constitucionais do particular, como homem e como cidadão". Estes ganham seu peso material e especial por estar na tradição dos direitos do homem e do cidadão, na qual seus conteúdos, nos Estados constitucionais ocidentais, converteram-se em princípios de direito suprapositivos e elementos fundamentais da consciência jurídica; diante do seu foro, nenhuma ordem pode pretender legitimidade que não incorpore em si as liberdades e os direitos de igualdade garantidos pelos direitos dos homens e do cidadão.

Portanto, uma vez elencado certo direito à categoria de fundamental, estará ele assumindo posição de maior importância dentro do ordenamento jurídico, dada a sua característica de subjetividade culminada com o status de relevância em face dos demais direitos da constituinte. A partir daí, nenhuma ordem jurídica será legítima se não primar pela liberdade e pela igualdade dos homens. Aprofundando o conceito, é impossível não citar Carl Schmitt (2001, p. 170):

[...] os direitos fundamentais podem ser compreendidos como aqueles direitos anteriores e superiores ao Estado, aos quais o próprio Estado reconhece-os como sendo anteriores a ele, e não concessões de suas próprias leis. Por assim dizer, esferas da liberdade que resultam como direitos de defesa.

A partir dessa exposição, importa agora avançarmos à compreensão da definição de seguridade social sob a ótica dos

países integrantes do Mercosul, com base nas suas legislações internas vigentes.

3. A definição de seguridade social e sua composição nos países do Mercosul

Identificar uma definição para Seguridade Social nos Estados-membros do Mercosul requer, necessariamente, analisar sua legislação interna e, principalmente, o Acordo Multilateral de Seguridade Social do bloco. E eis a primeira constatação: o acordo optou por não harmonizar um conceito-padrão, único, do que é a Segurança Social no bloco.

De acordo com o art. 4º do AMSS, o trabalhador submeter-se-á perante a legislação do Estado-membro em cujo território exerça suas atividades laborativas. O Mercosul conservou o sistema intergovernamental de outros modelos até então existentes. Na visão de Vieira (2011, p. 70), essa estrutura intergovernamental é entendida como “aquela em que as negociações e as decisões de acordos são feitas entre os governos, adotando-se sempre o consenso”.

Ainda na concepção da autora, os países do Mercosul, ao criarem o acordo, previram direitos básicos a prestações previdenciárias (por velhice, idade avançada, invalidez ou por morte) e de saúde aos trabalhadores e seus dependentes ou familiares que vivem em algum dos Estados-parte. Isso nos permite inferir que a seguridade social, no âmbito do acordo, é composta de prestações de Previdência Social e de saúde.

Todavia, em razão da estrutura do bloco e da previsão de que será aplicada a legislação do Estado-parte em que esteja exercendo o trabalhador atividade laboral, importa verificar como cada Estado disciplina e entende a Seguridade Social, posto que há possibilidade de, em algum Estado-parte, além das prestações previdenciárias e de saúde asseguradas, poder-se-ão outras também ser extensíveis aos trabalhadores que migrarem para este país. Ou não, aliás, pois pode haver restrição

e o obreiro ter direito a apenas esses direitos básicos previstos no acordo, ainda que a Segurança Social possua concepção ampliada naquele território.

O sistema previdenciário regional no Mercosul dispõe de normas gerais que dialogam com as normas de cada Estado-parte, coordenando sua aplicação de acordo com o caso, sendo que todos têm, minimamente, as prestações previstas no acordo.

O Paraguai,⁶ por exemplo, apresenta um sistema misto de Seguridade Social desde a promulgação de sua Constituição, de 1992. Significa dizer que tanto o setor público como o privado atuam nessa esfera protetiva. Conforme ensina Mas-sambani (2013, p. 33-34), “há oito instituições autônomas que administram os fundos por meio de caixas de previdência e outras prestações”.

Nos termos do art. 95 da Constituição Nacional do Paraguai, consta:

Artigo 95 – Da Seguridade Social

O sistema obrigatório e integral de seguridade social dos trabalhadores e de sua família será estabelecido em lei. Irá promover a sua extensão a todos os setores da população. Os serviços do sistema de seguridade social podem ser públicos, privados ou mistos, e cada caso é supervisionado pelo Estado.

Os recursos financeiros do seguro social não serão desviados de seus objetivos específicos e estarão disponíveis para esse efeito, não obstante os investimentos lucrativos que podem aumentar seu patrimônio. (tradução nossa.)

Dentro desse sistema, há proteção securitária através de programas de prestações econômicas e de assistência médica (em menor grau), de modo a atender aos trabalhadores e seus

⁶ De acordo com as informações obtidas junto ao site da Dirección Nacional de Migraciones da Argentina, o Paraguai tem a menor cobertura em proteção previdenciária dentre todos os países que fazem parte do Mercosul, onde apenas 20% da população economicamente ativa conta com proteção dessa natureza. Oitenta por cento da classe trabalhadora não tem acesso à seguridade social por não trabalhar sob o vínculo formal. Isso se deve à classe empresarial paraguaia, que alega o alto custo tributário/previdenciário de seus funcionários, de modo que oito a cada dez deles os mantêm na informalidade.

familiares em caso de enfermidade, maternidade, invalidez, acidentes, desemprego, velhice ou morte pessoal.⁷

A contribuição ao sistema de seguridade social no Paraguai é obrigatória. Todavia, conforme muito bem observa Massambani (2013, p. 35), tal contribuição é muito baixa no país, pois dela participam “apenas trabalhadores cujos salários sejam mais elevados (minoría); além disso, há grupos de trabalhadores que não gozam de acesso à proteção em razão de a atividade desenvolvida não estar assegurada”.

O Uruguai, por outro lado, goza de um sistema de seguridade social mais estruturado que o paraguaio. Muito embora tenha promovido reformas em 1995 que reduziram o acesso às prestações previdenciárias, o sistema ainda consegue gerar certo bem-estar aos trabalhadores aposentados. Sobre as referidas reformas, Simionatto (2001, p. 40) observa que “o país diminuiu as espécies de prestações e cedeu abertura ao setor privado para atuação e administração de fundos no regime de arrecadação individual”, o que, por pior que pareça na teoria, não causou grandes abalos ao sistema uruguaio na prática.

O modelo uruguaio é misto e compreende um regime de contribuição de repartição, administrado pelo Estado, e um regime de capitalização individual, gerido por empresas privadas, de forma combinada. Baseia-se em três pilares, a saber: solidariedade intergeracional, de poupança⁸ individual obrigatória e de poupança voluntária. Conforme ensina Massambani (2013), a aposentadoria, proporcional ao número de anos trabalhados e à idade do obreiro, independentemente de sua renda, é assegurada a todos que contribuam para o sistema.

De acordo com o art. 67 da Constituição uruguaia de 1997, a Seguridade Social está restrita a prestações de caráter previdenciário, a ser concedida aos trabalhadores em casos de acidentes, enfermidades, invalidez, dispensa involuntária e pensão aos familiares, em caso de morte.

Em relação à saúde, o Uruguai possui sistema fragmentado em atendimento público e privado. Aqueles que estão cobertos pela seguridade social, isto é, que têm filiação a regime previdenciário,⁹ contam com acesso e contribuem automaticamente com o sistema de saúde. Todavia, conforme explicam Aran e Laca (2013), aqueles que não contam com o acesso, isto é, aproximadamente 37% da população, são atendidos com recursos exclusivamente públicos.

O sistema de seguridade social na Argentina, por sua vez, sofreu inúmeras reformas de cunho neoliberal desde a década de 1980, adotando o conceito que Simionatto (2001) denomina de “mercantilização do seguro social”. Em verdade, a ideia argentina era adotar estratégia que fomentasse o mercado de capitais, o que resultou também na adoção de modelo misto de Previdência Social, consistindo em um fundo público, gerido pelo Estado, e um fundo privado, baseado na capitalização individual.

A última reforma no sistema previdenciário argentino (ou de seguridade social, conforme a legislação do país) ocorreu em 2007, mas manteve a participação do setor privado nessa esfera, muito embora uma das propostas da reforma, como afirma Massambani (2013), tenha sido revalorizar a Previdência Social como mecanismo para redistribuir a renda e promover paz social.

Nesse sentido, ensina Benedetti (2012) que o artigo 14-bis da Constituição argentina, aliado às demais normas infraconstitucionais que regulamentam o tema, assegura os seguintes benefícios, compreendidos na previdência: a) prestações em prol do desenvolvimento da família; b) em razão do desemprego; c) cobertura de riscos do trabalho; d) proteção à saúde; e e) cobertura em relação a aposentadorias e pensões.

Já no caso brasileiro, o sistema de seguridade social é próximo ao argentino, muito embora este último inclua pres-

9 A maioria dos países integrantes do Mercosul, conforme se observou nesta pesquisa e em outras anteriores, utiliza a expressão “seguridade social” para fazer referência, tão somente, às prestações de cunho previdenciário, de modo a focar a garantia de renda aos trabalhadores formais, isto é, com vínculo empregatício e que contribuam de alguma forma com o sistema nacional de cada país. A proteção à saúde, por exemplo, torna-se reflexo da proteção previdenciária.

7 Informação obtida no sítio eletrônico do CESS (Centro de Estudios em Seguridad Social).

8 A expressão “poupança”, no caso da legislação uruguaia, pode ser substituída, nesse caso, sem prejuízo de seu sentido, por “contribuição”.

tações para a família, distintas das pensões que beneficiam os dependentes do trabalhador. Conforme o art. 194 da Constituição Federal, “a seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”.

A seguridade social constitui gênero, cujas espécies são a saúde, a previdência e a assistência social. Cabe ao Estado organizar e gerir a seguridade social no Brasil, que adota o modelo de repartição simples. As reformas no modelo ocorreram em 1998 e em 2003, trazendo essa proteção social às propostas de cunho neoliberal. Como resultado, foi autorizada a instituição de previdência privada, organizada de forma autônoma em relação à pública, além de alterações estruturais e principiológicas. A contribuição ao sistema, no Brasil, é compulsória. Todavia, a Lei nº 8.212/91 também permite a filiação ao sistema de forma facultativa.

Na visão de Massambani (2013, p. 41), “o Brasil dispõe de Regime Geral de Previdência, que atende a todos os trabalhadores e fica sob a administração do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), e de dois regimes próprios de previdência, a saber, o dos servidores públicos e o dos militares”.

Por fim, importa agregar ao presente ensaio as principais características da seguridade social da Venezuela, muito embora sua posição esteja suspensa¹⁰ e pelo fato de o país não ter feito a adesão formal e individual ao Acordo Multilateral de Seguridade Social do Mercosul, conforme previsão no art. 19 do Acordo. O art. 86 da Constituição da República Bolivariana da Venezuela assegura o direito à seguridade social conforme segue:

Art. 86. Toda pessoa tem direito à seguridade social como serviço público sem fins lucrativos, que garanta a saúde e assegure proteção em situações de maternidade, paternidade, doença, invalidez, doença catastrófica, deficiência,

necessidades especiais, riscos profissionais, despedida involuntária de emprego, desemprego, velhice, viuvez, orfandade, encargos de habitação da vida familiar e outras circunstâncias de bem-estar social. O Estado tem a obrigação de assegurar a efetividade deste direito, criando um sistema de segurança social universal, com financiamento social solidário, unitário, eficiente e participativo, com contribuições diretas ou indiretas. A ausência da capacidade contributiva não será motivo para a exclusão de pessoas de proteção. Os recursos financeiros da seguridade social não poderão ser usados para outros fins. As contribuições obrigatórias dos trabalhadores e das trabalhadoras para cobrir cuidados médicos e outros benefícios e serviços de seguridade social só podem ser administrados para fins sociais, sob a orientação do Estado. O capital líquido remanescente dos recursos destinado à saúde, à educação e à seguridade social deverá ser acumulado com a finalidade de distribuição e contribuição para esses serviços. O sistema de seguridade social será regulamentado por uma lei orgânica especial. (Tradução nossa).

A Venezuela não permite a administração do setor privado na esfera da seguridade social, compreendendo-a não só como a proteção previdenciária, mas, sim, como um sistema que passa a previdência, a saúde e a assistência, aproximando-se do sistema argentino e brasileiro. Aqui, a proteção contra a dispensa sem justa causa, o seguro-desemprego (assim como na Argentina), o direito à habitação e os riscos atinentes à atividade profissional são englobados pela seguridade social, independentemente de contribuição ou não; aliás, a Constituição é expressa ao mencionar que a ausência da capacidade contributiva não excluirá do rol de proteção do Estado nenhuma pessoa.

O regime previdenciário venezuelano é o da repartição simples, e a estrutura está disposta na Lei Orgânica do Sistema de Seguridade Social venezuelano. Muito embora seja o Estado titular da gerência do sistema de seguridade social, a referida lei permite, através de concursos públicos, a seleção de empresas privadas para consultoria e realização de operações financeiras para se ampliar o rendimento no mercado de capitais dos recursos arrecadados pelo Estado, em busca do equilíbrio financeiro e atuarial do sistema. A última reforma do sistema de

10 Brasil, Paraguai, Uruguai e Argentina anunciaram, no dia 2 de dezembro de 2016, a suspensão da Venezuela do Mercosul por tempo indeterminado. Os motivos alegados são diversos, desde aqueles de cunho econômico até os de cunho político. Porém, em que pese a situação incerta da Venezuela no bloco econômico, trabalhadores migrantes (brasileiros ou venezuelanos) continuam com seus direitos sociais válidos.

seguridade social ocorreu recentemente, em 2012, com a nova publicação da lei orgânica.

Para facilitar a compreensão de toda a matéria técnica exposta neste capítulo é oportuna a apresentação deste singelo quadro comparativo, a seguir, entre os sistemas de seguridade social dos países do Mercosul:

Nação	Composição da Seguridade Social	Benefícios Disponíveis
Argentina	Previdência Social	Prestações econômicas Prestações de saúde
Brasil	Previdência Social Assistência Saúde	Prestações econômicas Prestações previdenciárias Prestações assistenciais Saúde universal e gratuita
Paraguai	Previdência Social	Prestações econômicas Prestações de saúde
Uruguai	Previdência Social	Prestações econômicas Prestações de saúde
Venezuela	Previdência Social Assistência Saúde	Prestações econômicas Prestações assistenciais Prestações de saúde

Com base nos dados coletados acerca da Seguridade Social nos países do Mercosul, constata-se que a Previdência Social é, fundamentalmente, à exceção do Brasil e da Venezuela, a base da Seguridade Social interna, sendo que as prestações previdenciárias se somam às de saúde e às assistenciais, estas últimas concedidas independentemente de contribuição ao sistema.

Nesse raciocínio, é necessário estar integrado ao sistema previdenciário para se ter acesso à saúde em cada um desses países (que não sejam o Brasil e a Venezuela). Para o Brasil, basta existir para se ter acesso universal e gratuito à saúde. Há uma subordinação do direito à saúde ao direito previdenciário.

Já em relação à previdência e à assistência social, os países as entendem como meios de prover a vivência digna daqueles que não conseguem contribuir com o regime previdenciário, isto é, que não têm recursos nem trabalho capazes de lhes auferir renda, mas não deixam de integrar os trabalhadores ao sistema de alguma forma. A Venezuela e a Argentina têm previsão legal para mais direitos de cunho assistenciais, como o

direito à habitação venezuelano e o benefício argentino em prol do desenvolvimento da família. O Brasil, por sua vez, coloca a assistência em mesmo patamar que a Previdência Social, destinando-as para cada específica finalidade. Todavia, em qualquer caso, o labor, ou a falta dele, tem recebido a atenção do Estado.

Percebe-se que a Previdência Social se mostra como o principal meio de garantir segurança social ao trabalhador, pois lhe dá a garantia de renda. No âmbito do Mercosul, tal garantia se estende para o âmbito regional, tutelando os trabalhadores e dependentes que migraram entre os países do bloco para fins laborais.

A garantia (ou segurança) de percepção de renda, em caso de ocorrência de situações incapacitantes, seja temporária, seja permanente, para o trabalho é, por excelência, direito assegurado pelo Estado que reduz e muito a insegurança social. Trata-se, tal garantia, do direito previdenciário. Para Robert Castel (2011), o direito previdenciário é a propriedade conferida à classe trabalhadora, analogamente, posto que confere segurança social numa sociedade cuja tendência é a do aumento da insegurança.

Após tudo o que foi exposto até aqui resta indubitável que o trabalhador que migra dentro do Mercosul encontra-se minimamente amparado socialmente, mesmo considerando a existência do Acordo Multilateral de Seguridade Social e das proteções previstas nas legislações internas de cada Estado-membro do bloco.

Antes de dar início à análise sobre a (in)aplicabilidade do AMSS no território brasileiro, é de suma importância tecer breves comentários acerca dos princípios que regem os acordos internacionais de seguridade social entre nações componentes de blocos econômicos. Tais comentários servirão, principalmente, para contextualizar o leitor sobre como se originam os acordos internacionais e qual a melhor forma de torná-los operacionais em âmbito regional.

4. Os princípios norteadores dos acordos internacionais de seguridade social

Os acordos internacionais contam com os mesmos princípios basilares da Seguridade Social em âmbito interno nas nações. Contudo, face ao princípio da territorialidade das leis, há limites entre as estipulações convencionadas entre os países celebrantes, de forma que discorrerei brevemente sobre cinco¹¹ dos principais princípios que, a meu ver, são fundamentais para a instrumentalização de tais acordos.

A solidariedade internacional, na visão de Wladimir Novaes Martinez (2005, p. 238), “tem o intuito de haver uma contagem de contribuições recíprocas entre as nações, de maneira que o trabalhador possa contribuir para a previdência social em determinado país e se beneficiar de tais contribuições em outro”. Sobre esse princípio esclarece Priscila Gonçalves de Castro (2011, p. 97) que “o alcance da solidariedade internacional é limitado, uma vez que ele se restringe apenas ao convencionado em cada Acordo internacional, em que acabam sendo analisados e estudados juntamente com as regras previdenciárias do ordenamento jurídico interno de cada país”. Tendo sido as contribuições pagas em um país e o requerimento do benefício em outro, os requisitos para a concessão deste serão as do país em que o trabalhador requisitou, independentemente do local das contribuições.

No que concerne à igualdade de tratamento, Castro e Lazzari (2012) afirmam que esse princípio busca tratar de maneira uniforme os trabalhadores nacionais e estrangeiros, de maneira a cumprir ainda o exposto na Convenção 118 da Organização Internacional do Trabalho, que visa a dar igualdade a tais cidadãos no âmbito previdenciário. Priscila Gonçalves de Castro (2011, p. 99) aduz que “deve-se ter em mente que os países que possuem acordos firmados entre si, devem garantir que os direitos de um trabalhador imigrante, sejam exatamente iguais aos direitos

do trabalhador deste país”. Dessa forma, verifica-se que Seguro Social não se preocupa com a nacionalidade da pessoa, mas sim com o seu trabalho e as condições com que é desempenhado. Assim, o princípio da igualdade de tratamento busca garantir aos imigrantes um tratamento idêntico ao concedido aos trabalhadores oriundos desse país.

A divisão dos encargos corresponde à distribuição dos pagamentos entre os países acordantes. Normalmente, estabelece-se um pagamento proporcional, onde cada país desembolsa o valor correspondente ao tempo contribuído no seu território. Entretanto, para não fragmentar o pagamento, o país encarregado do benefício recebe, posteriormente, o reembolso do valor despendido.

Quanto à adaptação das legislações nacionais, sustentam Castro e Lazzari (2012, p. 104) que “os países signatários não necessitam modificar suas legislações previdenciárias em decorrência do Acordo Internacional, de maneira que cabe ao Estado analisar os pedidos previdenciários e concedê-los de acordo com sua própria legislação”.

Por fim, o princípio da reciprocidade tem como objetivo garantir o direito do segurado, de forma a não ser prejudicado por exercer atividade laboral em país diverso do seu. Assim, os acordos sobre a matéria buscam conciliar as normas de cada país, visto que cada um tem legislação distinta.

No último capítulo deste artigo pretende-se demonstrar se o AMSS¹² tem sido efetiva em território brasileiro e se os trabalhadores estrangeiros, oriundos de países mercosulenses, contam com o mínimo de segurança social ao escolher nossa nação como seu lar.

11 Solidariedade Internacional, Igualdade de Tratamento, Divisão dos Encargos, Adaptação das Legislações Nacionais e Reciprocidade.

12 Acordo Multilateral de Seguridade Social do Mercosul.

5. O acordo multilateral de seguridade social do Mercosul e sua (in)aplicabilidade no Brasil

Aplicar internamente o acordo protetivo celebrado no âmbito do Mercosul requer aproximações entre normas, sistemas e procedimentos administrativos viabilizando o exercício de direito por parte dos trabalhadores.

A maior contradição, na visão de Simionatto e Nogueira (2006), é o fato de a proteção previdenciária ficar a cargo da legislação própria, específica, de cada Estado, sendo os acordos bilaterais ou multilaterais os encarregados de evitar que, ao se deslocar de um país a outro, tenham os trabalhadores os seus direitos de seguridade social reduzidos, principalmente os previdenciários.

Por tal razão, buscam os países que fazem parte do Mercosul a paulatina harmonização legislativa, que tem ocorrido por meio de normas internacionais não automaticamente exequíveis (ou indiretas), aquelas em que há a necessidade de existência de norma interna em cada Estado signatário para permitir seu cumprimento.

Os procedimentos administrativos, por sua vez, já começaram a ser padronizados em nosso país. Para operacionalização do acordo mercosulense no Brasil foi criado o Regulamento Administrativo do Acordo. Todas as informações necessárias para o trâmite de processos administrativos são transmitidas, entre os países interessados, por meio de um sistema informatizado chamado Sistema de Acordos Internacionais (SIACI), criado pelo Dataprev,¹³ empresa pública do governo brasileiro. Basta o lançamento dos dados no formulário eletrônico que os países onde o trabalhador tem períodos de trabalho formal serão notificados a prestar informações, analisar e deferir o pedido.

O trabalho formal está diretamente relacionado com a proteção previdenciária e, por consequência, com a percepção de um dos benefícios previstos no Acordo Multilateral. O indivíduo só comprova o seu período contribuído junto à Previdência Social do país através do trabalho formal. Assim, poderíamos inferir que, no plano regional, os únicos trabalhadores efetivamente protegidos são aqueles que desempenham atividade formal ou que possam contribuir com o sistema previdenciário; em regra, ao contribuir, o obreiro já se encontra amparado pelo sistema protetivo da seguridade social.

Em relação às normas de aplicação para percepção de benefício previdenciário, o acordo apresenta a possibilidade de soma e cômputo do tempo de contribuição feito para mais de um Estado-membro, de modo que, ao preencher em um dos Estados o requisito para obtenção do benefício de prestações por velhice, idade avançada, invalidez ou morte, o trabalhador, sua família ou dependentes, nos casos em que lhes for permitido, poderão requerer a prestação nesse Estado. O cálculo do benefício, conforme o regulamento administrativo anexo ao AMSS, é feito em dois momentos. Primeiro, o Estado que recebeu a solicitação verifica se o trabalhador contribuiu com a seguridade social em apenas um único Estado. Se afirmativo, este será o responsável pelo pagamento da contraprestação, com base unicamente em sua legislação interna.

De forma brilhante, Guilherme Soares Schulz de Carvalho (2016, p. 97) desenha que no caso de haver períodos contribuídos e documentalmente comprovados para mais de um Estado-membro do Mercosul, “o Estado em que a prestação foi solicitada irá calcular o valor com base em sua legislação vigente e irá pagar ao trabalhador migrante proporcionalmente ao período nele contribuído.” Em seguida, encaminhará os formulários, via Sistema de Acordos Internacionais (SIACI),¹⁴ para o outro Estado onde há contribuições. Se lá forem preenchidos também os requisitos para percepção da prestação pretendida, será feito o cálculo na proporção do período efetivamente con-

¹³ Trata-se da Empresa de Tecnologia e Informações da Previdência Social, empresa pública vinculada ao Ministério da Previdência Social. É responsável pela gestão da Base de Dados Sociais Brasileira, especialmente a do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS).

¹⁴ Trata-se de um sistema informatizado criado pelo Brasil que possibilita aos países-membros do Mercosul transmitir e compartilhar informações sociais de seus cidadãos.

tribuído lá, mas com base na própria legislação vigente, e não na do Estado inicial.

Para o acordo de 1997, pouco importa a forma de cálculo do benefício, que é feita conforme a legislação interna vigente no Estado. Importa a possibilidade de comprovar o período contribuído em outro país para fins de permitir ao trabalhador que migra prestações econômicas de cunho previdenciário.

Segundo Carvalho (2016, p. 93), o que se vem percebendo, todavia, é que, “muito embora o número de trabalhadores que migram dentro do Mercosul se aproxime de um milhão de trabalhadores, desde 2005, o Acordo concedeu apenas 338 benefícios no âmbito do Acordo Multilateral”. Esse número de pouca expressão pode ser explicado pelo fato de que a grande maioria dos trabalhadores que migram não se formaliza,¹⁵ impedindo a inclusão no rol de protegidos pelo Estado, ou, ainda, são impedidos de se formalizar em razão de a atividade não ser regulamentada ou reconhecida pelo país onde está prestando a atividade.

Em alguns países do Mercosul, por exemplo, há atividades que não são unanimemente reconhecidas, como é o caso do trabalhador campesino (segurado especial)¹⁶ reconhecido pelo Brasil, mas desconsiderado pelo Paraguai.¹⁷ Portanto, o rurícola que cultiva terras no Paraguai não pode contribuir ou ter reconhecido tempo de serviço junto à Previdência Social em seu país, tampouco no Brasil. Isso porque a Lei de Benefícios da Previdência Social (LBPS), que estabelece o rol de benefícios previdenciários concedidos pelo Brasil, determina que a comprovação do tempo de serviço necessita de início razoável de prova material (documental), não sendo admitida prova exclusivamente testemunhal.

¹⁵ Oportuno frisar que cerca de 40% dos trabalhadores da América Latina, incluídos os que migram, não gozam de nenhum tipo de proteção social.

¹⁶ “Conforme o art. 11, VII, da Lei nº 8.213/91, entende-se por segurado especial aquele que é pessoa física residente no imóvel rural ou em aglomerado urbano ou rural próximo a ele que, individualmente ou em regime de economia familiar, ainda que com o auxílio eventual de terceiros, na condição de produtor, pescador artesanal, ou cônjuge ou companheiro do segurado, ou, ainda, filho maior de 16 anos de idade (ou a ele equiparado)” (BRASIL, 1991).

¹⁷ São duas as recentes decisões proferidas pelo TRF4: AC 0008643-22.2010.404.9999; e AC 2009.72.99.002801-8.

Entretanto, no que se refere às prestações assistenciais, tivemos recente decisão do Supremo Tribunal Federal, em 20 de abril de 2017, no Recurso Extraordinário nº 587.970, que reconheceu a estrangeiros residentes em nosso país o direito de percepção de benefícios de prestação continuada (BPC) elencados na Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS). Muito embora não seja reconhecida nessas decisões a aplicação do Acordo Multilateral de Seguridade Social do Mercosul, em virtude de ser omissivo quanto às prestações assistenciais, o Brasil deu o passo inicial na garantia de direitos fundamentais aos cidadãos mercosulenses (e demais estrangeiros) que escolheram seu território como lar.

As informações apresentadas neste capítulo evidenciam que a aplicação do Acordo Multilateral em território brasileiro perpassa pela necessidade de uma agenda social comum, que harmonize normas também na esfera previdenciária. Por ora, o sistema intergovernamental em que se ratifica o Acordo Multilateral prevê que em cada Estado se aplique a sua própria legislação interna, sem torná-la compatível, harmônica, com a dos demais países, o que permite a ocorrência de situações atípicas como as ora trazidas.

6. Conclusão

Com este artigo buscou-se demonstrar como é definida e subdivida a seguridade social em cada um dos países que fazem parte do Mercosul. Restou muitíssimo claro que o Brasil conta com o sistema de seguro social mais abrangente de todo o Mercosul, privilegiando, obviamente, a sua população nativa, acima dos trabalhadores estrangeiros oriundos dos outros Estados-membros.

Da análise acerca da aplicação do Acordo Multilateral de Seguridade Social do Mercosul, em cotejo com as normas internas, é possível concluir que foram obtidos avanços significativos na proteção dos trabalhadores que atuam, ou atuaram, em mais de um Estado-membro do bloco. Todavia, apesar de avanços,

há ainda um abismo jurídico entre os mais necessitados de proteção e a efetiva proteção, de modo a refletir no baixo número de pessoas que conseguem, de fato, algum benefício previsto no acordo.

Demonstrou-se, além do mais, que o sistema intergovernamental em que se funda o Mercosul, embora produza normas coesas, privilegia as normas internas dos Estados-membros, sem que haja qualquer tipo de alteração para harmonizar o sistema como um todo, o que acaba por prejudicar a maioria dos trabalhadores migrantes. No caso específico dos trabalhadores estrangeiros residentes no Brasil, nossos tribunais têm demonstrado grande resistência em reconhecer direitos previdenciários oriundos de diplomas legais de países do bloco, o que demonstra a necessidade urgente de procedimentos uniformizadores a fim de resguardar os direitos basilares dos obreiros imigrantes.

Por fim, conclui-se que a harmonização legislativa e procedimental entre os Estados-membros se mostra fundamental para construção de um modelo-padrão de seguridade social capaz de garantir acesso universal aos trabalhadores do bloco, permitindo um desenvolvimento equânime da proteção social a todos os trabalhadores do Mercosul.

7. Referências

ARAN, Daniel; LACA, Hernán. Sistema de salud de Uruguay. **Salud Pública en Mexico**, ed. 53. Supl. 2., 2013.

BENEDETTI, Mario. Seguridad social: construir futuro con trabajo decente. **Explora Ciencias Sociales**, maio 2012. Disponível em: <http://www.trabajo.gob.ar/downloads/domestico/explora_SeguridadSocial.pdf>. Acesso em: 7 jul. 2017.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

BRASIL. **Constituição Federal**. Promulgada em 8 de outubro de 1988. 1988. Brasília: Senado Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 7 jul. 2017.

_____. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991**. Brasília, 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm>. Acesso em: 7 jul. 2017.

_____. **Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993**. Brasília, 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8742compilado.htm>. Acesso em: 7 jul. 2017.

_____. Ministério da Previdência Social. **Regime geral de previdência social: consolidação da legislação**. Brasília: [s.n.], 2002. (Coleção Previdência Social, Série Legislação, v. 15).

CARVALHO, Guilherme Soares Schulz de. **Os desafios da previdência social do Mercosul: o acordo multilateral de seguridade social**. 1. ed. Curitiba: Novas Edições Acadêmicas, 2016.

CASTEL, Robert. **As metamorfoses da questão social: uma crônica do salário**. Petrópolis: Ed. Vozes, 2010.

CASTRO, Carlos Alberto de; LAZZARI, João Batista. **Manual de direito previdenciário**. 14. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

CASTRO, Priscila Gonçalves de. **Teoria geral do direito internacional previdenciário: acordos internacionais do direito previdenciário brasileiro; Teoria e prática**. São Paulo: LTr, 2011.

CESS. Centro de Estudios em Seguridad Social. **Seguridad social: plan optativo**. Paraguay. 2015. Disponível em: <<http://portal.ips.gov.py/portal/rest/jcr/repository/collaboration/sites%20content/live/lpsWeb/web%20contents/materiales/Programa%20Seguridad%20Social.pdf>>. Acesso em: 7 jul. 2017.

COSTA, Lúcia Cortes da; CERVI, Emerson Urizzi; MANDALAZZO, Silvana Souza Netto. Democracia e proteção social: possibilidades e contradições no Mercosul. In: LUIZ, Danuta E. Cantoia (Org.). **Sociedade civil e democracia: expressões contemporâneas**. São Paulo: Veras, 2010.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da república federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. A previdência social na corte europeia de direitos humanos: lições para o Judiciário brasileiro. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, v. XIII, n. 78, jul. 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7900>. Acesso em: 7 jul. 2017.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Curso de direito previdenciário**. Noções de direito previdenciário. 3. ed. São Paulo: LTr, 2005. T. 1.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da seguridade social**. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MASSAMBANI, Vânia. **A proteção previdenciária prevista no acordo do Mercosul**. São Paulo: LTr, 2013.

MERCOSUL. Mercado Comum do Sul. **Acordo multilateral de seguridade social do mercado comum do sul**. 1997. Promulgado no Brasil pelo Decreto nº 5.722, de 13 de março de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5722.htm>. Acesso em: 7 jul. 2017.

MERCOSUL, Mercado Comum do Sul. **Tratado de Assunção**. Tratado para a constituição de um mercado comum entre a República Argentina, a República Federativa do Brasil, a República do Paraguai e a República Oriental do Uruguai. Assunção. 1991. Disponível em: <<http://www.mercosur.int/innovaportal/v/2648/3/innova.front/tratados-protocolos-e-acordos>>. Acesso em: 7 jul. 2017.

OIT. Organização Internacional do Trabalho. **Panorama Laboral 2013**: América Latina e Caribe. 1. ed. Peru, 2013.

PARAGUAY. Ministerio del Interior y Transporte. **En Paraguay, al menos el 80% trabaja sin cobertura social**. Assunção, maio 2013. Disponível em: <http://www.migraciones.gov.ar/pdf_varios/estadisticas/Estadistica%20WEB%20Radicaciones%202012%20III.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2017.

PARAGUAY. **Constitución Nacional de la Republica del Paraguay**. El 20 de junio de 1992. Asunción. Disponível em: <[http://www.](http://www.bacn.gov.py/CONSTITUCION_ORIGINAL_FIRMADA.pdf)

[bacn.gov.py/CONSTITUCION_ORIGINAL_FIRMADA.pdf](http://www.bacn.gov.py/CONSTITUCION_ORIGINAL_FIRMADA.pdf)>. Acesso em: 7 jul. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SCHMITT, Carl. **Teoría de Constitución**. Tradução de Francisco Ayala. 3. ed. Madrid: Alianza Editorial, 2001.

SIMIONATTO, Ivete. Mercosul e reforma do estado: o retrocesso da seguridade social. *Rev. Katálysis*, Florianópolis, n. 5, jul./dez. 2001.

SIMIONATTO, Ivete; NOGUEIRA, Vera Maria Ribeiro. As demandas de pesquisas sobre proteção social no Mercosul: exigências para o serviço social. *Rev. Katálysis*, Florianópolis, v. 9, n. 2, dez. 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-49802006000200007>. Acesso em: 7 jul. 2017.

URUGUAY. **Constitución de la República Oriental del Uruguay**. Constitución de 1967 con las modificaciones plebiscitadas el 26 de noviembre de 1989, el 26 de noviembre de 1994, el 8 de diciembre de 1996 y el 31 de octubre de 2004. 1967. Disponível em: <<https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/constitucion>>. Acesso em: 7 jul. 2017.

VENEZUELA. **Constitución de la República**. Proclamada em 20 de outubro de 1999. Disponível em: <http://www.cne.gob.ve/web/normativa_electoral/constitucion/indice.php>. Acesso em: 7 jul. 2017.

VENEZUELA. **Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social**. Publicada em 30 abr. 2012. Disponível em: <http://www.ivss.gob.ve/sites/all/themes/ivss/Leyes/Ley_Organica_SSS.pdf>. Acesso em: 7 jul. 2017.

VIEIRA, Karen Santana de Almeida. **Mercosul e a política de assistência social**: possibilidades e limites da construção de uma política supranacional. 2011. 217 p. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Política Social da Universidade de Brasília (UNB). Brasília, DF, 2011.

WANDERLEY, Luiz Eduardo W.; BELFORE-WANDERLEY, Mariângela. **Desigualdade e a questão social**. São Paulo: Ed. PUC, 2011.

APONTAMENTOS ACERCA DA CONCESSÃO JUDICIAL INDIVIDUALIZADA DE MEDICAMENTOS NÃO CONSTANTES DAS LISTAS DO SUS FRENTE A QUESTÃO ORÇAMENTÁRIA¹

Leopoldo Ayres de Vasconcelos Neto²
Maria Valentina de Moraes³

- ¹ Este artigo é resultante das atividades do projeto de pesquisa “Dever de proteção (*Schutzpflicht*) e proibição de proteção insuficiente (*Untermassverbot*) como critérios para o controle jurisdicional (qualitativo) de Políticas Públicas: possibilidades teóricas e análise crítica de sua utilização pelo Supremo Tribunal Federal e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos”, financiado pelo CNPq (Edital Universal – Edital 14/2014 – Processo 454740/2014-0) e pela FAPERGS (Programa Pesquisador Gaúcho – Edital 02/2014 – Processo 2351-2551/14-5), onde os autores atuam na condição de participantes. A pesquisa é vinculada ao Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta” (CNPq) e desenvolvida junto ao Centro Integrado de Estudos e Pesquisas em Políticas Públicas (CIEPPP) (financiado pelo FINEP) e ao Observatório da Jurisdição Constitucional Latino-Americana (financiado pelo FINEP), ligados ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado – da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC).
- ² Mestrando em Direitos Sociais e Políticas Públicas pelo Programa de Pós Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da Universidade de Santa Cruz do Sul, RS (UNISC) (CAPES 5), com bolsa Capes. Especialista em Direito Penal e Processo Penal. Membro do Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional Aberta: uma proposta de discussão da legitimidade e dos limites da jurisdição constitucional - instrumentos teóricos e práticos”, coordenado pela professora pós-doutora Mônia Clarissa Hennig Leal, vinculado e financiado pelo CNPq e à Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst), desenvolvido junto ao Centro Integrado de Estudos e Pesquisas em Políticas Públicas (CIEPPP) (financiado pelo FINEP), ligado ao PPGD da UNISC. Advogado. E-mail: <lacvasconceloss@gmail.com>.
- ³ Mestranda no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direitos Sociais e Políticas Públicas da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), na linha de pesquisa Constitucionalismo Contemporâneo. Bolsista PROSUP/CAPES. Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Membro do Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta: uma proposta de discussão da legitimidade e dos limites da jurisdição constitucional – instrumentos teóricos e práti-

Resumo

No presente trabalho é exposto o resultado de uma pesquisa bibliográfica acerca da temática da judicialização do direito à saúde no Brasil, tendo por objetivo analisar os limites e os desafios de tal fenômeno. O direito fundamental à saúde, expressão da dignidade humana, é de essencial importância e, cada vez mais, se recorre ao Poder Judiciário para que se alcance a sua satisfação. Diante da proteção dos direitos fundamentais pela Constituição Federal do Brasil de 1988, o Supremo Tribunal Federal brasileiro sustenta ser possível a intervenção judicial quando haja uma omissão na execução de políticas públicas e ofensa a algum direito fundamental, em especial ao direito à saúde. Assim, nesse contexto de judicialização da saúde, muito em virtude da omissão e/ou inoperância dos demais poderes da República, questiona-se: a atuação do Poder Judiciário na promoção individualizada da saúde seria capaz de gerar políticas públicas de saúde para toda a coletividade, ou, ainda, tal atuação estaria gerando mais desigualdades, uma vez que o indivíduo estaria sendo privilegiado em detrimento do coletivo? Os resultados obtidos demonstraram que essas intervenções não contribuem para uma efetivação do direito à saúde em grande escala, servindo apenas como paliativos, faltando às mesmas sopesar a questão orçamentária e de planejamento, visando à efetivação real e coletiva do direito à saúde.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Direito à saúde. Judicialização da saúde. Orçamento público. Políticas públicas.

Abstract

In the present article is exposed the result of a bibliographic search about the judicialization of the right to health in Brazil, aiming analyze the limits and challenges to this phenomenon. The fundamental right to health, expression to dignity of human person, is essential and, increasingly, it's used to Judiciary for that is achieved your satisfaction. In this sense, against to protection of fundamental rights for Brazilian Federal Constitution, the Brazilian Federal Supreme Court claim that is possible the judicial intervention when there is one omission in public policies execution and an offense to fundamental rights, in special to right to health. Thus, in this context to judicialization of right to health, much because of omission and/or inoperative of other powers, is questioned: the actuation of Judicial Power in an individual promotion to health would be able to generate public policies to health for all people or this actuation would be generate more inequalities because the individual would be privileged to the detriment of the collective? The results demonstrate that this interventions don't contribute for the effectiveness to the right to health in a large scale, serving only how palliatives, without considerate the budgets and planning's questions, aiming to real and collective effectiveness to right to health.

Keywords: Fundamental rights. Right to health. Judicialization of the right to health. Public budgets. Public policies.

cos", vinculado ao CNPq e coordenado pela professora pós-doutora Mônia Clarissa Hennig Leal.
E-mail: <mariavalentina.23@hotmail.com>.

1. Introdução

Este trabalho expõe o resultado de uma pesquisa bibliográfica, utilizando-se do método dedutivo, onde se destaca a análise da atuação do Supremo Tribunal Federal brasileiro no que se refere à concessão individualizada do direito à saúde, e à promoção do referido serviço público por parte do Estado. Assim, partindo-se de uma necessidade atual de o Poder Judiciário ter uma postura mais ativa, tendo em vista a ideia de protagonismo da jurisdição constitucional, indaga-se: a atuação do poder judiciário na efetivação do direito à saúde de forma individual é capaz de assegurar a efetivação de tal direito mediante a indução de políticas públicas para toda a coletividade, ou, por outro lado, acaba por gerar ainda mais desigualdades na medida em que passa a atender de forma individual cada cidadão?

Para tanto, busca-se analisar se tais decisões promoveriam a efetivação do direito fundamental à saúde em larga escala, e, com isso, a melhoria do serviço público, ou se se revelam apenas como comandos individuais de efetivação do direito fundamental à saúde, deixando, com isso, de atender à coletividade em detrimento do emprego de recursos públicos para a solução de casos individuais.

Assim, tem-se que os direitos sociais foram incluídos na Constituição brasileira de 1988 como direitos fundamentais. Tal fato representou um avanço na busca pela igualdade social, que constitui um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. No entanto, para que esses direitos sejam efetivamente concretizados se faz necessário um esforço conjunto de vários setores da sociedade, a fim de que haja um eficaz planejamento acerca da conceituação desses direitos, suas prioridades, o orçamento necessário para sua efetivação, bem como as melhores políticas públicas capazes de atendê-los.

2. Direitos fundamentais, judicialização e ativismo judicial no Brasil: surgimento, desenvolvimento e atuação da jurisdição constitucional

O Supremo Tribunal Federal brasileiro vem dando claras demonstrações de seu protagonismo perante a atual ordem democrática brasileira, em especial no que se refere à proteção e à promoção dos direitos fundamentais. Assim, denota-se que a evolução e o desenvolvimento da jurisdição constitucional originam-se a partir do Estado liberal, desenvolvendo-se até o Estado democrático de direito. Desse modo, insta salientar que a evolução da jurisdição constitucional se vincula de forma direta com a efetivação dos direitos fundamentais.

Nesse contexto, pode-se dizer que o Estado liberal tem como marca o positivismo e o legalismo, onde o Estado somente poderia atuar caso existisse lei anterior autorizando-o, trazendo, assim, uma supremacia do Poder Legislativo em detrimento dos demais poderes do Estado.

Ademais, é no Estado social que a Constituição passa a ter um caráter político, pois além de organizar competências administrativas também organizava a sociedade, focando, assim, na igualdade material, uma vez que o objetivo precípua do Estado social era “[...] corrigir a distorção individualista criada pelo Estado Liberal, objetivando-se consolidar direitos coletivos e o bem-estar social” (ALVES, 2014, p. 16).

A partir da intervenção estatal no modelo de Estado social, houve um deslocamento do polo de tensão do Poder Legislativo (Estado liberal) para o Poder Executivo (MAAS, 2011). Destaca-se que a melhora dos direitos ocorreu a partir do surgimento do Estado democrático de direito, sendo que tal modelo estatal transformou a realidade, fazendo com que surgisse a ideia do recrudescimento dos direitos fundamentais, assumindo a Constituição uma função principiológica (LEAL, 2007). Com o surgimento do Estado democrático de direito, houve um novo deslocamento do polo de tensão dos poderes, passando o Po-

der Judiciário a assumir um papel de maior destaque no Estado. No Estado democrático de direito foram definidos os objetivos fundamentais do Estado.

Além do mais, cabe enfatizar que a Constituição, no Estado democrático de direito, tem sua base principiológica dotada de uma forma normativa, onde pode ser interpretada pela sociedade de forma aberta. Por fim, urge destacar que fora o Estado democrático de direito protagonista para o surgimento de uma supervalorização da proteção dos direitos fundamentais, de modo que o Poder Judiciário, na figura do tribunal constitucional, passou a ter uma postura mais ativa, assumindo, assim, um papel de protagonista frente às inúmeras questões atinentes aos direitos fundamentais que lhe são postas.

Surge, então, a noção de ativismo judicial e judicialização. Luís Roberto Barroso (2008) menciona que o ativismo e a judicialização “são primos”, ou seja, embora sejam fenômenos próximos, são distintos um do outro, sendo que o primeiro expressa uma postura do intérprete, “um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, potencializando o sentido e alcance de suas normas, para ir além do legislador ordinário”. Já a judicialização deriva da vontade do constituinte, porquanto, “decorre do modelo de Constituição analítica e do sistema de controle de constitucionalidade abrangente adotados no Brasil, que permitem que discussões de largo alcance político e moral sejam trazidas sob a forma de ações judiciais.”

O atual modelo de Estado exige do Poder Judiciário uma atuação construtiva e criativa em determinados momentos, ou seja, o desempenho de um papel valorativo na criação de conteúdos tidos como fundamentais. Em outras palavras, é certo que o período democrático consagrou a noção de Constituição aberta pautada em uma base principiológica capaz de refletir os valores mais caros de determinado povo. Entretanto, é justamente o caráter aberto da Constituição que enseja uma atuação efetiva e criativa dos tribunais, os quais precisam interpretar a Constituição para, com isso, dizer o alcance e/ou o limite de cada direito frente ao caso concreto.

3. Direitos fundamentais e aplicabilidade imediata: o direito à saúde em suas dimensões objetiva e subjetiva

Diversos são os autores que tratam acerca da conceituação e da delimitação do termo direitos fundamentais. Assim, objetivando dar início a este estudo, busca-se o entendimento de Sarlet (2012, p. 85), para o qual os direitos em questão afiguram-se como posições jurídicas relativas a todas as pessoas, sendo que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, devido ao seu conteúdo e sua importância, os direitos fundamentais são aqueles que foram integrados junto ao seio da Constituição.

Os direitos fundamentais constituem o alicerce de uma sociedade mais justa. Isso porque, através deles, possibilita-se que as diferenças entre os cidadãos não sejam tão alarmantes. Denominam-se fundamentais porque essenciais a uma vida digna, essencialidade esta que muda de acordo com a sociedade em que se encontram os sujeitos.

Assim, tem-se que “a ampliação e a transformação dos direitos fundamentais do homem no evoluir histórico dificulta definir-lhes um conceito sintético e preciso” (SILVA, 2006, p. 175). Encontramos na frase do autor fundamentos para afirmar que os direitos fundamentais não são estáticos. Trata-se de direitos relativos à pessoa humana, que por isso se modificam de acordo com seu momento histórico e sua condição.

Inúmeras são as expressões utilizadas ao longo da história e em cada momento para designar tais direitos. Assim, utilizaremos, para fins de conceituação, a expressão direitos fundamentais do homem. José Afonso da Silva (2006, p. 178) entende que

[...] direitos fundamentais do homem constituem a expressão mais adequada a este estudo, porque, além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo,

aquelas prerrogativas e instituições que eles concretizam em garantia de uma convivência digna, livre, e igual para todas as pessoas. No qualificativo fundamental acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive, fundamentais do homem no sentido que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreto e materialmente efetivados.

Fica evidente que os direitos fundamentais são a base de uma sociedade justa e civilizada, na medida em que uma sociedade onde todos veem supridas suas necessidades básicas possibilita mais igualdade entre seus cidadãos. Moraes (2008, p. 60) nos ensina, sobre os dizeres de Canotilho, que

a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente à ingerência destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissão dos poderes públicos de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa).

Pela leitura das definições de direitos fundamentais como direitos de defesa compreendemos ainda mais sua essencialidade. São os responsáveis por uma vida digna, por nossa estrutura básica, e, dessa forma, é através deles que nos tornamos livres e aptos a exercer nossa participação na democracia.

Não restam dúvidas, portanto, que as normas que versam sobre direitos e garantias fundamentais não têm mera natureza constitucional, mas sim servem como fundamento essencial para a construção de nossa Constituição. Nos termos do art. 5º, § 1º, as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, sendo de suma importância observar que a referida regra comporta exceções trazidas pelo constituinte originário.

Após a Segunda Guerra Mundial, diante de todas as atrocidades cometidas, é possível observar o fortalecimento da ideia

dos direitos fundamentais e da proteção da dignidade humana. Para tanto, a Constituição assume uma função eminentemente principiológica, e de textura aberta, havendo uma mudança na concepção do papel da Constituição e dos próprios direitos nela contidos.

Se num primeiro momento a implementação das políticas públicas ficava à mercê da boa vontade dos poderes públicos, de acordo com o seu interesse e convencimento, no Estado democrático de direito há uma força normativa e vinculante da Constituição e dos direitos nela previstos, os quais passam a ser exigíveis. Leal (2007, p. 31) assevera que

[...] a inovação que se verifica com relação a Constituição neste período se dá, especialmente, no âmbito de sua extensão, uma vez que os direitos clássicos de defesa somente atingiam uma parcela da ordem jurídica. A qualificação material dos direitos fundamentais, como normas objetivas, faz com que esses tenham efeito em todo o domínio do direito, razão pela qual a Constituição se transforma em ordem jurídica fundamental desse todo. Dito de outro modo, toda a ordem jurídica passa a ser abarcada pela Constituição em suas bases principiológicas.

É possível observar, através do estudo do direito constitucional moderno, que vivemos um momento crucial do ponto de vista das dinâmicas sociais, posto que nunca antes na história tinha-se à disposição de todos os cidadãos uma gama tão ampla de direitos. Essa ampliação a todos os cidadãos dos direitos e das garantias fundamentais impacta diretamente nas constituições contemporâneas, abrangendo conteúdos não apenas programáticos, como valores que permeiam todos os poderes do Estado.

Desse modo, o Poder Judiciário ganha espaço através do exercício do controle de constitucionalidade das leis, uma vez que esse novo formato de Constituição conta com uma força normativa. Assim, a compreensão do indivíduo passa a ter uma perspectiva solidária, ou seja, a sua condição de sujeito vai além da esfera privada, bem diferente do sistema liberal, que priorizava o interesse individual. Desse modo, aspectos valorativos e comunitários se revestem de um status jurídico, impositivo,

transportados para dentro das constituições, que funcionam como diretrizes para a vida em comum (LEAL, 2007).

Diante disso, a Constituição do México de 1917, a Revolução Russa de 1917 e a Constituição de Weimar na Alemanha em 1919 foram os principais marcos dos direitos sociais em sua evolução, vindo a ser garantidos, com isso, aos cidadãos os direitos sociais ou mínimos existenciais, para que possam viver com dignidade.

O papel de destaque ocupado pelos direitos fundamentais nas constituições dos Estados de direito é inegável. Com a mudança de paradigma trazida com a transformação do Estado liberal – marcado pela não intervenção estatal –, para o Estado de bem-estar social ou Welfare State– com um viés que exigia uma atuação do Poder Público para a promoção de direitos fundamentais – e daí para o Estado de Direito –, onde a jurisdição constitucional passa a ocupar um papel importante –, a supremacia da Constituição e os direitos fundamentais tornam-se objeto de maior preocupação no que se refere a sua garantia e efetividade. Na lógica estabelecida com essa transformação, o juiz detém uma responsabilidade também “pelo sucesso político das finalidades impostas aos demais Poderes [...]. Ou seja, como o Legislativo e o Executivo, o Judiciário torna-se responsável pela coerência de suas atitudes em conformidade com os projetos de mudança social” (FERRAZ JUNIOR, 2016, p. XXI).

As características do antigo regime vão sendo, assim, abandonadas, passando a lei a ocupar um papel central na organização do Estado e, dotada de supremacia, torna-se obrigatória a todos, incluindo o próprio Estado, a Administração e as formas de jurisdição (LEAL, 2007). Nesse contexto, inserem-se nas constituições catálogos de direitos fundamentais que passam a ser indicativos para a atuação dos poderes estatais e que embasam toda a ordem jurídica vigente, com status de direitos constitucionais. Mendes (2012, p. 483), no tocante à positivação desses direitos na Constituição brasileira, pontua que

[...] a Constituição brasileira não apenas prevê expressamente a existência de direitos fundamentais sociais (art. 6º), especificando seu conteúdo e forma de prestação (arts. 196,

201, 203, 205, 215, 217, entre outros), como também não faz distinção entre os direitos e deveres individuais e coletivos (Capítulo I do Título II) e os direitos sociais (Capítulo II do Título II), ao estabelecer que os direitos e garantias fundamentais tem aplicação imediata (CF/88, art. 5º, §1º).

O direito à saúde se encontra, nessa classificação, como um direito fundamental social previsto no art. 6º da Carta Magna, com clara conexão com a realização do direito à vida. Sua vinculação a uma dimensão coletiva é uma característica que decorre de sua natureza e, como direito fundamental social, tem uma dimensão objetiva que gera a vinculação do poder público a sua realização. Geram, portanto, um direito à prestação, exigindo que a Administração pública aja de forma a dar uma resposta a essa pretensão de prestação que decorre da dimensão objetiva, que deve estar relacionada “con la necesidad de su protección preferente en términos de medidas que sean aplicables a la generalidad de los supuestos y no como un acceso global basado en la individualidad o singularidad que puede implicar una posición jurídica subjetiva” (GAVARA DE CARA, 2010, p. 13).

Foge-se, desse modo, da noção de um Estado não interventor que tem como dever apenas a não violação de direitos, devendo agora o Estado assumir a posição de promotor de direitos, seja mediante a implementação de condições ao exercício desses direitos, seja mediante a criação de políticas públicas que tenham como finalidade e sua concretização, estando tanto o Poder Legislativo como– e especialmente – o Poder Executivo vinculados⁴ à concretização dos direitos fundamentais.

Deve o Estado atuar e não se omitir, sendo a omissão na sua prestação a forma mais comum pela qual ocorre a violação de um direito fundamental social, pois “os direitos económicos, sociais e culturais ou, genericamente, os direitos fundamentais

4 São alguns exemplos de vinculações legais ao legislador e ao Poder Público: art. 4º, p. ú., alínea “c”, da Lei nº 8.069/90 (*preferência na formulação de Políticas Sociais Públicas específicas*); art. 5º e seguintes, da Lei Complementar nº 141/2012 (*valores mínimos a serem aplicados anualmente em ações e serviços públicos da saúde*), bem como dispositivos encontrados na Constituição Federal, quais sejam: art. 195 (*financiamento da seguridade social*), art. 198, § 2º (*recursos mínimos de aplicação nas ações voltada à saúde*), art. 211 (*vinculação aos regimes de ensino na promoção da educação*), art. 212, *caput* (*percentuais a serem aplicados na manutenção da educação*), entre outros.

sociais, constituem obrigações de prestação positivas cuja satisfação consiste num *facere*, uma ‘ação positiva’ a cargo dos poderes públicos” (QUEIROZ, 2006, p. 16, grifado no original). Saber se há, além dessa dimensão objetiva que é característica própria dos direitos fundamentais sociais, também uma dimensão subjetiva, que permita a tutela individualizada desses direitos de caráter social e coletivo, é o ponto central da discussão que cerca as dimensões subjetiva e objetiva. Para Alexy (1989), citado por Queiroz (2006, p. 16) “saber se os mesmos podem ser construídos como ‘posições subjectivas jusfundamentais de natureza prestacional’ tal como ocorria com os direitos individuais” resume a questão.

A doutrina e a jurisprudência brasileira têm admitido essa possibilidade de tutela subjetiva dos direitos fundamentais sociais e, como coloca Bitencourt (2013, p. 125), quanto a essa aceitação, “ao menos atualmente, não há razões suficientes que sustentem o argumento de que os mesmos não são sindicalizáveis via individual”, diante do conteúdo revestido de fundamentalidade desses direitos que seriam tolhidos caso essa possibilidade não fosse reconhecida. Sendo assim, não são poucas as decisões determinando a concretização de um direito fundamental social, como é o caso do direito à saúde – tendo, inclusive, se configurado um cenário de judicialização do direito à saúde no Brasil –, sendo frequentes as demandas buscando a concessão de medicamentos e tratamentos médicos sempre com o fundamento de proteção desse direito fundamental social. Essas demandas, contudo, colocam em xeque a atuação do Poder Judiciário, sendo a sua legitimidade de atuação questionada frente à relação entre poderes e a primazia dos demais poderes na criação e na implementação de políticas públicas que efetivem direitos fundamentais sociais.

4. Intervenção judicial em matéria de saúde: atuação positiva ou negativa?

A intervenção judicial em matéria de direitos fundamentais sociais é sempre controversa. Assim, é em razão da noção estabelecida pela Constituição Federal brasileira em seu art.102, onde está definido que “compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição” (BRASIL, 1988), que o órgão de cúpula do Poder Judiciário no país sustenta a sua função de guardião da Constituição e, conseqüentemente, de protetor dos direitos fundamentais nela elencados.⁵ Desse modo, é certo que o debate acerca da atuação judicial tem seu cerne na questão referente ao lugar que será ocupado pelo Poder Judiciário, diante da constitucionalização de direitos, como principal problema à ideia de Separação de Poderes (MICHELMAN, 2005).

Nesse contexto, pode-se perceber, marcadamente, “uma tendência de agigantamento do papel desempenhado pela jurisdição dentro dessa nova ordem democrática assentada no predomínio dos direitos fundamentais” (LEAL, 2007, p. 87). E, em razão disso e também da já referida dimensão objetiva dos direitos fundamentais sociais, que vincula o Estado à promoção de meios de proteção e concretização dos direitos fundamentais, a ofensa a um desses postulados constitucionais, especialmente diante da omissão dos poderes incumbidos dessa tarefa, leva à análise da questão ao mais alto tribunal brasileiro.

Frente a esse debate, o Supremo Tribunal Federal se manifestou no sentido de ser possível a sua intervenção em matéria de implementação de políticas públicas – embora determine apenas a concretização de um direito de forma individualizada, por exemplo, a concessão do medicamento “X” e não a determinação de uma política pública que o distribua – sem que haja

5 Esse posicionamento encontra respaldo, ainda, no inciso XXXV, do art.5º da Constituição Federal brasileira (BRASIL, 1988), “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, aumentando significativamente o rol de apreciação do Poder Judiciário e, assim, do STF.

uma ingerência em relação aos demais poderes estatais.⁶ O ministro Gilmar Ferreira Mendes, em voto proferido na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175, conhecida no país como “decisão da saúde”, embasou seu posicionamento, que se coaduna com o entendimento adotado pela corte, sustentando que

[...] a incumbência de fazer implementar políticas públicas fundadas na Constituição poderá atribuir-se, ainda que excepcionalmente, ao Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos políticos-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e integridade de direitos individuais e/ou/ coletivos impregnados de estrutura constitucional, como sucede na espécie ora em exame. (BRASIL, 2010, p. 41).

É afirmada, assim, a possibilidade de intervenção judicial quando haja a ofensa a direitos fundamentais, por meio da omissão do Poder Executivo, sendo justificada a atuação judicial na omissão do Poder Público e no papel de guarda da Constituição Federal atribuído ao Supremo Tribunal Federal pela Constituição pátria. Nesse sentido é também o entendimento do ministro Celso de Melo, relator na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45,⁷ ao afirmar que “em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo [...] a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional” (BRASIL, 2004, p. 5).

Contudo, embora esse seja o posicionamento adotado pela mais alta corte brasileira, o mesmo não está imune a críticas. Maus (2000, p. 192) traça, nessa linha, uma crítica à atuação, especialmente voltada aos tribunais constitucionais, pautada na noção de guarda da Constituição, referindo que “por conta de

seus métodos específicos de interpretação constitucional, atua o TFC menos como ‘Guardião da Constituição’ do que como garantidor da própria história jurisprudencial, à qual se refere legitimamente de modo autorreferencial”.⁸ Outro aspecto que é objeto de crítica no que se refere à atuação judicial é a ideia de uma falta de capacidade do Poder Judiciário para determinar a alocação de recursos, dado que “todas as dimensões dos direitos fundamentais têm custos públicos” (MENDES, 2012, p. 464).

É salutar apresentar o levantamento realizado pela Advocacia Geral da União (2013, p. 10) no tocante à intervenção do Poder Judiciário em matéria de saúde pública no Brasil e aos gastos decorrentes de decisões individuais que determinam o fornecimento de medicamentos pelo Poder Público – diante do fato de onerarem em grande medida os cofres públicos frente à ausência de uma previsão orçamentária ou mesmo de uma estratégia ou política pública de distribuição de medicamentos – onde se observa que

[...] o contrato de transporte aéreo (necessário para a entrega da medicação na residência do paciente) [...], no ano de 2011 custou R\$ 1.620.841,62 (um milhão, seiscentos e vinte mil (sic), oitocentos e quarenta e um reais e sessenta e dois centavos) e no ano de 2012 foi de R\$ 1.965.435,39 (um milhão novecentos e sessenta e cinco mil quatrocentos e trinta e cinco reais e trinta e nove centavos). Esses gastos traduzem o custo adicional a cada ano pelo fato de se ter compras não programadas, voltadas ao atendimento de pacientes de modo individual e com entrega em suas respectivas residências.

Na mesma linha, segundo dados do Ministério da Saúde do ano de 2016, 70% dos recursos alocados pelos estados para a compra de medicamentos são utilizados para o cumprimento de decisões judiciais decorrentes de processos de medicamentos, restando apenas 30% do total para a promoção do direito coletivo à saúde. Ainda segundo o ministro da Saúde Ricardo Barros,

6 Monteiro (2010, p. 168) observa, ainda, em uma postura que defende a necessidade de atuação judicial frente à omissão dos demais Poderes, que “se um dos poderes não exerce o seu papel, compete aos outros suprimir sua falta”, buscando que não haja uma deficiência das prestações estatais.

7 Embora, tenha perdido o objeto da ação, é frequentemente utilizada como fundamento da argumentação adotada pelos ministros de nosso tribunal, sendo emblemática quanto ao posicionamento da Corte brasileira no que se refere à implementação de políticas públicas que assegurem direitos fundamentais pelo Judiciário

8 A crítica à autorreferência nos julgados aplica-se também ao Supremo Tribunal Federal brasileiro, pois, não raramente, a argumentação sustentada nas decisões ocupa-se, em maior medida, ademonstrar como é o entendimento já firmado pelo tribunal, o que vem embasado de forma a colacionar decisões já emanadas pelo próprio órgão judicial.

gráficos demonstram que os gastos da União com ações judiciais cresceram 797% em cinco anos, passando de 122,6 milhões, em 2010, para aproximadamente 1,1 bilhão, em 2015 (CANCIAN, 2016). Na mesma entrevista, a advogada geral da União, Grace Mendonça, disse que são as decisões judiciais que desestabilizam completamente o sistema público de saúde no Brasil.

Outra crítica que se apresenta refere-se à possibilidade de uma diminuição no caminho da distribuição dos medicamentos ou tratamentos médicos, ou seja, as demandas judiciais acabam por “furar a fila” do Sistema Único de Saúde brasileiro, ofendendo o princípio da igualdade e não resolvendo o problema da promoção e da efetivação da saúde como um todo. Desse modo, torna-se, por vezes, conveniente o acesso ao Judiciário diante da demora e da escassez de alguns medicamentos que seriam distribuídos de forma gratuita e, assim, como referido, há um custo ainda mais alto para o Estado que, além do fornecimento de um medicamento que, pela via da ação judicial, tem seu custo aumentado, há a movimentação da máquina judicial, gerando ainda mais custos do que o previsto.

Sendo assim, é necessário questionar se a atuação judicial na concretização de direitos fundamentais sociais, como o direito à saúde, é uma atuação positiva, tanto em termos de intervenção como de boa intervenção, ou se é negativa, seja em termos de abstenção ou de má intervenção, e se esta traz mais consequências que dificultam a lógica operacional (financeira, organizacional e social) ou que servem como um auxílio na promoção da melhor efetivação do direito à saúde no Brasil.

Na visão de Habermas (2003), o direito é um conjunto de ações comunicativas que servem para coordenar ações-relações interpessoais. Partindo da visão apresentada por Habermas, tem-se que o grande problema da efetivação do direito fundamental à saúde no Brasil está justamente na falta de diálogo entre os poderes. Isso porque o Poder Executivo, responsável pela implementação, gestão e execução das políticas públicas de saúde, não consegue dar conta de tal missão, seja por excesso de demanda, ou em virtude da corrupção, ou, até mesmo por ineficiência, ou, por fim, pela não correspondência da legis-

lação com a realidade fática. Fato é que, em virtude desse não acontecimento do direito à saúde na prática, resta aos cidadãos recorrer ao Poder Judiciário, exigindo que a Constituição e as leis ordinárias sejam cumpridas.

Não conceder medicamentos por via judicial ao cidadão sob o argumento de falta de orçamento é uma decisão pragmática, não jurídica, uma vez que o cidadão nem ao menos deveria estar recorrendo à Justiça, pois é detentor do direito líquido e certo de receber o medicamento do Estado. Em meio a esse debate, é levantado pelo Estado o argumento de que a concessão individualizada e indiscriminada de medicamentos via ação judicial afrontaria o princípio da reserva do possível.

É possível afirmar que essa teoria foi recepcionada não só pelo ordenamento jurídico brasileiro, mas por vários outros países. Ocorre que, no Brasil, tal teoria vem sendo utilizada como forma de justificar a ineficiência do Estado. Desse modo, a reserva do possível – que seria, na sua essência, um ponto de equilíbrio entre a efetivação dos Direitos Fundamentais e a razoabilidade – passa a exercer um papel de limitador da implementação desses direitos, pois condiciona sua efetivação à existência de receitas no orçamento público, mitigando, assim, esses direitos fundamentais prestacionais, vindo a mesma, também, ser chamada de reserva do financeiramente possível.

No entendimento de diversos autores, a utilização da reserva do possível deverá ser limitada quando se estiver diante de direitos relacionados ao mínimo existencial. Ricardo Lobo Torres (2008) afirma que a proteção do mínimo existencial não se sujeita à reserva do possível, já que esses direitos se encontram nas garantias institucionais de liberdade, na estrutura dos serviços públicos essenciais e na organização de estabelecimentos públicos. Para o autor,

a proteção positiva do mínimo existencial não se encontra sob a reserva do possível, pois sua fruição não depende do orçamento nem de políticas públicas, ao contrário do que acontece com os direitos sociais. **Em outras palavras, o Judiciário pode determinar a entrega das prestações positivas, eis que tais direitos fundamentais não se encon-**

tram sob a discricionariedade da Administração ou do Legislativo, mas se compreendem nas garantias institucionais da liberdade, na estrutura dos serviços públicos essenciais e na organização de estabelecimentos públicos (hospitais, clínicas, escolas primárias etc.).

Ana Paula de Barcellos (2002) adota uma posição mais radical ainda acerca do mínimo existencial. Para ela, o mínimo existencial constitui o conteúdo mais essencial do princípio da dignidade da pessoa humana, e, por essa razão, deve ser aplicado em sua integridade, não devendo haver margem para ponderação:

[...] uma fração do princípio da dignidade da pessoa humana, seu conteúdo mais essencial, está contida naquela esfera do consenso mínimo assegurada pela Constituição e transformada em matéria jurídica. É precisamente aqui que reside a eficácia jurídica positiva ou simétrica e o caráter de regra do princípio constitucional. Ou seja: a não realização dos efeitos compreendidos nesse mínimo constitui uma violação ao princípio constitucional, no tradicional esquema do 'tudo ou nada', podendo-se exigir judicialmente a prestação equivalente. Não é possível ponderar um princípio, especialmente o da dignidade da pessoa humana, de forma irrestrita, ao ponto de não sobrar coisa alguma que lhe confira substância; também a ponderação tem limites.

Assim, Barcellos entende que a reserva do possível pode se relacionar com o mínimo existencial. Entretanto, devem ser atendidas primeiramente as demandas relacionadas a esse mínimo, para que em seguida seja possível a ponderação acerca da aplicação dos recursos públicos remanescentes. Corroborando o entendimento acima citado, Ingo Sarlet e Mariana Figueiredo (2008) entendem que, quando se trata de direitos relacionados ao mínimo existencial, a reserva do possível não deve, por si só, ser fundamento para impedir a satisfação do direito:

[...] em matéria de tutela do mínimo existencial [...] há que reconhecer um direito subjetivo definitivo a prestações e uma cogente tutela defensiva, de tal sorte que, em regra, razões vinculadas à reserva do possível não devem prevalecer como argumento a, por si só, afastar a satisfação do direitos e exigência do cumprimento dos deveres, tanto co-

nexos quanto autônomos, já que nem o princípio da reserva parlamentar em matéria orçamentária nem o da separação dos poderes assumem feições absolutas.

Contudo, os próprios autores ressaltam que não são irrelevantes as questões relacionadas à reserva do possível, de forma que sempre devem ser aferidas no caso concreto, mediante produção de prova submetida ao contraditório, a real necessidade da prestação pleiteada e sua efetiva relação com o mínimo existencial.

Uma possível solução para a questão da judicialização seria a efetivação do direito fundamental ao bom governo, do qual todo cidadão brasileiro é detentor. Tal comando está estampado em nossa Constituição Federal, em seu art.37, segundo a qual o Estado deve pautar seus atos nos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Além de ser direito do cidadão ser contemplado com um serviço público de saúde eficiente, é também seu direito ter um bom governo, um governo gerido com eficiência e eficácia, onde não seja mais necessário recorrer ao Poder Judiciário para determinar aos demais poderes do Estado que cumpram com a sua obrigação.

Conforme sustentam Reck e Bitencourt (2016), as políticas públicas são complexas e envolvem desejos e intenções políticas, jurídicas e sociais, não sendo "unicamente jurídicas", pois seu "conteúdo material são os fins e os objetivos políticos que não deixam de estar também expressos na Constituição, muitos deles explícitos no próprio Texto Constitucional". Assim, o dever de formular e concretizar políticas públicas sociais é do Estado, e também da sociedade. De todo modo, a política pública é um dos modos pelos quais os cidadãos atuam sobre si mesmos. Isso significa que uma política pública envolve um ou mais objetivos, bem como órgãos para tanto, e atos de planejamento e execução— tudo isso dentro de um respectivo período de tempo.

Fato é que, atualmente, tem-se uma atuação administrativa insuficiente, o que acabou por gerar uma atuação judicial excessiva e, por vezes, até mesmo precária. Se de um lado temos a total inoperância do Poder Público, o qual não consegue implementar e gerir políticas públicas de saúde, de outro temos

um direito fundamental à saúde do cidadão, o que implica diretamente na preservação do seu direito à vida e à dignidade. Por esses motivos, acaba agindo o Poder Judiciário, muitas vezes até de forma temerária, pois aquela retenção de valores para compra de medicamentos e/ou promoção de tratamento para um indivíduo pode acabar gerando a violação do direito à saúde de vários outros indivíduos (HACHEM, 2013).

5. Conclusão

Pode-se concluir, portanto, que não restam dúvidas quanto à possibilidade de tutela subjetiva do direito fundamental à saúde. Embora ostente uma dimensão claramente objetiva, que obriga o Estado à regulamentação do mesmo e à promoção de meios e políticas públicas que concretizem o direito à saúde, pode ser tutelado individualmente. Sendo assim, a dimensão subjetiva do direito à saúde atua como um reforço à sua realização, dada a importante relevância do direito protegido.

Outrossim, a intervenção judicial em matéria de direito à saúde, ainda que represente a concretização do direito fundamental daqueles que acessam o Poder Judiciário buscando a sua tutela, não representa uma melhora da promoção e da concretização do direito à saúde na sua totalidade. O Poder Judiciário, aqui analisado o papel do Supremo Tribunal Federal, atua remediando os déficits de prestação desse direito de cunho constitucional por parte do Poder Público. Não contribui diretamente para o desenvolvimento de mecanismos que colaborem para uma garantia do direito fundamental à saúde de uma forma coletiva, nem atua em casos pontuais e individualizados, mostrando ser necessário repensar a lógica de prestação judicial que se apresenta atualmente.

Tem-se, atualmente, portanto, uma insuficiência da atuação administrativa, o que acaba por gerar uma excessiva, e, muitas vezes, temerária atuação por parte do Poder Judiciário. Precisamos abandonar o modelo de atuação administrativa formal e consolidar um modelo de atuação administrativa social,

no qual todos os envolvidos deliberem e construam de forma conjunta o espaço público e, por conseguinte, a política pública de atendimento e promoção da saúde, uma vez que o problema não reside na falta de recursos orçamentários, mas sim na má distribuição e gestão dos mesmos.

6. Referências

ALVES, Felipe Delenogare. **Judicialização e ativismo judicial:** o Supremo Tribunal Federal entre a interpretação e a intervenção na esfera de atuação dos demais poderes: uma análise a partir das manifestações na fundamentação de suas decisões. 2014. Dissertação (Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado) – Universidade de Santa Cruz do Sul, 2014.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais:** o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Conjur**, 22 dez. 2008. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica>. Acesso em: 23 nov. 2016.

BITENCOURT, Caroline Müller. **Controle jurisdicional de políticas públicas.** Porto Alegre: Nuria Fabris, 2013.

BRASIL. Advocacia Geral da União. **Intervenção judicial na saúde pública:** panorama no âmbito da justiça federal e apontamentos na seara das justiças estaduais. Brasília, 29 de maio de 2014. Disponível em: <<http://u.saude.gov.br/images/pdf/2014/maio/29/Panorama-da-judicializa----o---2012---modificado-em-junho-de-2013.pdf>>. Acesso em: 22 out. 2016.

_____. Constituição (1988). **Constituição da república federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao-compilado.htm>. Acesso em: 22 out. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175**. Rel. Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Tribunal Pleno, julgado em 17/03/2010. DJ 30 abr. 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 22 out. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental 45**. Rel. Ministro Celso de Mello. Julgada em 29/04/04. DJ 04/05/2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 22 out. 2016.

CANCIAN, Natália. Decisão do STF sobre fornecimento de remédios guiará ações pelo país. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 24 set. 2016. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2016/09/1816469-decisao-do-stf-sobre-fornecimento-de-remedios-guiara-acoes-pelo-pais.shtml>>. Acesso em: 22 out. 2016.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Argumentação jurídica**. Barueri, SP: Manole, 2016.

GAVARA DE CARA, Juan Carlos. La dimensión objectiva de los derechos sociales. In: _____. **Cuadernos de derecho Constitucional**. Barcelona: Librería Bosh, 2010.

GOMES, Luiz Flávio. O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes? **Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2164, 4. jun. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12921>>. Acesso em: 13 set. 2016.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre faticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 2.

HACHEM, Daniel Wunder. A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 13, n. 13, p. 340-399, jan./jun.2013.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Jurisdição constitucional aberta: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LIMA, Flávia Danielle Santiago. Da judicialização da política no Brasil após a Constituição de 1988: linhas gerais sobre o debate. In: ESTUDANTES Caderno Acadêmico. Recife: Nossa Livraria, 2007. (Edição comemorativa).

MAAS, Rosana Helena. **O amicus curiae como instrumento de realização de uma jurisdição constitucional aberta: a repercussão do instituto na ação direta de inconstitucionalidade n. 3.510/DF sobre a lei da biossegurança**. 2011. 201 f. Dissertação (Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado) – Universidade de Santa Cruz do Sul, 2011.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, n. 58, p. 193-202, nov. 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MICHELMAN, Frank Isaac. A constituição, os direitos sociais e a justificativa política liberal. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Jurisdição e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 131-155.

MINISTRO Celso de Mello defende ativismo judicial do STF. **Direito do Estado**, 24 abr. 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/noticias/ministro-celso-de-mello-defende-ativismo-judicial-do-stf>>. Acesso em: 12 jul. 2016.

MONTEIRO, Juliano Ralo. Ativismo judicial: um caminho para a concretização dos direitos fundamentais. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. **Estado de direito e ativismo judicial**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2010.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 13.ed. São Paulo: Atlas, 2008.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível**. 2006. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Paraná, 2006, p. 6. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/>>. Acesso em: 15 jul. 2016.

PÉREZ LUÑO, Antônio Enrique. **Los derechos fundamentales**. 11. ed. Madri: Tecnos, 2013.

QUEIROZ, Cristina. **O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais**: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial. Lisboa: Coimbra, 2006.

RECK, Janriê Rodrigues; BITENCOURT, Caroline Muller. Categorias de análise de políticas públicas e gestão complexa e sistêmica de políticas públicas. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Curitiba, v. 16, n. 66, 22 nov. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 42-43.

SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 81-82.

ATIVISMO JUDICIAL E JUSTIÇA ELEITORAL

Rodrigo López Zilio¹

¹ Promotor de Justiça e professor de Direito Eleitoral. Mestrando em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público. E-mail: <rlzilio@mprs.mp.br>.

Resumo

O artigo analisa a prática do ativismo judicial na Justiça Eleitoral. Para tanto, inicia por diferenciar o ativismo judicial do fenômeno da judicialização do processo na jurisdição constitucional e, na sequência, analisa a existência de ativismo judicial no Estado Democrático de Direito. Após, centra-se em pontuar alguns aspectos vinculados à atuação da Justiça Eleitoral. A partir da análise de decisões proferidas pela Justiça Eleitoral, seja na forma de resposta à consulta ou mesmo na edição de resolução, questiona-se o limite de atuação desse órgão do Poder Judiciário, ainda que a pretexto de proteção da normalidade e legitimidade do processo eleitoral.

Palavras-chave: Ativismo judicial. Consulta. Justiça Eleitoral. Poder regulamentar. Resolução.

Abstract

The article analyzes the practice of judicial activism in the Electoral Court. To that end, it begins by differentiating judicial activism from the phenomenon of the judicialization of the process in the constitutional jurisdiction, and then analyzes the existence of judicial activism in the Democratic State of Law. After, it focuses on punctuating some aspects related to the performance of the Electoral Justice. Based on the analysis of decisions issued by the Electoral Justice, whether in the form of a response to the consultation or even in the resolution edition, the question is asked of the limitation of this judicial body, even if it is a pretext to protect the normality and legitimacy of the process electoral.

Keywords: Judicial activism. Query. Electoral justice. Regulatory power. Resolution.

1. Introdução

A opção por um Estado Democrático de Direito fundada em uma Constituição com forte carga axiológica e dotada de uma plêiade de direitos fundamentais redundou em uma judicialização da política, ou seja, as decisões sobre matérias sensíveis e caras ao regime republicano passam a ter no Poder Judiciário o *locus* final de deliberação, havendo uma espécie de transferência na arena do poder decisional – fato que é (ou deve ser) reputado contingencialmente. A partir desse desenho entabulado pela Carta Política de 1988, é lícito reconhecer que o Poder Judiciário passa a exercer uma “atuação que leve em conta a perspectiva de que os direitos construídos democraticamente – e postos na Constituição – têm precedência mesmo contra textos legislativos produzidos por maiorias eventuais” (STRECK, 2014, p. 178), conquanto esse agir deva encontrar um limite claro na própria Constituição Federal.

A relevância da atuação da jurisdição constitucional é bem delineada por Luís Roberto Barroso (2013, p. 238), quando observa que “o grande papel de um tribunal constitucional” é “proteger e promover os direitos fundamentais, bem como resguardar as regras do jogo democrático”. A defesa da importância atuação da jurisdição constitucional é compartilhada por Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento (2013, p. 159), os quais ressaltam, porém, que “a jurisdição constitucional não é e não deve ser concebida como a protagonista da narrativa constitucional da Nação”, já que a “Constituição é interpretada e concretizada também fora das cortes”.

De qualquer modo, instado a responder por demandas de grande complexidade social ou política (os denominados *hard cases*), o Poder Judiciário dá respostas que tangenciam ou, por vezes, ultrapassam o limite da separação dos poderes. Quando as decisões judiciais terminam por invadir matéria que é de estrita competência dos Poderes Executivo ou Legislativo, o Judiciário é acusado de promover um ativismo judicial. Ainda que tanto a judicialização da política como o ativismo judicial

denotem uma ideia de um acentuado grau de judicialização no ordenamento jurídico, Clarissa Tassinari pontua relevantes distinções entre esses fenômenos: a judicialização da política tem relação com uma “questão social” e é “derivada de uma série de fatores originalmente alheios à jurisdição” (amplo reconhecimento de direitos; ineficiência estatal na implementação desses direitos; aumento de litigiosidade) e sua diminuição não depende apenas do Poder Judiciário, mas também de comprometimento dos demais poderes constituídos; o ativismo judicial, de seu turno, se caracteriza por uma atuação expansiva do Poder Judiciário, com decisões discricionárias e interferência nos demais poderes “com competências que não lhe são reconhecidas constitucionalmente” (TASSINARI, 2013, p. 24-37).

Conquanto não seja um espaço adequado para debater, com a profundidade necessária, sobre diversas questões atinentes ao ativismo judicial, é importante salientar que o ativismo judicial tem encontrado na fase pós-Constituição Federal de 1988 um momento propício para uma ocupação maior de espaço, ainda que esse tema não tenha, no Brasil, um debate de viés histórico, como o que ocorre no direito norte-americano.² Com

2 Quando se analisa o ativismo judicial sob um viés histórico, conforme rememora Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2014, p. 49-59), sempre se destacam três decisões da Suprema Corte norte-americana que são tidas como uma espécie de “pré-história” do ativismo judicial. Primeira afirmação do *judicial review* da Suprema Corte, no caso *Marbury vs Madison* (1803) a Suprema Corte negou o pedido de *Marbury* – que impetrara um mandado de segurança diretamente na Suprema Corte contra o secretário de Estado James Madison, com o objetivo de obrigar o demandado a outorgar os poderes de juiz de paz no estado de Columbia – cargo para o qual ele tinha sido nomeado pelo presidente John Adams (nos últimos dias de mandato) – sob o argumento de que a Constituição não lhe outorgava competência originária para o caso concreto (a sua competência era apenas recursal) e, então, declarou inconstitucional o art. III da Seção 13 do *Judiciary Act* de 1789. No caso *Dred Scott vs Sandford* (1856), a Suprema Corte – em uma decisão extremamente criticada até hoje – negou o pedido de liberdade formulado por Scott, a partir da morte do seu proprietário, o major do Exército John Emerson, refutando o argumento da aquisição do direito à liberdade pelo fato de haver residido em Illinois e Wisconsin (estados que proibiam a escravidão); nessa oportunidade, para refutar o argumento de *Dred Scott*, o juiz Roger Taney argumentou que: 1) a V Emenda garante o direito constitucional de propriedade dos escravos e isso não poderia ser contrariado por lei estadual; 2) deve-se interpretar a Constituição de acordo com o status do negro ao tempo em que o documento foi ratificado (1787-1788), e o negro não era considerado cidadão, mas pertencia a uma classe subordinada e inferior; 3) não é atribuição da Suprema Corte decidir sobre a justiça ou injustiça disso. Por fim, no caso *Lochner vs New York* a corte reputou inconstitucional uma lei do estado do Nova York (*Bakeshop Act*) que criminalizava a exigência de jornada de trabalho dos padeiros acima de 10 horas ao dia ou 60 horas por semana, com o objetivo de proteger a saúde e o bem-estar dos trabalhadores; de acordo com a maioria da corte, a referida lei teria restringido, sem fundamento razoável, o direito de contrato entre o empregador e o empregado. Essa decisão

efeito, após certa timidez inicial – o que levou o órgão de cúpula judicial brasileiro a ser tachado de “passivismo judicial” –, o STF abandonou o apego à autorrestrrição judicial e à deferência ao Poder Legislativo.

De qualquer sorte, é certo afirmar que essa transição – da autorrestrrição para um ativismo judicial – causou (e ainda causa) bastante polêmica, até mesmo porque é matéria correlacionada um (permanente) juízo de tensão entre poderes da República. As razões de eventual ativismo judicial exercido pelo Poder Judiciário são diversas e não excludentes, bem como a própria concepção do que exatamente consiste o ativismo judicial seja controversa (e não é o objeto de fundo do presente articulado).

Pela própria forma de distribuição de competência prevista na Constituição Federal, o ativismo judicial tem se desenhado com mais regularidade nas decisões das cortes constitucionais; no Brasil, contudo, além do Supremo Tribunal Federal, é certo que existem fortes sinais de decisões tachadas de ativistas, emanadas do Tribunal Superior Eleitoral – que trata de matérias estreitamente vinculadas com a representação política e partidária da nação. Com efeito, é certo que a forte vocação política do TSE é traduzida pelo inegável vínculo de ancilaridade das decisões projetadas sobre temas caros e sensíveis ao regime democrático constitucional.

O objeto do presente articulado é analisar a existência de ativismo judicial na Justiça Eleitoral, ainda que determinadas decisões prolatadas nessa esfera tenham um desiderato de proteção da moralidade e regularidade do processo eleitoral. *In casu*, a relevância desse tema é marcada pela ideia de defesa do regime democrático não apenas sob a ótica de uma higidez de lisura do processo eleitoral, mas, em igual sentido, em uma defesa da legitimidade da própria Constituição Federal – que alberga a separação dos Poderes com um de seus princípios basilares e a democracia com um de seus fundamentos mais relevantes.

releveu a face conversadora da corte, marcada pela ideologia do *laissez-faire* e por uma leitura ampliada da Emenda XIV e sua cláusula do devido processo legal substancial.

Para atingir ao objetivo proposto, serão analisadas algumas decisões prolatadas no âmbito da Justiça Eleitoral (e, por vezes, do próprio Supremo Tribunal Federal), perquirindo sua adequação com a atividade jurisdicional em sentido estrito, empregando-se o método dedutivo com fundamento em aportes doutrinários sobre o tema.

2. A Justiça Eleitoral e o ativismo judicial.

A Justiça Eleitoral brasileira tem características³ próprias e singulares, que a distinguem dos demais ramos do Poder Judiciário. Da mesma sorte, por suas plúrimas atribuições, a Justiça Eleitoral brasileira também recebe um desenho diferenciado em relação a outros países americanos.⁴ A resolução⁵ emanada pelo TSE tem (ou deve ter) um caráter meramente regulamentar, de forma a explicitar, de modo mais minudente, a matéria que já é prevista em lei. Lado outro, a consulta tem a função de proporcionar uma orientação, em tese, dada pela Justiça Eleitoral em determinada situação hipotética, tendo a função de mero esclarecimento em matérias controversas. Aquela (a resolução) apresenta uma força legal imperativa, ou seja, vincula todos e tem densidade normativa suficiente para ser atacada através de Ação Direta de Inconstitucionalidade; esta (a consulta), não tem força vinculativa e não pode ser objeto de recurso, tampouco de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade.

O acompanhamento diuturno de temas afetos à matéria eleitoral demonstra a existência de ativismo judicial em decisões,

3 Em resumo, a Justiça Eleitoral brasileira tem atribuição normativa, consultiva, administrativa e jurisdicional. A atividade normativa, em síntese, é dada pelo poder de regulamentar das resoluções; a atividade consultiva se revela nas orientações, em tese, sobre matérias eleitorais – que são atribuições dos tribunais eleitorais; a atividade administrativa se revela na manutenção do cadastro eleitoral e na criação de zonas eleitorais, locais de votação e seções eleitorais; a atividade julgadora é a efetiva prestação jurisdicional cível e criminal.

4 No México e no Chile, exemplificativamente, são concebidos dois órgãos para tratar de temas afetos à Justiça Eleitoral: um administrativo e outro jurisdicional, como demonstram Daniel Zovatto e J. Jesús Orozco Henríquez (2007, p. 117-135) quando tratam especificamente do tema reformas al organismo electoral.

5 Sobre um estudo da tipologia das resoluções eleitorais e sua divisão em normativa, regulamentativa, contenciosa-administrativa e consultiva, cf. ALMEIDA NETO, 2014, p. 148-156.

resoluções e, mesmo, em consultas respondidas pelo Tribunal Superior Eleitoral. Parcela da doutrina, aliás, tem sido bastante candente nas críticas à atuação expansiva da Justiça Eleitoral em temas sensíveis ao nosso regime político e democrático. Assim, v.g., Eneida Desiree Salgado defende a absoluta inconstitucionalidade de o Tribunal Superior Eleitoral expedir resoluções e ainda refere que – caso superada a tese de inconstitucionalidade – a atuação do TSE nessa matéria deve se subordinar à noção de função regulamentar de maneira estrita,⁶ aquela em que não há espaço para discricionariedade qualquer, mas apenas se deve desdobrar, especificar o que a lei determina de modo genérico.

Ainda que de modo menos efusivo, Marcelo Roseno de Oliveira (2010; p. 110) também visualiza um exercício da função normativa da Justiça Eleitoral cada vez mais incisivo e que extrapola a mera atividade regulamentar “para, assim, transitar por campo próprio do Poder Legislativo, e, o que é pior, chegando muitas vezes a editar normas em manifesto conflito com a lei”.

Assim, é certo afirmar que é sabidamente reconhecido um excesso do Tribunal Superior Eleitoral no uso dos institutos da resolução e da consulta. Da mesma sorte, esse uso excessivo, por vezes, denota um perfil de decisão que configura um desenho de decisão judicial de caráter ativista, já que termina por definir matérias cujo *locus* de deliberação é do parlamento.

3. A face ativista da Justiça Eleitoral: casos concretos

De fato, existe certa convergência sobre decisões da Justiça Eleitoral que, sabidamente, podem ser enquadradas como ativistas, a saber: redução do número de vereadores; verticalização; fidelidade partidária.

⁶ A doutrinadora paranaense, aliás, enumera algumas possibilidades de regulação do TSE através de resolução: “Dessa forma, as resoluções eleitorais devem se restringir a esclarecer datas, competências e procedimentos para a eleição específica que será disputada, facilitando a compreensão da legislação eleitoral. Apenas isso” (SALGADO, 2010, p. 237).

3.1. Caso do número de vereadores

No primeiro caso, o Supremo Tribunal Federal⁷ – acolhendo parcialmente a pretensão do Ministério Público do Estado de São Paulo – adotou orientação que restringiu a autonomia administrativa dos municípios para fixar o número dos representantes do Poder Legislativo, entendendo necessária a observância de um juízo de proporcionalidade como critério de uma adequada representação parlamentar. Para além de defender uma proporcionalidade entre a população do município e o respectivo número de vereadores, o Supremo Tribunal Federal reputou como “excesso do poder de legislar” a aprovação de norma municipal que estabeleça a composição da Câmara de Vereadores sem observância dessa relação de proporcionalidade. Com essa decisão, o STF adotou a fórmula segundo a qual os municípios têm direito a um vereador para cada 47.619 habitantes.

Consectário dessa decisão, o Tribunal Superior Eleitoral buscou regular o número de vereadores, de modo uniforme, em todos os municípios do país. Dessa forma, o TSE editou a Resolução nº 21.702 (que estabeleceu a regra geral a ser aplicada no cálculo do número de vereadores no pleito de 2004) e, após, a Resolução nº 21.803 (na qual determinou o número específico de vereadores para cada um dos municípios do país).

A consequência prática dessas resoluções foi drástica, pois significou um corte automático no número de vereadores de diversos municípios do país. A matéria, então, foi levada à discussão do Supremo Tribunal Federal⁸, que assentou a constitucionalidade da resolução do TSE. Na ocasião, o Supremo Tribunal Federal consignou o efeito transcendente dos fundamentos determinantes do RE nº 191.917/SP na interpretação do inciso IV do art. 29 da Constituição Federal, e reconheceu que o TSE, ao editar a resolução requestada, submeteu-se ao princípio da força normativa da Constituição, que representa diretriz

⁷ RE 197917/SP - SÃO PAULO - RECURSO EXTRAORDINÁRIO - Julgamento: 06/06/2002 - Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

⁸ ADI nº 3345/DF - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - j. 25/08/2005 - Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

relevante no processo de interpretação concretizante do texto constitucional.

O Congresso Nacional reagiu, ainda que tardiamente. Em 2009, a Emenda Constitucional nº 58 alterou a redação do inciso IV do caput do art. 29 e do art. 29-A da Constituição Federal. Em síntese, a aludida emenda estabeleceu uma regra de proporcionalidade na fixação do número de vereadores, mas com aplicação retroativa (no caso do número de vereadores, “a partir do processo eleitoral de 2008”). A aplicação da íntegra dessa emenda constitucional importava em um aumento do número de vereadores já com a respectiva legislatura em curso, motivo pelo qual o STF⁹ assentou a impossibilidade de se alterar o resultado de um processo eleitoral já encerrado e reputou como inconstitucional “a norma que determina a retroação dos efeitos de regras constitucionais de composição das Câmaras Municipais em pleito ocorrido e encerrado”, assentando a afronta à garantia do exercício da soberania popular e à segurança jurídica.

Em síntese, ainda que a pretexto de regulamentar de modo equânime o número de vereadores em todas as circunscrições municipais do país, é certo que as resoluções editadas pelo TSE, no caso em tela, trataram de matéria de atribuição exclusiva do Poder Legislativo, ofendendo, com isso, a autonomia administrativa dos referidos entes municipais.

3.2. O caso da verticalização

A união de partidos para participar, em conjugação de esforços comum, de um processo eleitoral sempre guardou forte polêmica, seja pela ausência de afinidade ideológica, seja pela fragilidade do vínculo formado. Em resumo, as coligações invariavelmente se justificaram – exclusivamente – pela maior facilidade na obtenção do quociente eleitoral e por um espaço mais amplo no horário eleitoral gratuito. Dito de outro modo, o móvel da coligação sempre foi pragmático e, por vezes, pouco republicano.

Ocorre que, nas eleições gerais (que atingem as circunscrições federais e estaduais), as coligações, nos diferentes níveis, frequentemente causavam perplexidade no eleitorado (para dizer o mínimo), já que – em um exemplo comezinho - partidos se uniam em diversos estados, mas apresentavam uma relação de oposição em nível nacional.

O TSE – em consulta¹⁰ e por maioria – definiu uma regra que evocou o caráter nacional dos partidos, de modo a obrigar as coligações a manter um nível mínimo de coerência. Em resumo, pela decisão, os partidos que tivessem lançado candidato para presidente não podiam se coligar nos estados com partidos que igualmente tivessem lançado candidato a presidente, desimportando que a candidatura ao cargo máximo tenha se dado isoladamente ou em coligação.

Na sequência, o TSE resolveu que o denominado “princípio da coerência na formação das coligações” deveria, de igual sorte, constar nas resoluções regulamentadoras do processo eleitoral de 2002. Desse modo, o art. 4º, § 1º, da Res.-TSE nº 20.993/2002 estabeleceu a regra da “verticalização”, com a seguinte redação:

Os partidos políticos que lançarem, isoladamente ou em coligação, candidato/a à eleição de presidente da República não poderão formar coligações para eleição de governador(a) de estado ou do Distrito Federal, senador(a), deputado(a) federal e deputado(a) estadual ou distrital com partido político que tenha, isoladamente ou em aliança diversa, lançado candidato(a) à eleição presidencial. (Lei nº 9.504/97, art. 6º; Consulta nº 715, de 26.2.2002).

A matéria foi transferida ao STF através de controle concentrado de constitucionalidade,¹¹ sendo ambas, por maioria, não conhecidas, sob o argumento do descabimento de ação direta de inconstitucionalidade contra resposta dada à consulta pelo TSE. No caso em tela, cumpre consignar que o Supremo Tribunal Federal olvidou que ao menos uma das resoluções (*in casu*, a Res.-TSE nº 20.993/2002), conforme sua própria jurisprudência

9 Tribunal Pleno – Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4307/DF – j. 11/04/2013.

10 Consulta nº 715 - BRASÍLIA - DF - Resolução normativa nº 21002 de 26/02/2002.
11 ADI nº 2626/DF – j. 18/04/2002; ADI nº 2628/DF – j. 18/04/2002.

dência, tinha densidade normativa suficiente para ser atacada através de Ação Direta de Inconstitucionalidade. Levando em conta a prevalência do entendimento firmado pelo TSE, essa orientação foi replicada, mais uma vez, para o pleito de 2006 – com a introdução do art. 3º, § 1º, na Res.-TSE nº 22.156/2006.¹²

Diante desse quadro jurídico-normativo, o Congresso Nacional resolveu marcar definitivamente sua posição através da edição da Emenda Constitucional nº 52, que deu nova redação ao artigo 17, § 1º, da Constituição Federal, e fulminou com a tese da verticalização. Em síntese, a aludida emenda constitucional trouxe sensível alteração (e extensão) à autonomia partidária, permitindo aos partidos “adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações eleitorais, sem obrigatoriedade de vinculação entre os candidatos em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal”.

Contudo, a batalha jurídica ainda não findara. O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil ingressou com nova ação direta de inconstitucionalidade¹³ perante o Supremo Tribunal Federal. Na oportunidade, o STF concluiu que a EC nº 52/06 “conferiu status constitucional à matéria até então integralmente regulamentada por legislação ordinária federal”, provocando a perda de validade de qualquer restrição à plena autonomia das coligações partidária – conquanto tenha determinado que essa nova redação deveria observar o princípio da anterioridade eleitoral (art. 16 da CF), ou seja, afastou a aplicação da EC nº 52/2006 ao pleito daquele mesmo ano.

O caso em tela revela que somente a partir de uma emenda constitucional foi possível sustar uma decisão do TSE firmada em consulta! Para além disso, o mérito da decisão inaugural da Corte Eleitoral também recebeu fortes críticas da doutrina, notadamente porque, de acordo com Mônica Herman Salem

Caggiano (2004, p. 92), “impor a técnica da vinculação vertical às coligações é investir contra a autonomia partidária” que “encontra-se resguardada pelo atual Estatuto Fundamental”.

É certo afirmar que, *in casu*, a limitação de alcance das coligações é matéria a ser definida exclusivamente no âmbito do Poder Legislativo, sendo inviável buscar regulamentar essa matéria – mesmo que a pretexto de conferir coerência ideológica nas disputas ocorridas no processo eleitoral – através do Poder Judiciário (e ainda mais por instrumentos como a consulta ou a resolução).

3.3. A questão da fidelidade partidária

O debate sobre a existência do princípio da fidelidade partidária após a Constituição Federal de 1988 foi acentuada no meio jurídico. O instituto da fidelidade partidária tinha previsão na Constituição Federal de 1967, com a redação dada pela EC nº 01/69 (arts. 35 e 152), sendo, após, revogado pela EC nº 25/85. A Constituição Federal de 1988 não prevê, expressamente, o princípio da fidelidade partidária, tampouco a redação originária da Lei dos Partidos Políticos previa aludido instituto. Em verdade, a perda de mandato por infidelidade partidária somente foi prevista na Lei dos Partidos Políticos (nº 13.165/2015), que introduziu o art. 22-A na Lei nº 9.096/1995.

Dado esse desenho normativo, o STF defendia a inexistência do princípio da fidelidade partidária, inclusive em relação aos suplentes (Pleno – Mandado de Segurança nº 20.927 – j. 11.10.1989) –, orientação que perdurou por cerca de duas décadas. Apenas em 2007, o TSE exarou entendimento que (re) introduziu o princípio da fidelidade partidária no ordenamento jurídico nacional. A decisão do TSE causou dupla surpresa: pelo conteúdo, já que ausente previsão sobre a possibilidade de perda de mandato em caso de desfiliação partidária; pela forma, já que trouxe a matéria em uma resposta à consulta (e conferiu efeitos concretos àquele instituto).

Sob o fundamento de uma interpretação sistêmica da Constituição, o TSE asseverou que a mudança injustificada de

12 Art. 3º, § 1º, da Res.-TSE nº 22.156/2006. Os partidos políticos que lançarem, isoladamente ou em coligação, candidato à eleição de presidente da República não poderão formar coligações para eleição de governador de estado ou do Distrito Federal, senador, deputado federal e deputado estadual ou distrital com partido político que tenha, isoladamente ou em aliança diversa, lançado candidato à eleição presidencial (Lei nº 9.504/97, art. 6º; Res.-TSE n. 21.002, Consulta n. 715, de 26.2.2002).

13 ADI 3685 / DF - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Julgamento: 22/03/2006 – Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

partido, no sistema proporcional, importa no direito de a agremiação partidária manter a vaga originária (Consulta nº 1.398 – j. 27.03.2007). Em resumo, o TSE afirmou que a existência do mandato é vinculada a uma filiação partidária, já que é uma condição de elegibilidade. O ministro Asfor Rocha entendeu equivocada a concepção de que o mandato pertence ao parlamentar, pois isso equivale dizer que o eleito se torna “senhor e possuidor de uma parcela da soberania popular”. Em outra perspectiva, mas com igual conclusão de fundo, o ministro Cezar Peluso reforçou que a filiação partidária – por ser uma condição de elegibilidade – também constitui “pressuposto constitucional do mandato”, reforçando, assim, o “caráter intrinsecamente partidário do sistema político brasileiro”. Na oportunidade, restou vencido o ministro Marcelo Ribeiro, argumentando a impossibilidade de haver a perda de mandato em caso de infidelidade partidária por ausência de previsão legal.

Na sequência, o TSE reafirmou que a troca injustificada de partido acarreta a perda do mandato parlamentar também no sistema majoritário (Consulta nº 1.407 – j. 16.10.2007) – entendimento afastado posteriormente pelo STF. Com efeito, o STF concluiu pelo descabimento da perda de mandato em caso de infidelidade partidária no sistema majoritário, por ofensa ao princípio da soberania popular, pois o voto, nesse sistema, é conferido ao candidato, sem qualquer contribuição da legenda partidária. Dessa forma, reconheceu a inconstitucionalidade da expressão “ou o vice” (art. 10), “e após 16 de outubro corrente, quanto a eleitos pelo sistema majoritário” (art. 13), e para conferir interpretação conforme ao termo “suplente” constante no art. 10, com a finalidade de excluir do seu alcance os cargos do sistema majoritário (ADI nº 5.081/DF – j. 27.05.2015).

Por força desse posicionamento do TSE (que mudou radicalmente o tratamento até então dado ao princípio da fidelidade partidária), a matéria chegou ao Supremo Tribunal Federal – que referendou os argumentos da Corte Especializada, ao julgar os mandados de segurança nº 26.602 (rel. min. Eros Grau¹⁴), 26.603

(rel. min. Celso de Mello)¹⁵ e 26.604 (rel. min. Carmem Lúcia).¹⁶ Em suma, o STF assentou que o princípio da fidelidade partidária passou a vigor a partir da manifestação do TSE nas consultas referidas, argumentando ainda: a) o ato de infidelidade, seja ao partido político, seja ao próprio cidadão-eleitor, constitui grave desvio ético-político, além de representar inadmissível ultraje ao princípio democrático e ao exercício legítimo do poder (MS nº 26603); b) o desligamento do parlamentar do mandato, em razão da ruptura, imotivada e assumida no exercício de sua liberdade pessoal, do vínculo partidário que assumira, no sistema de representação política proporcional, provoca o desprovento automático do cargo. A licitude da desfiliação não é juridicamente insequente, importando em sacrifício do direito pelo eleito, não sanção por ilícito, que não se dá na espécie (MS nº 26604).

A partir da decisão do STF nos referidos mandados de segurança, o TSE editou a Resolução nº 22.610/07 – que disciplina o processo de perda de cargo eletivo em caso de desfiliação injustificada –, estabelecendo os legitimados (*in casu*, partido político, Ministério Público ou quem tenha interesse jurídico), prazo para o ajuizamento da ação (trinta dias, a contar da desfiliação), procedimento (art. 3º a 11), competência (TSE, em caso de mandato federal; TRE, nos demais casos) e termo inicial de vigência para o princípio da fidelidade partidária nos sistemas majoritário (a partir de 16 de outubro de 2007) e proporcional (a partir de 27 de março de 2007).

A questão que reacendeu foi sobre a possibilidade de, por resolução, um Tribunal Eleitoral exercer uma atividade eminentemente legislativa, qual seja, a criação de um procedimento processual de perda de mandato de parlamentar infiel – inclusive com previsão de legitimados e competência.

O STF, por maioria, assentou a constitucionalidade da Resolução nº 22.610/07, concluindo pela sua validade até que o

15 MS 26603/DF - MANDADO DE SEGURANÇA - Julgamento: 04/10/2007 Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

16 MS 26604/DF - MANDADO DE SEGURANÇA - Julgamento: 04/10/2007 - Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

14 MS 26602/DF - MANDADO DE SEGURANÇA - Julgamento: 04/10/2007 - Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

Congresso Nacional disponha sobre a matéria (ADI nº 3.999/DF – j. 12.11.2008; ADI nº 4.086/DF, j. 12.11.2008). Para o STF, não faria sentido reconhecer a existência de um direito constitucional (*in casu*, o princípio da fidelidade partidária) sem prever um instrumento para assegurá-lo, registrando que “as resoluções impugnadas surgem em contexto excepcional e transitório” tão-somente como mecanismos para salvaguardar a observância da fidelidade partidária enquanto o Poder Legislativo não se pronunciar.

Cabe registrar que, até o momento, o Congresso Nacional não previu ainda um procedimento para a perda de cargo por infidelidade partidária – ainda que tenha introduzido esse princípio pela Lei nº 13.165/2015 – e, assim, pois, o caráter de excepcionalidade e transitoriedade alegado na decisão do STF, em breve, completará uma década.

Nesse caso específico, é patente que as decisões prolatadas pelo TSE – ainda que sob a justificativa de reforçar a importância dos vínculos partidários e prestigiar o compromisso do mandatário político com o resultado unguido das urnas – estabeleceram uma sanção sem qualquer previsão normativa que lhe conferisse amparo, além de a decisão emanada do STF convalidar que um procedimento judicial para perda de mandato possa ser criado pelo Poder Judiciário através de uma mera resolução. Inegável, no ponto, que as aludidas decisões judiciais são um típico produto de ativismo judicial.

3.4. Casos (não resolvidos) de ativismo judicial?

Além desses casos sabidamente discutidos (e com enorme repercussão no seio da comunidade jurídica), existem ainda deliberações do TSE que não receberam um enfrentamento necessário no que concerne à eventual configuração de ativismo judicial.

Nesse sentido, pois, a decisão do TSE de proibição de propaganda eleitoral mediante telemarketing, prevista no art. 27,

§ 2º, da Res.-TSE nº 23.457/2015,¹⁷ pode ser tachada de ativismo judicial? A vedação dessa forma de propaganda, conforme consta na própria resolução do TSE, é fundamentada da tutela da vida privada das pessoas (art. 5º, X, da CF), na inviolabilidade de domicílio (art. 5º, XI, da CF) e na proibição de propaganda eleitoral que perturbe o sossego público, com algazarra ou abusos de instrumentos sonoros ou sinais acústicos (art. 243, VI, do CE). Desse modo, ainda que não previsto expressamente como regra estabelecida em resolução, o TSE sinaliza o acolhimento de representações aforadas contra propagandas realizadas por telemarketing, já que em ofensa a dispositivo do Código Eleitoral e da própria Constituição Federal. A questão é se isso, por si só, já permitiria uma previsão normativa vedando a propaganda via telemarketing ou, ao revés, seria necessário que dentro de cada relação jurídica processual a Corte Eleitoral construísse um argumento refutando essa espécie de propaganda eleitoral. Sem embargo do debate doutrinário e, sim, do extravasamento do TSE na regulação dessa matéria, o fato é que não houve nenhuma discussão jurídica de maior fôlego sobre esse tema – inexistindo qualquer judicialização sobre a eventual (i)legalidade de uma resolução vedar a propaganda eleitoral por telemarketing.

Do mesmo modo, podem ser colacionados outros exemplos de vedações que foram introduzidas na resolução que trata de propaganda eleitoral e poderiam trazer ao mesmo questionamento sobre eventual ativismo judicial, a saber: 1) a previsão do prazo de 30 dias após a eleição para os candidatos, partidos e coligações removerem a propaganda eleitoral, com restauração do bem, sob pena de sujeição dos responsáveis às consequências previstas na legislação comum aplicável (art. 101 da Res.-TSE nº 23.457/2015); 2) a previsão de que o Juiz Eleitoral, na fixação das multas de natureza não penal, deverá considerar a condição econômica do infrator, a gravidade do fato e a repercussão da infração, sempre justificando a aplicação do valor acima do mínimo legal (103, *caput*, da Res.-TSE nº 23.457/2015).

¹⁷ Art. 27 [...] §2º. É vedada a realização de propaganda via telemarketing, em qualquer horário.

Resumidamente, conquanto a elogiosa intenção de exercer um papel de regulamentação até mesmo com um caráter preventivo (especificamente no caso da vedação do telemarketing e da fixação de prazo para a retirada da propaganda eleitoral após a eleição), parece certo afirmar que essas deliberações encontram o seu natural *locus* no Poder Legislativo – e não no Poder Judiciário.

4. Conclusão

A atuação da Justiça Eleitoral – para além de conferir credibilidade ao sistema eleitoral brasileiro – tem demonstrado, pontualmente, características típicas de um excesso na sua atividade regulamentar ou mesmo jurisdicional. Vale dizer: a Justiça Eleitoral tem apresentado notas de ativismo judicial ao longo do tempo, ainda que calcada em pretensões de inegável valor ético e moral.

Essas deliberações atingem, como regra, temas sensíveis e caros ao regime democrático – seja quando estabelecem números de vagas para os representantes políticos, seja quando determinam sanções por atos não previstos em lei (caso da infidelidade partidária), seja quando criam regras de coerência nas coligações partidárias. Daí que sempre haverá espaço para um (candente) debate sobre o espaço adequado para essas transformações político-eleitorais no sistema brasileiro. Eneida Desirre Salgado (2010, p. 232-233) pondera que “apenas o Parlamento pode ditar normas sobre a disputa eleitoral”, pois “as regras eleitorais se referem à concretização do princípio da legitimação do poder político”. Justamente por isso, na formação das regras eleitorais, é exigida “ampla discussão parlamentar, com caráter fortemente deliberativo e com a participação das minorias”. Dito de outro modo, ainda que, por vezes, o TSE tenha agido com uma intenção elogiável, comprometido com o zelo em relação à regularidade do processo eleitoral, parece lícito reconhecer um extravasamento em sua função regulamentar –

sendo certo aferir uma ação de caráter nitidamente parlamentar na deliberação desse órgão judicial.

Deve-se rememorar que a noção de Estado Democrático de Direito passa, necessariamente, pelo respeito ao princípio da separação dos poderes e é reforçado pela ideia de que o Poder Judiciário contribuiu para o aperfeiçoamento do equilíbrio e da harmonia interinstitucional também quando atua rigorosamente dentro de sua atribuição constitucional. Em outros termos, ainda que se defenda, com Francisco José Borges Motta (2010, p. 37), a legitimidade de uma jurisdição constitucional material e se reconheça “a sua capacidade de contribuir para a consolidação do nosso Estado Democrático de Direito”, é certo que essa atividade não pode ser concretizada por uma – simplória (e antidemocrática) – substituição da política pelo direito.

5. Referências

- ALMEIDA NETO, Manoel Carlos de. **Direito eleitoral regulador**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil contemporâneo. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Jus Podivm, 2013.
- CAGGIANO, Mônica Herman Salem. **Direito parlamentar e direito eleitoral**. Barueri, SP: Manole, 2004.
- CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do STF**. São Paulo: Editora Forense, 2014.
- MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.
- OLIVEIRA, Marcelo Roseno de. **Controle das eleições: virtudes e vícios do modelo constitucional brasileiro**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010.

SALGADO, Eneida Desirre. **Princípios constitucionais eleitorais**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Notas sobre jurisdição constitucional e democracia: a questão da “última palavra” e alguns parâmetros de autocontenção judicial. **Revista Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 2, p. 119-161, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

ZOVATTO, Daniel; OROZCO HENRIQUEZ, J. Jesus. **Reforma política y electoral em America Latina 1978-2007**: lectura regional comparada. Mexico: Instituto Investigaciones Jurídica de La UNAM, 2007.

DIREITOS HUMANOS, DIREITOS FUNDAMENTAIS E FUNDAMENTALIDADE

Eduardo de Lima Veiga¹

¹ Graduado em Ciências Sociais e Jurídicas pela UFRGS. Procurador de Justiça do MPRS. Aluno do curso de mestrado da FMP. E-mail: <veiga@mprs.mp.br>.

Resumo

Com o objetivo analisar a efetividade da jurisdição como instrumento de implementação dos direitos fundamentais, o presente estudo aborda os direitos fundamentais enquanto direitos constitucionalmente garantidos, seja de forma explícita ou implícita. A partir de uma breve abordagem histórica, analisa a evolução da proteção constitucional aos direitos considerados fundamentais, assim como sua evolução no constitucionalismo brasileiro, além de sua importância para construção do homem como pessoa e cidadão consciente de seus direitos. Enquanto direitos constitucionalmente garantidos, o estudo busca verificar a importância da jurisdição para sua concretização, abordando a atuação do Judiciário em suas diferentes instâncias como instrumento de garantia de efetivação dos direitos fundamentais.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Direitos Humanos. Fundamentalidade. Jurisdição constitucional.

Abstract

With the objective of analyzing the effectiveness of the jurisdiction as an instrument for the implementation of fundamental rights, this study addresses fundamental rights as constitutionally guaranteed rights, either explicitly or implicitly. From a brief historical approach, he analyzes the evolution of constitutional protection to the rights considered fundamental, as well as its evolution in Brazilian constitutionalism, as well as its importance for the construction of the man as a person and citizen aware of his rights. As constitutionally guaranteed rights, the study seeks to verify the importance of the jurisdiction for its implementation, addressing the Judiciary's actions in its different instances as an instrument to guarantee the realization of fundamental rights.

Keywords: Fundamental Rights. Human rights. Fundamentalality. Constitutional jurisdiction.

1. Introdução

Os direitos fundamentais provêm de uma longa construção histórica. Com base nos direitos humanos, cuja defesa internacional irradiou-se nos países com eles comprometidos, sendo amparados por diferentes constituições, positivados nos ordenamentos internos na forma de direitos fundamentais.

No Brasil, a República Federativa tem seus fundamentos determinados no art. 1º do texto constitucional, o qual traz como direitos fundamentais a cidadania, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o pluralismo político e, principalmente, a dignidade da pessoa humana. Uma vez constitucionalmente previstos, os direitos fundamentais têm na jurisdição constitucional seu maior amparo de proteção e realização, cabendo ao Judiciário sua guarda e garantia de efetivação. Assim, o presente estudo tem como objetivo analisar a efetividade da jurisdição como instrumento de implementação dos direitos fundamentais.

Buscando alcançar o objetivo proposto, a pesquisa se desenvolve a partir do seguinte questionamento: Sendo os direitos fundamentais resultado da positivação dos direitos humanos no ordenamento jurídico interno, qual a importância da jurisdição para sua efetivação?

Diante de tal objetivo e questionamento, o estudo, primeiramente, aborda a relação existente entre direitos humanos e direitos fundamentais, analisando aproximação linguística entre os termos e traçando sua diferenciação. Vencida a questão terminológica entre direitos humanos e direitos fundamentais, segue-se com a conceituação de direitos humanos e a análise das diferentes abordagens que podem receber de acordo com o tipo de fundamentação que lhes sejam atribuídas. Em seguida, serão analisadas a constitucionalização dos direitos humanos, a fundamentalidade formal e material dos direitos fundamentais, assim como a importância da jurisdição para implementação dos direitos fundamentais.

2. A questão conceitual: direitos humanos e direitos fundamentais

A primeira questão que se coloca em relação à teoria dos direitos fundamentais é conceitual. As expressões direitos humanos, direitos do homem e direitos fundamentais podem ser indistintamente utilizadas (BONAVIDES, 2012, p. 578)? Além dessas, outras expressões, como “direitos públicos subjetivos”, “liberdades públicas”, “direitos individuais”, “liberdades fundamentais”, “direitos humanos fundamentais”, “direitos sociais” e “direitos naturais”, seriam todas sinônimos (SARLET, 2010, p. 27)?

Para situar a controvérsia, basta referir que a Constituição brasileira refere direitos humanos no art. 4º, inc. II; direitos e garantias fundamentais, na epígrafe do Título II e no art. 5º, § 1º; direitos e liberdades constitucionais no art. 5º, inc. LXXI e direitos e garantias individuais no art. 60, § 4º, inc. IV. Essa multiplicidade terminológica mostra a necessidade de se proceder ao que Peces-Barba Martinez (1999, p. 21-38) chama de *aproximación lingüística*, evitando-se a imprecisão terminológica, e o que Bonavides (2012, p. 578) chama de “uso promíscuo de tais denominações na literatura jurídica”.

Neste estudo, não se pretende, nem é objetivo, analisar as razões históricas do uso de um ou outro desses termos associados ou como sinônimos dos direitos fundamentais, apenas situar a posição que se apresenta mais relevante, qual seja, situar de forma clara a distinção entre as expressões “direitos humanos” e “direitos fundamentais”. Desde logo, salta aos olhos que há estreita congruência entre as duas expressões. Nem se pode dizer que há erro em usá-las como sendo de mesmo significado, uma vez que todo direito fundamental é um direito humano no sentido de que o ser humano é seu titular, ainda que representado por um ente coletivo. Logo, há de se buscar a distinção em outro aspecto.

Direitos fundamentais, no dizer de Canotilho (2002, p. 377), “significa[m] a incorporação na ordem jurídica positiva dos direitos considerados ‘naturais’ e ‘inalienáveis’ do ‘indivíduo’”. Assim

se pode dizer que são direitos humanos todos aqueles direitos reconhecidos em documentos de direito internacional que dizem respeito à essência da dignidade de ser humano, ao passo que direitos fundamentais são, dentre estes, aqueles que são reconhecidos e encontram posituação constitucional em determinado Estado (CANOTILHO, 2002, p. 377; SARLET, 2010, p. 29).

3. Conceito e fundamentação dos direitos humanos

Após distinguir direitos humanos, busca-se estabelecer se é possível determinar seu conceito e sua fundamentação.

3.1. Conceito

No dizer de Alexy (2014, p. 109), os direitos humanos apresentam cinco características básicas.

A primeira é a universalidade – todo ser humano, pelo fato de ser humano, é portador de direitos humanos. Alguns direitos humanos são mais simples, como o direito à vida. Naturalmente, opõe-se a todos que podem ou possam ser destinatários de deveres – no caso, outros seres humanos –, todos os Estados e quaisquer organizações. Outros casos há em que a universalidade deve ser entendida no contexto em que se situa, como o direito à formação na participação da vontade política, direito humano oponível apenas contra o Estado ao qual o ser humano pertence, no qual vive, se nacional ou se, de alguma forma, está vinculado.

A segunda característica é o aspecto fundamental de seu objeto. Os direitos humanos não têm a pretensão de proteger todos os aspectos do bem-estar, mas somente as necessidades fundamentais, como a vida, a liberdade, a saúde.

A terceira é a abstração – é fácil concordar que todos têm direito à saúde, mas o que isso representa concretamente gera um amplo debate (ALEXY, 2014, p. 109).

A quarta característica é seu caráter moral, no sentido de que possa ser justificado:

Um direito vale moralmente se ele pode ser justificado em relação a todo aquele que admite uma fundamentação racional. A validade dos direitos humanos é a sua existência. A existência dos direitos humanos consiste por essa razão em sua fundamentabilidade e nada mais. (ALEXY, 2014, p. 110).

Nada impede que se some a essa validade moral dos direitos humanos uma validade jurídico-positiva, como o Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos (IPBPR), de 19 de dezembro de 1966, ou a posituação constitucional em algum ordenamento. Essas iniciativas podem ter maior ou menor êxito, mas nunca são respostas definitivas, pois nada mais são do que uma resposta institucional “àquilo que vale somente por causa de sua correção” (ALEXY, 2014, p. 110).

A quinta e última característica dos direitos humanos é a prioridade. Isso significa que a validade dos direitos humanos está imune à possível pactuação contrária entre Estados, ou organismos internacionais, ou decisão invalidante de uma corte de direitos humanos.

Os direitos humanos, enquanto direitos morais que são, não só não podem ter sua força invalidada por normas jurídico-positivas, mas são também o padrão com o qual se deve medir toda interpretação daquilo que está positivado (ALEXY, 2014, p. 111).

Importante perceber que as três primeiras características dizem respeito aos portadores, destinatários e objeto dos direitos humanos, enquanto as duas últimas dizem respeito a sua validade.

Desta forma, estão postas as cinco características dos direitos humanos: universais, fundamentais, abstratos, morais e prioritários.

3.2. Fundamentação dos Direitos Humanos

A existência dos direitos humanos depende da sua fundamentabilidade. Por sua vez, a fundamentabilidade dos direitos humanos remete à questão de “se e como normas ou regras morais que concedem direitos universais, fundamentais e abstratos com pretensão de prioridades podem ser fundamentadas”. Se os direitos humanos são regras ou normas morais (e são), a sua fundamentação nada mais é que caso especial do problema geral de fundamentação das normas morais (ALEXY, 2014, p. 112).

Aqui sempre é bom lembrar duas posições básicas sobre a fundamentabilidade das normas morais em geral e, portanto, a fundamentabilidade dos direitos humanos, o ceticismo e o não ceticismo. O ceticismo radical nega a possibilidade de fundamentação das normas morais invocando suas raízes em “emotivismo, decisionismo, subjetivismo, relativismo, ou desconstrutivismo”. O não ceticismo defende ser possível “apresentar razões a favor dos direitos humanos que podem levantar uma pretensão de objetividade, correção ou verdade” (ALEXY, 2014, p. 112).

No campo não cético, Alexy (2014) propõe oito fundamentações para os direitos humanos: a religiosa, a biológica, a intuitiva, a consensual, a instrumental, a cultural, a explicativa e a existencial.

3.2.1. Fundamentação Religiosa

Para quem acredita em Deus e que os seres humanos foram criados a sua imagem e semelhança, lhes atribuirá dignidade e valor, constituindo isso fundamento sólido dos direitos humanos. Embora essas razões sejam uma sólida fundamentação aos direitos humanos, restam contaminadas de uma desvantagem decisiva. Elas são razões válidas apenas para os que acreditam em Deus e, dentre esses, para os que acreditam que o homem tenha sido criado a sua imagem e semelhança. Essa fundamentação peca por “não ser obrigatória a todos que se envolvem em uma fundamentação racional” (ALEXY, 2014, p. 113).

3.2.2. Fundamentação Biológica

O outro lado da abordagem religiosa é a abordagem biológica ou sociobiológica. Pela observação da natureza percebe-se que a ajuda mútua ou o altruísmo é mais recompensador à sobrevivência dos indivíduos do que o egoísmo, e que grupos de pessoas ou unidades familiares que se autoajudam têm mais sucesso na autopreservação e na preservação de seu patrimônio genético. Nesse modelo, “a moral é uma forma de altruísmo”. Como modelo comportamental que é, esse modelo não é suficiente para explicar os excluídos de qualquer sociedade, e a indiferença ou até a hostilidade do grupo em relação a estes (ALEXY, 2014, p. 113). Isso afronta o caráter universal dos direitos humanos.

3.2.3. Fundamentação Intuitiva

A terceira abordagem é a intuitiva e baseia-se no fato de que os direitos humanos seriam intuitivamente evidentes. Os direitos humanos estariam justificados porque sua validade ou existência seria evidente. A intuição ou a evidência não resiste ao óbvio de que o que é evidente e intuitivo para um pode não ser evidente ou intuitivo para outro, e, nesse caso, não se distingue muito do emotivismo (ALEXY, 2014, p. 114). Evidência ou intuição não pode substituir argumentos.

3.2.4. Fundamentação Consensual

A quarta abordagem é a consensual. Aqui os direitos humanos estariam apoiados na existência de um consenso universal em torno de sua existência e validade. Se esse acordo se apoia em convicções, não passa de um intuicionismo coletivo (ALEXY, 2014, p. 114). Não há problema se esse consenso existir e enquanto ele existir, o que é raro em matéria de direitos humanos. Entretanto, deixando de haver consenso, serão necessários argumentos. Quando os argumentos são utilizados, o consensualismo é abandonado.

3.2.5. Fundamentação Instrumental

Esta versão procura fundamentar os direitos humanos na sua instrumentalidade, ou seja, que o seu reconhecimento implica em maximização de vantagens individuais. A fórmula simples dessa proposição seria “se não quer ser morto, você deve respeitar o direito dele à vida”. A história tem mostrado situações em que pessoas maximizam suas vantagens pessoais por longos períodos, violando direitos humanos de outras pessoas. Imagine um cenário em que “os ‘fracos’ concordam em produzir bens para os ‘fortes’ em troca da permissão de manter algo mais e acima da mera subsistência, que eles podem ser incapazes de manter no cenário anarquista” (ALEXY, 2014, p. 115). Isso equivaleria a um contrato de escravidão, em afronta aos direitos humanos. O modelo de argumentação puramente instrumental, portanto, também não fundamenta os direitos humanos.

3.2.6. Fundamentação Cultural

Esta abordagem afirma que séculos de evolução da história e da cultura humanas levaram a sociedade a tal patamar que faz com que os direitos humanos tenham ampla e total aceitação. Alexy (2014, p. 116) invoca Radbruch para afirmar que direitos humanos são “princípios do direito, [...] mais fortes que qualquer estatuto jurídico”. Conclui, ainda citando Radbruch, dizendo que “o trabalho de séculos elaborou um grupo sólido, reunido com tão ampla aceitação nas denominadas declarações de direito do homem e do cidadão, que no que diz respeito a muitos deles, só um ceticismo deliberado pode ainda manter dúvidas”. Não há dúvida de que a tradição desempenha papel importante nos direitos humanos, mas os direitos humanos não são resultado de história própria de todas as culturas. Nem são igualmente aceitos por todas as culturas na mesma intensidade. Dessa forma, a validade universal dos direitos humanos não pode se apoiar tão somente na tradição cultural, mas sim em argumentos. A validade universal dos direitos humanos não pode apoiar-se apenas nela.

3.2.7. Fundamentação Explicativa

A sétima abordagem é a explicativa. Para, Alexy (2014, p. 117), “Uma fundamentação de direitos humanos é explicativa se ela consiste em que se expresse aquilo que está necessariamente contido implicitamente na prática humana”.

Ao trilhar a senda da argumentação, se deve acordar que são pressupostas a liberdade e a igualdade entre os participantes do discurso. Além de legitimados para o discurso, é necessário que se goze de autonomia para agir de acordo com as regras e os princípios que, após considerações, foram julgados corretos. Mais, participa com seriedade de discursos morais quem se dispõe a solucionar os conflitos através desses consensos. O participante sério se conecta para agir dessa forma, e tal conexão, entre capacidade e interesse, importa no reconhecimento do outro como autônomo. Quem reconhece o outro como autônomo, o reconhece como pessoa. Quem o reconhece como pessoa, atribui a essa pessoa dignidade. E, com isso, estão fundamentados os direitos humanos. Com isso se chega ao objetivo da fundamentação (ALEXY, 2014, p. 118).

3.2.8. Fundamentação Existencial

A oitava abordagem apresentada por Alexy (2014, p. 119) é a fundamentação existencial. Desde logo se vê que a fundamentação explicativa possui ao menos dois flancos abertos: O primeiro diz respeito às regras do discurso. Isso pode ser evitado com a renúncia à participação no discurso, na prática de afirmar, questionar, apresentar e aceitar razões. Segundo o autor, isso equivaleria à própria renúncia à vida em sociedade. Por outro lado, essa renúncia pode ser parcial. Imagine a situação de o participante que aceita as regras do discurso e as pratica em seu grupo, e fora desses limites passa à “propaganda, a ordens e [à] violência”. Esse flanco é ainda mais aberto que o primeiro, pois a falta de interesse de participação séria no discurso compromete a sua universalidade e sempre ameaça romper todos os limites. Também se pode considerar maximizadores de vantagens que fingem aceitar as regras discursivas. Porém não

se deve tratar disso agora, pois aqui o que importa é o que se quer como criaturas discursivas. Trata-se da decisão fundamental sobre o que ser e como se portar antes às possibilidades discursivas, ou seja, se se fará a opção por uma participação correta e genuína no discurso.

4. Constitucionalização dos direitos humanos

Como visto, direitos fundamentais são aqueles direitos humanos que obtiveram guarida e positivação em algum ordenamento jurídico.

Elevar os direitos fundamentais ao status constitucional, no dizer de Canotilho (2002, p. 378), subtrai do legislador ordinário o trato da matéria e lhes garante o controle jurisdicional de constitucionalidade, uma vez que devem ser compreendidos, interpretados e aplicados como normas jurídicas vinculantes que são.

4.1. Fundamentalidade Formal e Material dos Direitos Fundamentais

Estreitamente ligada à ideia de direitos fundamentais está a de fundamentalidade.

Paulo Bonavides (2012, p. 179), invocando lição de Carl Schmitt, assinala dois critérios formais de caracterização dos direitos fundamentais: “pelo primeiro, podem ser designados por direitos fundamentais todos os direitos ou garantias nomeados no instrumento constitucional”. O segundo critério, igualmente formal, afirma que “são aqueles direitos que receberam da Constituição um grau mais elevado de garantia; são imutáveis ou de mudança dificultada”. Já do ponto de vista material, ainda segundo Schmitt (apud BONAVIDES, 2012, p. 179), “variam de acordo com a ideologia, a modalidade de Estado, a espécie de valores e princípios que a Constituição consagra”.

Entretanto, foi Alexy quem estabeleceu a categoria de fundamentalidade, acolhida, entre outros, por Canotilho (2002, p. 378), para quem ela “aponta para a especial dignidade de proteção dos direitos num sentido formal e material”.

A fundamentalidade formal encontra-se ligada ao direito constitucional positivo e deriva dos seguintes aspectos: a) as normas de direitos fundamentais são normas colocadas no grau superior do ordenamento jurídico, direitos de natureza supralegal; b) como normas constitucionais submetem-se a procedimentos agravados de revisão; c) são normas de aplicação direta e vinculam os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário (CANOTILHO, 2002, p. 379).

A fundamentalidade material, por sua vez, deriva do fato de serem os direitos humanos constitutivos das estruturas básicas do Estado e da sociedade. Nesse ponto se faz interessante abordar a forma como Alexy (2008, p. 520) expõe o tema ao propor o exame de dois modelos constitucionais extremos e antagônicos: o puramente procedimental e o puramente material.

No modelo puramente procedimental, a Constituição contém apenas normas de organização e procedimento. Dessa forma, tudo o que for criado procedimentalmente correto é Direito Positivo, de modo que esse tipo de Constituição não exclui nenhum conteúdo do Direito Positivo e o conteúdo das leis é decidido pela “racionalidade ou irracionalidade do legislador” (ALEXY, 2008, p. 521). Nesse modelo, os direitos fundamentais não têm nenhuma força vinculante em face do legislador ordinário, o qual teria poderes para restringi-los segundo sua vontade e a importância material dos direitos humanos seria nenhuma.

Já o oposto a um modelo puramente procedimental² é o modelo puramente material.³ Porém, se uma Constituição puramente procedimental, embora possível, seja altamente improvável, também parece impossível uma Constituição puramente material. De qualquer sorte, nesse modelo, a Constituição

² Alexy (2008, p. 521) diz que o modelo puramente procedimental corresponde ao princípio dinâmico de Kelsen.

³ Alexy (2008, p. 522) diz que o modelo puramente material corresponde ao princípio estático de Kelsen.

possui apenas normas materiais das quais se extrai o conteúdo de toda e qualquer norma para todo o ordenamento jurídico. Alexy (2008, p. 521), citando Forsthoff, diz que uma Constituição assim seria “um genoma jurídico [...] do qual tudo deriva, do código penal até a lei sobre fabricação de termômetros para febre”. Nesse modelo, se legislação houver (porque é desnecessária) será meramente declaratória do que já consta na Constituição.

Conforme Alexy (2008, p. 521), “aquilo que no modelo puramente procedimental deve ser solucionado por meio de uma decisão no âmbito da constituição, tem de ocorrer no âmbito da puramente material por meio de uma cognição de seu conteúdo”.

A Constituição alemã, alerta Alexy (2008, p. 521), tem natureza mista material-procedimental. Também esse é o caso da Constituição brasileira. São componentes materiais, junto aos direitos e garantias fundamentais, por exemplo, os objetivos fundamentais da república constantes do art. 3º da CF. Por outro lado, são exemplos de normas procedimentais as que tratam do processo legislativo ou que disciplinam a linha sucessória do presidente da República.

O que importa é que dessa combinação de elementos procedimentais e materiais, em uma dada Constituição, são extraídos do sistema jurídico os conteúdos “possíveis”, “necessários” ou “impossíveis” em relação à Constituição.

Diante do exposto, entende-se que “O fato de as normas de direitos fundamentais estabelecerem os conteúdos constitucionalmente necessários e impossíveis para o sistema jurídico, constitui o núcleo da fundamentalidade formal destes direitos” (ALEXY, 2008, p. 522).

4.2. O Conceito Materialmente Aberto de Direitos Fundamentais

A Emenda nº IX, da Constituição dos Estados Unidos da América (1787), assim disciplinou: “A enumeração de certos

direitos na Constituição não poderá ser interpretada como negando ou coibindo outros direitos inerentes ao povo”.

Essa regra, de inspiração primeira, contaminou e influenciou diversas Constituições ocidentais e todas as Constituições brasileiras republicanas.⁴ A título de exemplo, foi incorporada pela Constituição Portuguesa de 1911, no art. 4º⁵, e reproduzido na atual Constituição Portuguesa em seu art. 16º-1º⁶ regra constante igualmente no art. 5º, § 2º da Constituição Federal Brasileira de 1988.⁷

O que se extrai desses dispositivos constitucionais, desde a Constituição americana, é que, para além de um conceito formal de Constituição, há o reconhecimento de um conceito material de Constituição (SARLET, 1996). Explicitamente, invocando lição de Konrad Hesse, Sarlet (2010, p. 80) diz que a Constituição reconhece, além dos direitos fundamentais formal-

4 CF/1891, Art 78: “A especificação das garantias e direitos expressos na Constituição não exclui outras garantias e direitos não enumerados, mas resultantes da forma de governo que ela estabelece e dos princípios que consigna” (BRASIL, 1891).

CF/1934, Art 114: “A especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui outros, resultantes do regime e dos princípios que ela adota” (BRASIL, 1934).

CF/1937, Art 123: “A especificação das garantias e direitos acima enumerados não exclui outras garantias e direitos, resultantes da forma de governo e dos princípios consignados na Constituição. O uso desses direitos e garantias terá por limite o bem público, as necessidades da defesa, do bem-estar, da paz e da ordem coletiva, bem como as exigências da segurança da Nação e do Estado em nome dela constituído e organizado nesta Constituição” (BRASIL, 1937).

CF/1946, Art 144: “A especificação, dos direitos e garantias expressas nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota” (BRASIL, 1946).

CF/1967, Art 150: “A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] § 35 – A especificação dos direitos e garantias expressas nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota” (BRASIL, 1967).

EC nº 1/1969, Art. 153: “A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] § 36. A especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota” (BRASIL, 1969).

5 Art. 4º: “A especificação das garantias e direitos expressos na Constituição não exclui outras garantias e direitos não enumerados, mas resultantes da forma do governo que ela estabelece e dos princípios que consigna ou constam de outras leis” (PORTUGAL, 1911).

6 “1. Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional” (PORTUGAL, 1974).

7 § 2º: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (BRASIL, 1988).

mente reconhecidos no catálogo constitucional, outros direitos fundamentais materiais fora do catálogo que, por seu conteúdo e por sua importância, podem ser equiparados aos direitos formal e materialmente fundamentais.

Seguindo então o modelo brasileiro do art. 5º, § 2º da Constituição Federal, há duas espécies de direitos fundamentais: a) direitos formal e materialmente fundamentais (constantes do catálogo constitucional); b) direitos apenas materialmente fundamentais (que não constam explicitamente do catálogo constitucional) (SARLET, 2010, p. 80).

Para efeitos de argumentação, seguindo-se esse modelo, surgem duas questões: A primeira diz respeito à posição assumida pelos direitos apenas materialmente fundamentais (modo especial os que não constam do catálogo constitucional) em relação aos direitos fundamentais do catálogo, se podem ou não ser equiparados quanto ao seu regime jurídico e, podendo, de que maneira. Desde logo, pela Constituição de 1988, a abertura material do sistema de direitos fundamentais “exige um regime jurídico-constitucional privilegiado e em princípio equivalente ao regime dos direitos fundamentais expressamente consagrados como tais pelo constituinte” (SARLET, 2010, p. 81). O outro aspecto diz respeito à identificação, no texto constitucional, ou fora dele, dos direitos que reúnem condições para ser considerados materialmente fundamentais, sem descuidar, evidentemente, da fonte desses direitos, que pode ser a própria Constituição ou outros textos legais, nacionais ou internacionais (SARLET, 2010, p. 81).

Desde logo, resta inequívoco que a abertura material do catálogo abrange os direitos do art. 5º da Constituição Federal, tanto pela expressão literal como por sua localização. Igualmente, quanto ao art. 6º da Constituição Federal, não só os direitos sociais estão consagrados na doutrina internacional sob o manto da “fundamentalidade”, como o próprio dispositivo encerra com a expressão “na forma desta Constituição”, deixando aberta a possibilidade de incorporação de outros direitos sociais, como os constantes nos títulos “Da Ordem Econômica” e “Da Ordem

Social” (SARLET, 2010, p. 82). O mesmo entendimento se aplica do art. 7º ao art. 11.

Ainda é bom lembrar que são princípios fundamentais da República as normas dos arts. 1º a 4º, e que têm como fundamentos os incisos de I a V do art. 1º, em especial a dignidade da pessoa humana.

Por fim, essa abertura material, no sentido de uma não taxatividade do catálogo dos direitos fundamentais, resulta do fato do art. 5º, § 2º da Constituição Federal ser “autêntica norma geral inclusiva”, impondo até mesmo o dever de uma interpretação sintonizada com o teor da Declaração Universal dos Direitos do Homem” (FREITAS apud SARLET, 2010, p. 83).

4.3. Jurisdição e Implementação dos Direitos Fundamentais

A constitucionalização dos direitos humanos torna imperativa a sua fundamentalidade e irradia seus valores por todo o sistema jurídico pátrio. Dessa forma, depois de conceituar os direitos humanos, analisando sua fundamentação e materialidade, resta verificar a jurisdição como instrumento de implementação dos direitos fundamentais.

O atual ordenamento jurídico brasileiro permite que a interpretação constitucional seja atribuída “do juiz estadual ao Supremo Tribunal Federal”, de forma que uma lei ou um ato normativo possa ter declarada sua inconstitucionalidade tanto por um juiz de primeiro grau como por um ministro do STF. Segundo Carvalho (2015, p. 17), esse equilíbrio presente no ordenamento jurídico brasileiro “É fenômeno da constitucionalização do direito”. A autora considera ainda que a redemocratização e a atual consciência de cidadania resultaram numa ascensão política e institucional do Poder Judiciário:

Os juízes da atualidade devem pautar as suas decisões em fundamento constitucional, tendo em vista sempre a dignidade da pessoa humana e os princípios explícitos e implícitos que dela derivam, mesmo que a lei infraconstitucional seja em sentido diverso, realizando verdadeiro controle de constitucionalidade na via difusa. (CARVALHO, 2015, p. 17).

Conforme observa Moraes (2013, p. 66), a legitimidade formal da jurisdição constitucional emana da própria Constituição, enquanto sua legitimidade material vem da “necessidade de proteção ao Estado de direito e aos direitos fundamentais”. Dessa forma, a justiça constitucional atua como garantidora do ordenamento jurídico, uma vez que, ao se aplicar as normas constitucionais ao caso concreto, assegura a prevalência da lei fundamental sobre a norma ordinária.

A jurisdição constitucional pode se dar de forma direta, quando o preceito constitucional é aplicado diretamente ao caso concreto, ou de forma indireta, quando invocado o controle constitucional de norma infraconstitucional. Independentemente do caso, a jurisdição constitucional representa verdadeiro instrumento de implementação de direitos fundamentais, promovendo a realização da justiça. Nesse contexto cabe ao Judiciário garantir que as decisões judiciais estejam em consonância com a realidade social, atendendo ao preceito maior dos direitos fundamentais constitucionalmente garantidos, e aos princípios e às regras resguardados pela Constituição Federal (CARVALHO, 2015, p. 19-20, 43).

5. Conclusão

Após um longo caminho percorrido, a humanidade consolidou, em torno da dignidade da pessoa humana, um núcleo de direitos sem os quais o homem é incapaz de alcançar a sua plenitude de desenvolvimento. De um esforço primeiro em colocar esses direitos nos textos constitucionais, enumerando-os, passou-se à norma constitucional aberta, receptiva, que acolhe esses direitos ditos fundamentais à dignidade humana, estejam eles explícitos ou implícitos no texto constitucional, tanto em leis nacionais como em tratados internacionais, tudo com o objetivo da plena realização do ser humano.

Como visto, a Constituição brasileira tem por base a garantia de direitos considerados fundamentais. Dessa forma, os direitos fundamentais, constitucionalmente amparados,

exercem papel unificador do sistema jurídico, uma vez que a jurisdição constitucional lhes garante força normativa.

A jurisdição garante que a defesa dos direitos fundamentais e sua efetivação sejam objeto de discussão nas diferentes instâncias do Poder Judiciário, cabendo desde aos magistrados de primeiro grau até aos ministros do STF o dever de guardar e fazer valer os ideais contidos na Carta Constitucional, segundo sua força normativa e supremacia.

Por fim, a concretização da jurisdição constitucional tem por objetivo a efetivação dos direitos fundamentais, fomentando que as decisões judiciais promovam a compatibilidade de normas, de forma que a compreensão desse fenômeno está intimamente ligada à compreensão da evolução dos direitos humanos, dos direitos fundamentais e sua fundamentalidade.

6. Referências

ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução da 5. ed. alemã por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BRASIL. Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 5 jul. 2017.

_____. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 5 jul. 2017.

_____. Constituição (1937). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>.

www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 5 jul. 2017.

_____. Constituição (1946). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 5 jul. 2017.

_____. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil, de 24 de janeiro de 1967**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 5 jul. 2017.

_____. Constituição (1969). **Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 7 jul. 2017.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 5 jul. 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

CARVALHO, Patrícia Cunha Paz Barreto de. A jurisdição como instrumento de implementação dos direitos fundamentais. **Revista da Ejuse**, Aracaju, n. 22, p. 16-46, 2015.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Constituição dos Estados Unidos da América de 1787**.

Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/constituicao-dos-estados-unidos-da-america-1787.html>>. Acesso em: 25 jul. 2016.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional: direitos fundamentais**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. v. 4.

MORAES, Alexandre de. A imprescindível contribuição de José Celso de Mello Filho para a efetividade da jurisdição constituição

brasileira em defesa dos direitos fundamentais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 264, p. 57-89, set./dez. 2013.

PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales: Teoria General**. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1999.

PORTUGAL. Constituição (1911). **Constituição de 21 de agosto de 1911**. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Parlamento/Documents/CRP-1911.pdf>>. Acesso em: 5 jul. 2017.

_____. Constituição (1974). **Constituição da República Portuguesa, de 25 de abril de 1974**. VIII Revisão Constitucional. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/legislacao/documents/constpt2005.pdf>>. Acesso em: 5 jul. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. Valor de alçada e limitação do acesso ao duplo grau de jurisdição: problematização em nível constitucional à luz de um conceito material de direitos fundamentais. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 33, n. 131, p. 5-30, jul./set. 1996. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/176432>>. Acesso em: 25 jul. 2016.

DO NORMATIVISMO ANALÍTICO À PERSPECTIVA SISTÊMICA: CONTRIBUIÇÕES DA TEORIA DOS SISTEMAS SOCIAIS DE NIKLAS LUHMANN PARA A TEORIA DO DIREITO¹

Augusto Carlos de Menezes Beber²

¹ Artigo submetido para a linha 2, Tutelas à Efetivação de Direitos Transindividuais, no eixo Direitos Fundamentais e Jurisdição.

² Mestrando em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos, com bolsa CAPES/PROEX, na modalidade taxa. Advogado. E-mail: <augusto_beber@yahoo.com.br>.

Resumo

O presente artigo tem como proposta analisar os contributos da teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann para a Teoria do Direito. Para tanto, busca realizar algumas observações sobre o normativismo analítico e a hermenêutica, matrizes até então dominantes, para assim demonstrar as vantagens da teoria sistêmica para a Teoria do Direito. A hipótese defendida é que o pensamento sistêmico pode contribuir para a produção de uma teoria jurídica complexa e interdisciplinar. Nessa toada, justifica-se a presente abordagem em razão da necessidade de se pensar o direito de forma crítica, observadas as suas peculiaridades a partir do estatuto de observação fornecido por uma teoria da sociedade. Em sede de conclusão, demonstrou-se como a perspectiva sistêmica realiza um enfoque na organização, em detrimento da norma e do sujeito, o que permite trabalhar de forma diferenciada a categoria da decisão e as incertezas que dominam tanto a teoria como a prática jurídica.

Palavras-chave: Autopoiese. Hermenêutica. Luhmann. Normativismo. Teoria dos sistemas.

Abstract

This paper aims to analyze the contributions of Niklas Luhmann's theory of social systems to the theory of law. To do that, it seeks to make some observations about analytical normativism and hermeneutics, until now both considered dominant matrices, and after that to demonstrate the advantages of systemic theory for the theory of law. The hypothesis is that systemic thinking can contribute to the production of a complex and interdisciplinary legal theory. In this respect, the present approach is justified by the need to think law critically, observing its peculiarities from the observation statute provided by a theory of society. In conclusion, it was demonstrated how the systemic perspective takes a focus on the organization, clearly in detriment of the norm and the subject, which allows to work in a differentiated way the category of the decision and the uncertainties that dominate both theory and practice in law.

Keywords: Autopoiesis. Hermeneutics. Luhmann. Normativism. Systems's theory.

1. Introdução

No início do século XX, vivenciou-se uma reviravolta nas bases do conhecimento científico, especialmente no que se refere às suas condições de possibilidade. Em contraposição ao paradigma epistemológico dominante, pôs-se em relevo o modelo de ciência que a colocava como sinônimo de conhecimento previsível, testável e reproduzível a partir de métodos rigorosos.

Com isso, a ideia de indeterminação invadiu todas as áreas – sejam elas das chamadas ciências duras (exatas) ou do espírito (humanas) –, tornando-se um obstáculo para a fundamentação de proposições científicas com aspiração à universalidade. Nesse sentido, a Sociologia surgiu na vanguarda de teorias pós-ontológicas reclamadas por uma nova epistemologia, contexto em que se encontra a teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann.

Luhmann, a partir da ideia de comunicação, desenvolveu novas formas de observação da sociedade, e, assim, do Direito por ela produzido. Trata-se, para o campo jurídico, de uma tentativa de superação das teorias jurídicas que insistem em estruturar o Direito a partir de epistemologias ultrapassadas, as quais associam as decisões com o problema filosófico da verdade.

A proposta luhmanniana difere-se da tradição até então concebida porque, dentre outras razões, não cai na ontologia questionadora do que é a sociedade, mas como é possível a sociedade – condição que Luhmann atribui à comunicação. Portanto, o que forma sociedade – que, por suposto, é uma forma – não são psiques reunidas, ou entidades físicas, químicas ou orgânicas, mas o conjunto de comunicações.

Por consequência, são reflexões como essa que fazem da teoria dos sistemas um novo estatuto de observação para o Direito, que observa a própria unidade a partir da diferença. Logo, trabalhar o Direito “da sociedade” exige um olhar para o arsenal teórico fornecido por Luhmann, que irá auxiliar na compreensão da “indeterminação” e dos “riscos” postos em evidência pela modernidade.

Nesse sentido, o objetivo da presente pesquisa é realizar uma análise perfunctória da teoria jurídica hodierna, e, com isso, sustentar as vantagens da adoção de uma matriz teórica pautada pela teoria dos sistemas sociais em detrimento dos enfoques fornecidos pelo normativismo analítico e pela hermenêutica, até então dominantes na Teoria do Direito. Para tanto, será utilizada como base a perspectiva teórica luhmanniana, posta em evidência a partir de seus intérpretes.

A hipótese avançada é de que a Teoria do Direito pode se beneficiar da teoria sistêmica na medida em que, enquanto descrição que visa a realizar a reentrada da forma na forma, cria a possibilidade de se valer de uma abordagem que privilegie a crítica e a interdisciplinaridade na construção da unidade do Direito a partir de suas distinções.

Para o deslinde dessa proposta, a pesquisa será dividida em duas etapas. Na primeira, serão tecidas considerações voltadas para o normativismo analítico e para a hermenêutica, de forma que haja um contraste com o exposto na segunda parte do trabalho, na qual se ressaltará a transição que ocorre desses modelos em direção à teoria sistêmica.

2. Modernidade, indeterminação e direito positivo: do fechamento analítico à abertura hermenêutica

Durante o período medieval, as bases jurídicas concentraram-se no chamado direito natural (ou jusnaturalismo), o qual tinha por características a imutabilidade, a afirmação de valores absolutos e o reconhecimento de verdades a priori. O tempo, nesse período, era atemporal, eis que não havia a possibilidade da gestão de novos simbolismos sociais (ROCHA, 2013).

A sociedade moderna, por sua vez, ao se abrir para as transformações sociais, abriu-se também para a indeterminação, a qual não era compatível com o modelo do direito natural. Existiu, então, a necessidade de se tomar decisões diferentes,

fruto da complexidade assumida. Eis, assim, que também surgiu a necessidade de um direito diferenciado e composto por decisões, marco do moderno direito positivo (ROCHA, 2013).

A matriz teórica que embasou o direito da modernidade, a qual se difundiu por todo o globo, foi o normativismo, tendo em Hans Kelsen um de seus maiores expoentes. Trata-se de uma teoria altamente relacionada com a noção de Estado e com os primados da racionalidade, contrapondo-se, assim, ao modelo sustentado pelo medievo.

Kelsen, segundo a leitura de Castro Miozzo (2014), radicaliza o debate presente nas primeiras décadas do século XX acerca dos pressupostos científicos do conhecimento jurídico, lançando duras críticas tanto às posturas sociológicas como àquelas voltadas para o terreno ético e político. Nessa senda, procura criar um marco teórico que confira autonomia para a ciência do Direito, o que o faz a partir do seu normativismo de cariz analítico (o que o diferencia, por exemplo, de autores do positivismo exegético).

O normativismo analítico, ao se caracterizar como uma metateoria do Direito, assumiu como proposta o estabelecimento de uma ciência do Direito enquanto metalinguagem de seu objeto. Assim, o marco da ciência estaria assegurado pela pureza da linguagem por ela utilizada, marcada pela técnica e pelo rigor.

Nesse sentido, o Direito, para ser encontrado objetivamente, precisaria ser decomposto de forma analítica (FERRAZ JUNIOR, 2016). Nessa perspectiva, parte-se do pressuposto de que, ao se fazer uso dos conceitos mais gerais, poder-se-ia chegar aos mais específicos, os quais teriam, em tese, a capacidade de resolver os problemas jurídicos.

Notadamente, encontra-se em Luhmann (2016) uma forte crítica ao normativismo analítico. Segundo o autor, quase tudo o que se conheceu como Teoria do Direito está relacionado a autodescrições do sistema jurídico, tal como o normativismo, que, em seu esforço para manter padrões mínimos de consistência conceitual, apenas conseguiu desdobrar-se em um universo de mais conceitos.

É evidente, por consequência, que a categoria conceitual nevrálgica para os normativistas não poderia ser outra, senão a norma jurídica. Para autores como Kelsen, o comportamento humano é apenas objeto mediato da ciência jurídica, que o conhece somente através do caráter objetivo da norma (razão pela qual a Sociologia foi rejeitada enquanto ciência do Direito).

Com o intuito de demonstrar esta postura, ilustra Tércio Sampaio Ferraz Jr. (2016) que o ato de levantar a mão é um comportamento que pode significar subjetivamente muitas coisas, mas, objetivamente, por meio de uma norma, o mesmo assume conotações específicas que podem ser estudadas, como o sentido de voto em uma assembleia.

Assim, os sentidos da norma, descritos pelo cientista do Direito, precisam de critérios que serão encontrados em outra norma superior com a qual a primeira possui uma relação de dependência. O caminho percorrido por todas as normas revela, assim, o caráter formal e sistemático do fenômeno jurídico.

Em Kelsen, essa perspectiva encontra-se na dinâmica do Direito, que estabelece não uma condição de verdade, mas de validade para as normas. Dessa maneira, diferentemente do caráter estático do jusnaturalismo medieval, o normativismo em Kelsen explicava a produção e reprodução das normas a partir da categoria da norma fundamental, oferecendo uma alternativa para os antigos ideais metafísicos (ROCHA, 2013).

O problema do Direito, ao lume do fechamento do normativismo analítico, encontra-se na sua suposta necessidade de um dogma apriorístico (p. ex., norma fundamental), utilizado como instrumento de fuga a um recurso ao infinito. Entretanto, mesmo nesses casos, a existência de elementos como decisões inovadoras surgem como contratempus à teoria. Mesmo Kelsen, que separa as categorias da validade e eficácia, admite que algo que é eficaz pode se transformar em algo válido, como a constituição imposta por um ditador.

A matriz analítica, entretanto, encontrou vários outros contratempus em seu projeto. Sustentar uma linguagem pura para o direito, ao cabo, fez com que alguns articulistas criassem

pesadas críticas ao normativismo, tal como fez Warat (1995), o qual denunciou o caráter ideológico da Teoria Pura do Direito.

Percebe-se, a partir disso, uma clara insuficiência da teoria kelseniana, a qual, conforme sustenta Rocha (2009, p. 27), “observa o Direito como representante de uma cultura caracterizada por um discurso que aparenta reduzir as diferenças do mundo, mas que, na realidade, privilegia muito mais certos interesses particulares [...]”.

Ao final, os insuficientes critérios sintático-semânticos da analítica fizeram com que a mesma se rendesse às suas incessantes crises e fornecesse espaço para uma nova teoria que compreendesse o Direito para além da norma, a hermenêutica.

Na esteira desse entendimento, a hermenêutica surgiu enquanto matriz que revelava a participação dos juristas e demais intérpretes do Direito na formação da norma. Todavia, Rocha (2013, p. 11) adverte que, apesar de seus avanços em relação à analítica, a hermenêutica nada mais é do que “uma tentativa de se manter a estrutura normativa ampliando-se as suas fontes de produção de sentido”.

Assim, a hermenêutica, especialmente com as contribuições da filosofia da linguagem ordinária de Wittgenstein, propôs uma nova visão de mundo ao discorrer que o sentido da norma depende de seus contextos e dos usos e funções dos discursos. Com isso, percebe-se a grande diferença entre a postura hermenêutica e a postura normativista. Enquanto esta sustentava um sistema fechado, em que as regras se relacionavam apenas entre si, aquela revelava um espaço criativo dos operadores jurídicos, representando uma abertura ao sistema.

Com isso, apreende-se que na hermenêutica há um claro deslocamento da questão da validade para o problema da interpretação. Ao intérprete não cabe somente definir o sentido da norma, mas também a sua força e o seu alcance, razão pela qual a hermenêutica ultrapassa as questões da analítica e navega nos tormentosos debates sobre as condições de entendimento do Direito (FERRAZ JUNIOR, 2016).

Se for possível traçar um paralelo, pode-se dizer ainda que, se o normativismo analítico associou-se a uma dimensão sintática da linguagem, a hermenêutica diferenciou-se ao associar-se precipuamente com a dimensão semântica. Esta, por sua vez, conforme definição dada por Warat (1995), consiste no estudo dos signos e a sua relação com os objetos a que se referem.

Logo, a hermenêutica, ao partir do pressuposto de que inexistente norma sem interpretação, busca desvelar as condições em que é possível construir o sentido da norma através da exploração conteudista de seus elementos. Nesse sentido, em Hart (2001) já se encontram algumas discussões sobre a abertura da linguagem (chamada pelo autor de *textura aberta*) e suas implicações para o problema da definição das regras e das decisões jurídicas. Para esse autor, o Direito consiste na dinâmica entre regras primárias e secundárias, dentre as quais se encontra a regra de reconhecimento (a qual caracteriza a normatividade como percepção social e, por conseguinte, também classifica a sua teoria como positivismo fático, o que o autor rejeita). Nesses termos, não escapa à sua teoria um recurso à discricionariedade judicial, a qual é justificada em razão da *textura aberta* e pelas zonas de penumbra.

É de notório conhecimento que o modelo de Hart foi contrastado no debate firmado com o também jusfilósofo e professor Ronald Dworkin. Este, por sua vez, pontua duras críticas à discricionariedade e ao modelo de regras jurídicas, pugnando por um direito interpretativo e pela tese da “resposta certa”.

Dworkin, diferentemente de Hart, defende que não há lacunas no Direito, tendo em vista que é composto por regras e princípios. Com isso, ainda que se esteja diante dos chamados *hard cases*, o Direito seria capaz de fornecer uma resposta correta para o problema, cabendo ao jurista, portanto, a tarefa de descobrir o direito aplicável ao caso (DWORKIN, 2001).

Apesar de seus avanços, a hermenêutica, contudo, também apresentou lacunas teóricas, as quais limitaram o alcance de sua matriz. A despeito de ter realizado uma abertura, a mesma caiu em crítica ao sustentar a dogmática da resposta correta, mostrando-se temerária à liberdade proposta, e, por ser apega-

da à fidelidade fornecida pela tradição, mostrou-se refratária ao pluralismo social e ao direito à diferença, marco para a proteção de minorias e para a tutela dos novos direitos.

Percebe-se que o deslocamento para o problema da interpretação não suavizou, mas acentuou a questão que já havia entornado da validade jurídica, pois os hermeneutas, assim como os normativistas, também tiveram suas divergências em relação aos contornos do Direito, da moral e da política. Nessa perspectiva, mostra-se evidente a questão da determinação – ou melhor dizendo, da indeterminação do Direito –, a qual se encontra conflituosa nas duas matrizes teóricas.

A partir desse entrave, a teoria dos sistemas surge, então, como uma terceira possibilidade de sustentação para uma matriz teórica que abarque os temas complexos que não foram tratados pelo Direito da modernidade. Trata-se, assim, de um novo estatuto de observação para o Direito, a ser explorado no item a seguir.

3. A perspectiva da teoria dos sistemas e as suas contribuições para a teoria do direito

Niklas Luhmann, sociólogo alemão de formação jurídica, distanciou-se das perspectivas fornecidas pelo normativismo analítico e pela hermenêutica através de um enfoque de pensamento voltado, inicialmente, para uma teoria da sociedade, projeto de dedicação trintenária.

Para o sociólogo, ao contrário do que fizeram as teorias ontológicas até então dominantes (as quais buscaram explicar a “natureza” ou a “essência” do Direito), o que é de verdadeiro interesse é descobrir quais são os limites do Direito. Diferenciando-se de outras matrizes, Luhmann defende que esses limites são dados pelo próprio objeto, circunstância que o levou à premissa de que o Direito definirá as suas fronteiras e aquilo que lhe pertence ou não (LUHMANN, 2016).

Em sua abordagem, Luhmann (1994) demonstra que Sociologia se encontra em uma posição privilegiada em razão do fato de que a Teoria do Direito e a dogmática jurídica mostram-se vinculadas com a reprodução do sistema, “e, por conseguinte, hão de colaborar na anulação de seu paradoxo e na sua codificação”, ao contrário da Sociologia, que “pode observar e descrever o sistema baseado em seu paradoxo constituinte”.

Com isso, parte do pressuposto de que tudo o que é produzido em Direito é obra da sociedade, não se podendo pensar em um Direito “fora” dela. Para Rocha (2009, p. 19), “Luhmann propõe que se leve a sério um pressuposto básico da sociologia: tudo está incluído dentro da sociedade”. Logo, só se pode falar em um Direito na sociedade, produzido e reproduzido através da mesma.

Essa reflexão, a qual expõe a teoria sistêmica como teoria sociológica do Direito, oferece alguns desafios, especialmente se se buscar defender uma descrição do sistema jurídico. Optar pela abordagem luhmanniana, a qual insere o Direito dentro de uma teoria geral da sociedade, implica na adoção de seus conceitos, tais como fechamento operativo, função, codificação, diferenciação, acoplamento estrutural, evolução etc. (LUHMANN, 2016).

Notadamente, essas categorias foram fruto de uma extensa trajetória. No início de suas investigações, Luhmann fez uso dos contributos da teoria de Parsons, fato que marcou a primeira fase de seu pensamento. Mais tarde, sob a influência de Varela e de Maturana, adotou uma perspectiva epistemológica autopoietica (ROCHA; MARTINS, 2016). Com isso, o sociólogo acentuou o caráter sistêmico do Direito, o qual se baseia na capacidade de autorreprodução das suas possibilidades de ser, perspectiva que se põe em detrimento em relação ao funcionalismo parsoniano.

O Direito, assim, é considerado um sistema fechado e aberto, o qual, ao tempo em que reproduz a sua unidade, diferencia-se do meio em que está inserido. A sociedade, enquanto ambiente do Direito, sustenta a sua produção, pois “pressupomos que a unidade de um sistema só pode ser produzida e

reproduzida por esse próprio sistema mediante fatores no próprio ambiente” (LUHMANN, 2016, p. 45).

Com efeito, tal constatação também leva Luhmann (1994) a entender que não podem haver inputs ou outputs normativos, ou seja, o Direito não pode importar normas do ambiente social (como fazia o jusnaturalismo) nem exportar normas para o ambiente (pois o Direito não vale fora do Direito!), o que o faz rejeitar as possibilidades teóricas que lhe antecederam (LUHMANN, 1994).

Ademais, a problemática da perspectiva sistêmica auto-poietica permite identificar que, entre as funções pragmáticas da linguagem que permeiam o processo de decisão jurídica, encontra-se a questão do risco e do paradoxo. Luhmann supera a perspectiva de Kelsen (analítica) e de Hart (hermenêutica), trazendo uma nova definição para o Direito.

Na óptica da teoria dos sistemas, a função do Direito reside na redução da complexidade, o que ocorre através da chamada eficácia seletiva, quando são selecionadas algumas expectativas passíveis generalização em todas as suas dimensões.³ Diante disso, depreende-se que o Direito é identificado em Luhmann como estrutura, embora também tenha um caráter dinâmico devido à constante evolução provocada pela tarefa de redução da complexidade em relação às expectativas e possibilidades de ser no mundo (ROCHA; MARTINS, 2016).

Na esteira desse entendimento, Marcelo Neves (2006) leciona que, sob a perspectiva sistêmica, não é viável conceber a positividade do Direito sem a sua associação com o modelo de evolução social que se dá através do aumento da complexidade, o qual leva à diferenciação funcional. Nesse sentido, a complexidade luhmanniana, segundo Neves, é referente à presença de mais possibilidades (ou alternativas) do que se seria suscetível de realização.

Partindo-se dessa perspectiva e, lembrando-se que a teoria dos sistemas busca formular uma explicação da sociedade

como sistema social, reconhece-se como pressuposto que existem elementos que permitem a distinção entre várias, senão infinitas formas de interação social. Assim, tendo em vista a grande complexidade que desse cenário exsurge, criam-se, por meio da diferenciação, subsistemas, como o Direito, a Política, a Religião, a Economia etc. (ROCHA; MARTINS, 2016).

Os subsistemas, enquanto integrantes do sistema social, são formados a partir do elemento-base comunicação, que, por sua vez, é dependente da linguagem, das funções, das estruturas e da diferenciação (ROCHA, 2013). A teoria dos sistemas considera que há uma diferença entre sistema e meio ambiente (sendo este caracterizado por ser complexidade bruta), a qual é fundamental para a construção do sentido. Conforme Rocha (2013, p. 336), “a teoria da diferenciação afirma que somente os sistemas são dotados de sentido, sendo que o ambiente é apenas uma complexidade bruta, que ao ser reduzida já faz parte de um sistema”.

Nesse sentido, a comunicação, na teoria luhmanniana, é o que forma a sociedade. Essa é mais uma perspectiva de avanço da teoria sistêmica, uma vez que são acessados os sentidos produzidos pela comunicação (que é uma relação intersubjetiva), e não a realidade sensível. Sendo a comunicação um processo externo aos sujeitos, a nenhum deles é dado o seu domínio, residindo aí a premissa de Luhmann de que a sociedade é formada por redes de comunicação, não por sujeitos (constatação que não descarta a importância dos sujeitos, como erroneamente se leva a crer).

Um sistema diferenciado deve ser operativamente fechado, a fim de garantir a manutenção de sua unidade, e, ao mesmo tempo, cognitivamente aberto, de forma a tornar possível a observação de sua diferença constitutiva. Dessa maneira, a comunicação, enquanto elemento principal da sociedade, permite à mesma repetir suas operações, diferenciando-as de suas observações (ROCHA, 2016).

As organizações são as estruturas do sistema encarregadas de tomar decisões (que, por sua vez, constituem o tempo) com base no código e na programação do sistema. Assim, é a

³ Conforme Klaus Günther (2011), a seletividade do Direito se dá através das três dimensões em que são construídos os sentidos: temporal, social e objetiva. Para uma exploração mais detalhada sobre o assunto, cf. ROCHA, 2013.

partir das decisões que se constitui a diferenciação que garante a identidade do sistema em relação a outro e em relação ao próprio ambiente. Nesse sentido, o Poder Judiciário atua como organização que produz as decisões no sistema do Direito (ROCHA, 2016).

A autopoiese do sistema jurídico, assim, ocorre pela repetição do elemento básico que produz a diferença (portanto, a unidade) do Direito: a decisão. Günther Teubner (1989), discípulo e comentador de Luhmann, destaca que o próprio fechamento do sistema do Direito (condição para a abertura) ocorre quando se torna capaz de constituir os seus próprios atos jurídicos.

É interessante destacar neste ponto a presença inexorável do paradoxo do sistema, situação meticulosamente explorada por Luhmann por meio da fábula da restituição do décimo segundo camelo. Observadas, por exemplo, as categorias de norma e decisão, encontra-se uma situação de circularidade, pois, conforme Luhmann (2004, p. 37), “as normas tornam as decisões possíveis porque as decisões tornam as normas possíveis”.

Percebe-se que existe um problema em relação às decisões que se alarga no momento em que se percebe o seu caráter de procedimento dentro de um processo, pois, para a teoria dos sistemas, a decisão é algo muito mais complexo do que uma simples deliberação individual. Decidir é uma ação situada comunicativamente, a qual invoca a noção de conflito e de alternativas possíveis.

Naturalmente, o que se vem à mente enquanto decisão envolve a) uma série de ponderações entre possibilidades, b) uma avaliação dos dados disponíveis e c) uma previsão das consequências que permite que se revele a melhor alternativa. Entretanto, tal como alerta Tércio Sampaio Ferraz Jr. (2016), uma situação desse cariz seria ideal, com o conflito eliminado, tal como a necessidade de decidir.

A partir disso, tem-se que a função da decisão é absorver insegurança, transformando “incompatibilidades indecidíveis em alternativas decidíveis” (FERRAZ JUNIOR, 2016, p. 274), ainda que, no futuro, essa situação gere mais complexidade, como, por exemplo, ocorre com a decisão entre pagar uma dívida ou

sofrer um processo. Ambas as alternativas são excludentes, e a escolha de uma tem o condão de abrir um leque ainda maior de possibilidades de decisão.

A função de decidir, assim, longe de produzir harmonia e consenso, assegura a existência do conflito através da absorção da insegurança. Portanto, o processo de decisão, ao contrário do que se sustenta, não visa a eliminar o conflito, mas sim transformá-lo.

Outro problema que exsurge envolve a legitimação do Direito. Hodiernamente acorda-se que o Direito não é sustentável apenas por imposições arbitrárias, sendo necessária uma pretensão à legitimidade, ainda que almeje somente mascarar relações de dominação política. Para a teoria dos sistemas, tal tarefa não é de veras fácil, pois, ao abandonar paradigmas ontológicos, baseados na moral ou na religião, a legitimidade ganha altos índices de improbabilidade (VILLAS BÔAS FILHO, 2006).

Habermas resolve esse problema através de sua teoria da ação comunicativa. Para o autor, a partir da identificação do princípio do discurso, é possível conceber um princípio da democracia que irá servir de base para a fundamentação legítima do direito, a qual tem por sustentação a ação intersubjetiva dos agentes sociais voltados para o mútuo entendimento (VILLAS BÔAS FILHO, 2006).

Luhmann, por outro lado, ao referendar a posição autorreferencial e autopoietica do sistema jurídico, sustenta que Habermas apenas transferiu para uma perspectiva externa o problema da legitimação do Direito. Sob o viés sistêmico, tal questão é de ordem interna ao sistema, não podendo ser relegada ao processo democrático legiferante. Na verdade, essa é uma das incompatibilidades que irão fazer com que Habermas diga que o enclausuramento autopoietico apenas faz com que o Direito procure em si mesmo a sua legitimação (VILLAS BÔAS FILHO, 2006).

A proposta da teoria dos sistemas para a legitimação do Direito envolve a problemática do fechamento operacional, pois a resposta para tanto deve estar necessariamente dentro do sistema, e não em normas não jurídicas. Logo, a legitimidade do

Direito se coloca como problema da generalização de expectativas normativas, não sendo relevante a sua relação com valores de ordem transcendental (VILLAS BÔAS FILHO, 2006).

A partir disso, pouco importam as motivações que levam o homem a cumprir as normas, pois, para Luhmann, elas simplesmente são cumpridas ou não. Não se trata, nesse sentido, de uma exclusão da importância do sujeito, mas, pelo contrário, do reconhecimento do caráter autorreferencial do sistema jurídico.

A evolução da sociedade, assim, relaciona-se com a evolução de seus subsistemas parciais. No Direito, isso ocorre devido à comunicação de expectativas normativas inesperadas (novas decisões), ou seja, devido à ocorrência do desapontamento, do desvio de expectativas contrafáticas dominantes (NEVES, 2006). Ao cabo, a repetição do desvio leva à continuação dessa “nova” comunicação, que traduz inovação em expectativa normativa.

Notadamente, esse reconhecimento apenas reforça a noção de que a positividade do Direito, na visão luhmanniana, encontra-se voltada para a autopoiese, pois, na medida em que as sociedades modernas são pautadas pelo direito positivo, observa-se um distanciamento das determinações morais e políticas do Direito, o qual passa a ser o único controlador do código que lhe é inerente, lícito/ilícito (NEVES, 2006). Assim, ao dispor de seu código, o Direito também preenche uma das condições de sua unidade, ou seja, o fechamento operacional do sistema.

Portanto, o sistema jurídico pode assimilar aspectos do ambiente em que está inserido, sem, contudo, se deixar dominar por esses fatores. Consequentemente, a vigência de expectativas normativas não se torna refém de aspectos econômicos ou políticos, em razão da filtragem realizada pelo sistema através do seu código binário (NEVES, 2006).

Em sua leitura da teoria dos sistemas, Klaus Günther (2011, p. 251) realça que no Direito há uma diferenciação entre as categorias fornecidas pela legislação e pela jurisprudência, a qual leva ao fato de que as “[...] decisões permanecem vinculadas às programações políticas do legislador. Como decisões jurídicas,

porém, são independentes da política, do direito natural ou da moral”.

Destaca-se, por outro lado, que a abertura cognitiva do sistema do Direito concede ao mesmo a capacidade de aprendizagem, essencial para o acompanhamento das mudanças velozes de um ambiente complexo. Logo, não existe um fechamento indiferente ao ambiente, mas uma condição de alterabilidade do sistema, que irá se adaptar conforme os seus critérios internos, razão pela qual se entende que o fechamento é a condição para a abertura do sistema.

Na esteira desse entendimento, Marcelo Neves (2006) aponta que o problema da justiça, a partir da concepção de positividade em Luhmann, desprende-se das teorias da justiça que a tratam como critério exterior ao superior ao direito positivo, o qual deve se voltar para o problema da complexidade do sistema e da consistência das decisões jurídicas.

Ao cabo, o Direito, para a teoria dos sistemas, possui a função de reduzir (e não eliminar, como alguns sustentam) o risco a partir da estabilização contrafática de expectativas. Desse modo, a sua legitimação ocorre através de uma predisposição à aceitação de decisões cujo conteúdo ainda não está devidamente definido, fato que ocorre dentro de certos limites de tolerância (VILLAS BÔAS FILHO, 2006). Uma das grandes contribuições da teoria dos sistemas para a Teoria do Direito encontra-se no seu caráter interdisciplinar, o qual associa a norma jurídica com a práxis social e comunicativa, possibilitando assim uma reflexão complexa para uma sociedade igualmente complexa.

4. Conclusão

Através dos anos, a Teoria do Direito tem buscado demonstrar a existência de uma racionalidade jurídica própria, tarefa que transitou entre diversas posturas teóricas e metodológicas. Para os fins dessa abordagem, três grandes matrizes foram consideradas nesse pleito: o normativismo analítico, com especial referência a Kelsen, a hermenêutica e, por derradeiro, a postura fornecida pela teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. Nesse sentido, a presente pesquisa visou a demonstrar as vantagens que podem ser proporcionadas para a Teoria do Direito com a adoção de uma perspectiva sistêmica, tal como encontrada na teoria luhmanniana.

Discorreu-se, inicialmente, sobre a matriz teórica fornecida pelo normativismo analítico, tendo-se como referência os contributos do austríaco Hans Kelsen. Para o autor da Teoria pura do direito, a ciência jurídica, observado o seu caráter lógico, deve estar voltada para a dimensão sintática da linguagem, importando-se assim mais com o rigor descritivo do Direito do que com os fatos sociais que lhe servem de base (transformados em objeto de apreço somente se mediados por normas). Com isso, o normativismo analítico fechou-se e produziu um isolamento empobrecedor, o qual maximizou a categoria da norma jurídica e reduziu a realidade fática em prol da ampliação do mundo dos conceitos jurídicos.

A hermenêutica, deslocando-se para o problema da interpretação, representou um avanço em termos de matriz teórica em relação ao normativismo, mas, por outro lado, também apresentou limitações à luz de uma perspectiva pragmática. A preocupação hermenêutica com os sentidos das normas a levou ao oposto do normativismo analítico, caracterizando-se pela abertura e pelo apego à semântica. As consequências dessa postura, por sua vez, levaram à produção de teorias que se voltaram para dogmas como a “resposta certa” ou o “problema” da discricionariedade, o que tornou a hermenêutica vítima de sua própria proposta enriquecedora.

A teoria dos sistemas sociais, tal como proposta por Luhmann, de outra monta, parte do entendimento de que a sociedade pode ser explicada como um sistema social, locus em que se encontra o subsistema do Direito. Assim, utilizando-se da distinção entre sistema e ambiente, Luhmann desdobra a sua teoria em categorias como diferença, unidade, complexidade, comunicação, dentre tantas outras, a fim de demonstrar como é possível entender o Direito como um sistema autopoietico, conceito extraído pelo sociólogo dos biólogos Maturana e Varela.

De forma geral e não taxativa, pode-se dizer que uma das maiores contribuições de Luhmann e de sua teoria dos sistemas tanto para o Direito como para a epistemologia moderna está em indicar que não há um ponto único ou privilegiado de observação do social. Logo, diante da complexidade e da contingência, é necessário pensar o processo de tomada de decisões com um olhar também para os sistemas como a Economia, a Administração e a Política, os quais possuem acoplamentos com o Direito (lembrando-se, contudo, que a resposta sempre estará dentro do sistema).

Além disso, a teoria dos sistemas contribui para a Teoria do Direito na medida em que desloca o foco do sujeito atomizado para a organização, realizando um encontro desta com o tema das decisões jurídicas e da absorção da incerteza. A partir da teoria dos sistemas, pode-se perceber então uma mudança do estatuto de observação, que passa da norma (no normativismo analítico) ao sujeito (para a hermenêutica) e, enfim, para a decisão (para a teoria dos sistemas).

5. Referências

- DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. de Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 9. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2016.
- GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação**. Trad. de Claudio Molz. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- HART, H. L. A. **O conceito de direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.
- LUHMANN, Niklas. A restituição do décimo segundo camelo: do sentido de uma análise sociológica do direito. In: ARNAUD, André-Jean; LOPES JUNIOR, Dalmir (Org.). **Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- _____. **O direito da sociedade**. Trad. de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016.
- _____. O enfoque sociológico da teoria e prática do direito. **Revista Sequência**: estudos jurídicos e políticos, Florianópolis, v. 15, n. 28, p. 15-29, 1994. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15871/14360>>. Acesso em: 1 ago. 2017.
- MIOZZO, Pablo Castro. **Interpretação jurídica e criação judicial do direito**: de Savigny a Friedrich Müller. Curitiba: Juruá, 2014.
- NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil: o estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- ROCHA, Leonel Severo. Da epistemologia jurídica normativista ao construtivismo sistêmico II. In: ROCHA, L. S.; SCHWARTZ, G.; CLAM, J. **Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

- _____. Observações sobre a observação luhmanniana. In: ROCHA, L. S.; KING, M.; SCHWARTZ, G. **A verdade sobre a auto-poiese no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- _____. Teoria dos sistemas sociais autopoieticos: perspectivas de uma matriz jurídica contemporânea. In: _____. **Paradoxos da auto-observação**: percursos da teoria jurídica contemporânea. 2. ed. Ijuí: Unijuí, 2013.
- _____; MARTINS, Sandra Regina. **Teoria e prática dos sistemas sociais e direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.
- TEUBNER, Günther. **O direito como sistema autopoietico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.
- VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **O direito na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**. São Paulo: Max Limonad, 2006.
- WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

TUTELAS À EFETIVAÇÃO DE DIREITOS PÚBLICOS INCONDICIONADOS: GENOCÍDIO E ETNOCÍDIO: EXPECTATIVA × REALIDADE

Andrea da Silva Uequet¹

1 – Mestranda em Direito na Fundação Escola Superior do Ministério Público, promotora de Justiça, titular da 5ª Promotoria Cível de Canoas (RS). E-mail: <andreauequet@mprs.mp.br>. Artigo entregue em 6 set. 2017.

Resumo

O presente artigo desenvolve um estudo sobre uma das formas mais violentas de resistência ao multiculturalismo, consistente no extermínio de um povo ou raça em razão da aversão à representação de seus valores e sua cultura para a humanidade. O objetivo é estimular a reflexão e evidenciar o choque entre o que se imagina construído sobre o tema e o que de fato se possui de substancial para a prevenção e o combate a essas práticas. Serão enfatizados os conceitos e fenômenos históricos e jurídicos relacionados ao tema, especialmente tratando de uma das formas doutrinariamente conhecidas de genocídio: o etnocídio, visto como a destruição por um grupo étnico de outro em razão de seus traços culturais, em um conceito paralelo ou como espécie do gênero genocídio. Aqui, assume relevância a questão brasileira do etnocídio dos índios da tribo arara, cujo recente contato foi atingido diretamente pela construção da usina de Belo Monte, em Altamira, no Pará. Objetiva-se proporcionar uma visão crítica do fenômeno e uma reflexão sobre a importância da criação de instrumentos de efetivo controle dessa prática, especialmente considerando o respeito à pluralidade e à convivência pacífica com a diversidade no mundo moderno.

Palavras-chave: Genocídio. Etnocídio. Multiculturalismo. Tribo arara. Belo Monte.

Abstract

This article develops a study on one of the most violent forms of resistance to multiculturalism, consisting in the extermination of a people or race due to aversion to the representation of their values and culture for humanity. The objective is to stimulate reflection and highlight the clash between what is imagined built on the theme and what is in fact substantial to prevent and combat these practices. It will emphasize the concepts and historical and juridical phenomena related to the subject, especially dealing with one of the doctrinally known forms of genocide - ethnocide, as the destruction by one ethnic group of another because of its cultural traits, in a concept or as a species of the genus genocide. Here, the Brazilian question of ethnocide of the Arara Indians, a tribe of recent contact directly affected by the construction of the Belo Monte Power Plant in Altamira, Pará, assumes relevance. It aims to provide a critical view of the phenomenon and a reflection on the importance of creation of instruments to effectively control this practice, especially considering the importance of respect for plurality and of peaceful coexistence with diversity in the modern world.

Keywords: Genocide. Ethnocide. Multiculturalism. Tribe Arara. Belo Monte.

1. Introdução

Quando imaginamos abordar um assunto como genocídio, a primeira ideia é a de que estaremos tratando de um dos mais graves crimes contra a humanidade e que, certamente, a esta altura de nossa história, conta com suficientes e eficientes mecanismos de prevenção e repressão.

Em razão disso, este artigo propõe esta reflexão, qual seja, a de explorar como se define, previne e reprime o genocídio hoje, com um olhar para a legislação internacional e, em especial, a brasileira, enfatizando a análise do fenômeno do etnocídio, comumente sinônimo de genocídio cultural, e sua valorização pela doutrina e pelas legislações pátria e internacional.

Não se tem, absolutamente, a pretensão de esgotar o tema, mas de suscitar inquietação e promover uma reflexão construtiva, de forma a viabilizar uma visão crítica e proativa no aprimoramento das interpretações e soluções viáveis para o problema.

Para tanto, inicialmente vamos tratar de conceituar e contextualizar, resumidamente, o fenômeno na história da humanidade, pontuando as particularidades mais significativas para o presente trabalho, e, em seguida, nos debruçar sobre a análise da evolução legislativa em nível nacional e internacional.

Ao final, passaremos a uma reflexão específica do fenômeno etnocídio, sua proteção ou não em nível legislativo e sua eventual caracterização em fatos da história, especialmente um dos mais atuais noticiados, qual seja, o acultramento dos índios arara, uma tribo do Pará com a qual se manteve contato a fim de viabilizar a construção da hidrelétrica de Belo Monte, alvo de inúmeras críticas e manifestações sociais. Enfatizaremos também a visão e a abordagem do Ministério Público na proteção dos interesses indígenas e a efetividade de suas ações, especialmente em face das respostas judiciais a essas demandas, de forma a concluir se temos ou não um sistema eficiente e efetivo para prevenir e reprimir práticas dessa natureza.

E, embora não seja objeto deste artigo, importa ressaltar que a discussão ganha atualidade e relevância, mormente ante o recente Decreto nº 9.147, de 28 de agosto de 2017, extinguindo a Reserva Nacional do Cobre e seus Associados (RENCA), que permite a exploração mineral na Amazônia.

2. Contextualizando o fenômeno genocídio

A enorme segurança ôntica de estar diante de uma categoria de inimigos que sempre criaria obstáculos à construção de uma sociedade melhor e de outros que haviam sido a causa de sua destruição, somadas às necessidades da guerra, só poderia levar à conclusão de que se tratava de vidas sem valor de vidas (*lebensunwerten Leben*). (ZAFFARONI, p. 106).

Essa reflexão de Zaffaroni, em seu estudo sobre o ser humano considerado perigoso, daninho, e não uma pessoa com autonomia, é o fundamento da prática a cujo estudo este artigo se propõe. Está no não reconhecimento do outro como um ser humano, sujeito de direitos, a essência do pensamento genocida. O preconceito, a não aceitação da diferença e a necessidade de extermínio daquilo que divirja do que se considera certo fomenta a prática mais atroz da história da humanidade – o genocídio.

Segundo Minuci (2010, p. 2), o termo genocídio foi criado pelo jurista judeu-polonês Raphael Lemkin, nascido em 24 de junho de 1900, na Bielorrússia, e falecido em 28 de agosto de 1959, em Nova York, EUA.² Em seu trabalho *Axis Rule in Occupied Europe* (O domínio do Eixo na Europa ocupada), de 1944, juntando as palavras *genos* (do grego = família, tribo ou raça) e *cide* (do latim = matar), Lemkin cunhou a expressão para designar crimes que têm como objetivo eliminar a existência física de grupos nacionais, étnicos, raciais, e/ou religiosos. Seus estudos iniciais basearam-se no genocídio armênio (1915-1923), cometi-

² Disponível em: <pt.wikipedia.org/wiki/Genocidio>. Acesso em: 26 out. 2016.

do sob o Império Otomano, tendo o jurista dedicado sua vida a conseguir que as normas internacionais definissem e proibissem o “genocídio”.

A expressão, segundo Abelha (2013, p. 4), designava a destruição de grupos nacionais, raciais ou religiosos, ou seja, uma ação que não visava ao indivíduo por si, mas por pertencer a determinado grupo.

Outros estudiosos também buscaram definir a prática, como José Agustín Martínez, afirmando dever o termo ser genicídio, derivando do genitivo *genus-geni* (raça, povo ou nação), e Nelson Hungria, entendendo dever ser latina a etimologia em ambos os componentes: *genus* (raça, povo ou nação) e *excidium* (destruição ou ruína), conformando-se com uma concepção mais ampla do que a indicada pela simples ação de matar (CLUSELLAS, 1961, p. 9).

Francisco Laplaza e Eduardo Gregorini Clusellas consideram que a denominação mais adequada é a de genticídio, derivando de *gens* e seu plural *gentis*. Indica esse neologismo o grupo ou pluralidade de pessoas vinculadas por pertencer a uma mesma raça ou povo (CLUSELLAS, 1961, p. 10).

Outra versão, de Rummel, propõe que se chame democídio (*demo* = povo), como forma mais abrangente, significando “o assassinato de qualquer povo ou indivíduo por seu governo” (PESSI; SOUZA, 2017, p. 43).

O genocídio não é fenômeno novo. Segundo Laplaza (1953, p. 17-18), remonta à idade antiga, quando o rei assírio Salmanaser V invadiu a Palestina, tornando Oseias, rei de Israel, seu vassalo, destruindo Samaria e levando os israelitas ao exílio.³ Todavia, foram as duas grandes guerras mundiais que impuse-

ram a regulamentação jurídica do termo, mais evidenciado com o Holocausto.

Não obstante, se os genocídios do passado, como se viu, se davam contra grupos externos às fronteiras, em razão de religião ou anseio de expansão, a partir do século XX manifestaram-se de forma intraestatal, contra os próprios cidadãos, representantes de minorias, sobrepondo-se um grupo a outro.

Assim é que o primeiro ato de genocídio em nossa história moderna aconteceu durante a Primeira Guerra Mundial, quando os otomanos (da hoje República da Turquia) subjugaram o povo armênio, confiscando suas propriedades, destruindo seus livros e seu acervo cultural, e enviando as pessoas para campos de concentração no deserto da Mesopotâmia, onde eram torturadas, assassinadas ou morriam de fome e sede. Estima-se que entre 1915 e 1920 esse genocídio vitimou aproximadamente 1,5 milhão de pessoas, movido pela vingança dos turcos por considerar traição dos armênios o apoio à Rússia na guerra, com a esperança de ganhar a independência (RODRIGUES, 2016).

De 1938 a 1945, na Alemanha, durante a Segunda Guerra Mundial, reiteraram-se tais práticas, agora pelos nazistas, com o assassinato em massa de mais de 20 milhões de pessoas, entre eslavos, ciganos, judeus, comunistas, deficientes e homossexuais.

Atualmente, vê-se a prática no Iraque e na Síria, tendo os Estados Unidos da América do Norte declarado a prática de genocídio pelo ISIS contra as populações yezidi, cristã e muçulmana xiita, conflito que está provocando uma das maiores migrações da história recente, o que, diante da cultura muçulmana dos migrantes, coloca em xeque a capacidade europeia de lidar com o multiculturalismo.

Por outro prisma, embora remonte séculos tais práticas genocidas, ainda há uma legislação insipiente para a sua prevenção e repressão.

Historicamente, em termos legislativos, há embrionárias disposições de combate e repressão ao genocídio na IV Convenção de Haia, de 1907, quando se instituiu a Cláusula Martens,

³ “La historia de las persecuciones sufridas por los judíos a través de los siglos, demuestra que las matanzas, la diáspora o dispersión, la destrucción de ciudades, el trasplante de poblaciones, el cercenamiento de derechos, las marcas o distintivos exteriores para caracterizarlos, y la realización de todo esto por la circunstancia de pertenecer a una comunidad que se deseaba aniquilar invocando motivaciones políticas, religiosas, económicas o culturales, no son producto espontáneo ni exclusivo de nuestra época.

“Siete siglos antes de Cristo, los reyes asirios Salmanasar IV y Sargón II tomaron y destruyeron la capital del reino de Israel, Samaria, llevándose cautivos a los sobrevivientes [...]” (LAPLAZA, 1953, p. 17-18).

que prevê que em uma guerra a população civil não deve ser envolvida. Também foi tratada na Conferência de Paz de Paris (18 de janeiro 1919), a qual culminou com a assinatura do Tratado de Versalhes, em 28 de junho de 1919, onde foram previstas sanções às violações de leis e costumes de guerra, e o funcionamento de um tribunal penal internacional, tratando o genocídio como crime contra a humanidade.

Ainda, a Declaração do Palácio de San Jaime, de 1942 – documento que levou à formação das Nações Unidas –, previu que violência contra população civil não seria ato de guerra, condenando-se, pois, o genocídio. Já em 1943, a Declaração de Moscou busca a solidariedade internacional para aplicação do direito comum para repressão de delitos contra a humanidade (CAMPOS, 2008, p. 96).

Segundo Campos (2007, p. 24, 40), em 1945, o Estatuto do Tribunal de Nuremberg definiu ser crime contra a humanidade

assassinato, extermínio, escravidão, deportação e outros atos desumanos cometidos contra qualquer população civil, ou a perseguição por motivos religiosos, raciais ou políticos, quando tais atos ou perseguições forem feitos em conexão com qualquer crime contra a paz ou qualquer crime de guerra [...]

culminando, em 1946, na Assembleia das Nações Unidas, com a qualificação do genocídio como negação ao direito de existência a grupos humanos por motivos raciais, políticos, religiosos e outros, reconhecendo-o como crime do direito internacional (Resolução 96, de 11 de dezembro de 1946).

Raphael Lemkin integrava o grupo de trabalho encarregado de preparar os julgamentos de Nuremberg. Foi quando conseguiu incluir a palavra “genocídio” na acusação contra os líderes nazistas, embora o genocídio ainda não constituísse crime tipificado que pudesse impor sanções em tempo de paz.⁴

Tal foi a influência de Lemkin que, determinado a ver o conceito de genocídio incorporado ao Direito Internacional, influenciou nas sessões das Nações Unidas para obter o apoio de

delegações e influentes líderes nacionais, de forma que, em 9 de dezembro de 1948, a Assembleia Geral aprovou a Convenção para Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio como tratado internacional, com vigência a partir de 1951.

Nesse documento se codificou o crime como um “crime do direito dos povos”, podendo-se estabelecer tal tratado como o surgimento do genocídio enquanto crime internacional. Tal convenção, ante sua ampla aceitação pelos Estados, impõe uma obrigação cogente, não podendo ser derogada pelas legislações nacionais, nem através de tratados internacionais (ABELHA, 2013, p. 5).

A ideia é a proteção do grupo social. O direito, aqui, não protege o indivíduo enquanto ser humano, mas protege a diversidade humana, motivo porque não se enquadra em crime contra a humanidade, mas liga-se ao Direito das Gentes (CAMPOS, 2007, p. 16). O que se protege é o grupo social, visto como um tipo particular de relação fechada ou restrita de uma dada população, fundados no nascimento ou na adesão, sendo fontes de identidade e de valores (SHAW apud MINUCI, p. 1).

Todo o esforço de Lemkin, todavia, não foi suficiente ao reconhecimento pelas Nações Unidas da conceituação por ele cunhada sobre o genocídio. Para o jurista, genocídio seria a destruição de um grupo humano por motivos políticos, sociais, culturais, econômicos, biológicos, físicos, religiosos ou morais.

As hipóteses podem ser visualizadas, exemplificativamente, pelas ações de alteração do nome das localidades, destruição de símbolos nacionais, substituição das instituições locais por outras alinhadas com a nova orientação, privilégios políticos e jurídicos aos adeptos (motivação política ou social); boicotes, confiscos, concessão de licenças comerciais apenas para grupo dominante, com o empobrecimento da etnia (motivação econômica); assassinatos, precárias condições sanitárias, de abastecimento, medidas para reduzir a natalidade (motivação biológica); pilhagem de igrejas, proibição de publicações (motivação religiosa); estímulo à pornografia, consumo de bebidas e jogo (motivação moral); proibição de usar idioma local, controle de atividades artísticas, disseminação de novos princípios em

⁴ Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Raphael_Lemkin>. Acesso em: 27 out. 2016.

escolas, imposição de novos costumes, imposição de obstáculos às práticas culturais da comunidade (motivação cultural) (MINUCI, 2010, p. 2-3).

A convenção, todavia, buscando elaborar definição de consenso pelos países membros,⁵ e sob o argumento de não serem os demais grupos permanentes (quando o membro já nasce dentro do grupo), mas provisórios (constituído voluntariamente, efêmero), limitou as motivações àquelas relacionadas à extinção de grupos por motivos ligados à nacionalidade, etnia, raça e religião.⁶

Todos esses conceitos são de difícil definição. Como afirma Minuci (2010, p. 5-7), a nacionalidade, por exemplo, pode ser uma questão jurídica (de acordo com a legislação do país), de fato (laço do grupo ao país a que diz pertencer) ou produto da vontade dos membros do grupo nacional, havendo manifestações nas cortes internacionais em todos os sentidos.

Em tese, a raça se liga às questões relativas ao código genético e características citológicas, histológicas e endócrinas, mas a evolução cultural torna mais abertas ou fechadas tais características, de forma que ao intérprete somente sobra analisar a percepção subjetiva dos grupos sobre o que seria a raça discriminada (MINUCI, 2010, p. 5).

A etnia, por sua vez, pode ser definida por fatores culturais ligados à língua, tradição, história etc., diferindo-se dos conceitos de raça e nação, este último mais ligado a uma fidelidade a uma entidade ideológica e aquele à biologia. Aqui, como exemplo, retrata-se o genocídio de Ruanda, com o massacre de

5 "La elaboración de la Convención se había tenido constantemente em mira, talvez com exceso, el principio de la soberanía de los Estados, que no era de modo alguno incompatible com el de la subsidiaria represión universal" (CLUSELLAS, 1961, p. 100).

6 Art. II - Na presente Convenção entende-se por genocídio qualquer dos seguintes atos, cometidos com a intenção de destruir no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, como tal: a) matar membros do grupo; b) causar lesão grave à integridade física ou mental de membros do grupo; c) submeter intencionalmente o grupo a condição de existência capazes de ocasionar-lhe a destruição física total ou parcial; d) adotar medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio de grupo; e) efetuar a transferência forçada de crianças do grupo para outro grupo. Art. III - Serão punidos os seguintes atos: a) o genocídio; b) a associação de pessoas para cometer o genocídio; c) a incitação direta e pública a cometer o genocídio; d) a tentativa de genocídio; e) a coautoria no genocídio. Disponível em: <www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/genocidio.htm>. Acesso em 26 out. 2016).

cerca de 1 milhão de pessoas da etnia tutsi, em conflito com os de etnia hutu, com execuções em massa, estupros e tortura. No país, a peculiaridade era o reconhecimento da motivação étnica, vez que ambas as etnias possuem traços culturais e físicos semelhantes, ambos os grupos partilham da mesma religião, língua e cultura. Evidenciou-se como mais palpitante a motivação política e a divergência de classes do que a motivação étnica, razão pela qual foi preciso interpretar que a análise se faz pela perspectiva do genocida e do grupo vítima, vez que ambos os grupos consideravam-se etnias diferentes, a ponto de os tutsi e os hutu inserirem em seus documentos de identificação tais caracterizações étnicas (PAULA, 2014, p. 62-72).

A motivação religiosa leva em conta o sistema de crenças, teorias, práticas e rituais comuns, considerando-se as religiões tradicionais e seus equivalentes, mesmo grupos não teístas e ateístas, mas afastando o proselitismo inadequado, quando as práticas ditas religiosas colidirem com princípios maiores protegidos (MINUCI, 2010, p. 7).

Da mesma forma, necessário diferenciar o que seria considerado genocídio e o que seria etnocídio, este evidenciado pela busca de destruição cultural, mas não propriamente física dos povos envolvidos.

Lemkin apresenta a destruição cultural como resultado de um somatório de ações, que vão desde a proibição de usar o idioma local na escola ou na imprensa até o controle das atividades artísticas, passando naturalmente pela disseminação, nas escolas, dos princípios do nacional-socialismo. A destruição econômica do grupo realiza-se mediante ações que promovem o empobrecimento da população visada: boicotes, confiscos [...] (MINUCI, 2010, p. 3).

O genocídio é, pois, compreendido como um crime internacional por constituir-se uma violação de caráter grave e comprometedor da paz e segurança internacional, que exige a intencionalidade do agente, pela premeditação e pelo planejamento, sendo reconhecidos como sujeitos ativos os governantes, funcionários públicos e particulares que o prati-

carem.⁷ Discute-se se o Estado poderia ser considerado sujeito ativo. A convenção não avançou nesse sentido, limitando-se, em seu art. IX, a possibilitar tal discussão, no caso concreto, perante a Corte Internacional de Justiça.⁸

Os sujeitos passivos são os integrantes de um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, enquanto integrantes desses grupos e conscientes de integrarem-nos, consumando-se o genocídio mesmo que exista apenas uma vítima (CAMPOS, 2008, p. 5).

Ao final, importante frisar o elemento subjetivo do tipo de genocídio, consistente na intenção de destruição, no todo ou em parte, do grupo alvo. Não necessita que queira sozinho obter tal proveito, apenas que tenha conhecimento que sua conduta faz parte de um plano que objetiva o resultado desejado (CAMPOS, 2008, p. 6)

Relevante destacar que, embora a convenção se refira ao objetivo de prevenir e reprimir o crime de genocídio, não há medidas preventivas no documento, pois a premissa é a não interferência em assuntos internos de um Estado soberano. Todavia, a não prevenção pode afetar relações externas, com movimentos migratórios, represália a entidades humanitárias etc., considerando-se uma falha a ausência de avanço no instrumento internacional em relação a tal matéria.

Após a convenção, outros instrumentos legislativos internacionais reforçaram o combate ao genocídio, como o Estatuto de Roma, de 1998, que criou o Tribunal Penal Internacional para julgamento de crimes contra a humanidade, de guerra de agressão e de genocídio. A primeira decisão ocorreu em 2 de

7 Art. IV - As pessoas que tiverem cometido o genocídio ou qualquer dos outros atos enumerados no Artigo III serão punidas, sejam governistas, funcionários ou particulares. Disponível em: <www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/genocidio.htm>. Acesso em: 26 out. 2016.

8 Art. IX - As controvérsias entre as Partes Contratantes relativas à interpretação, aplicação ou execução da presente Convenção bem como as referentes à responsabilidade de um Estado em matéria de genocídio ou de qualquer dos outros atos enumerados no Artigo III, serão submetidas à Corte Internacional de Justiça, a pedido de uma das Partes na controvérsia. Disponível em: <www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/genocidio.htm>. Acesso em: 26 out. 2016.

setembro de 1998, quando a Corte Internacional Criminal de Ruanda prolatou a primeira condenação por genocídio.

É que situações há que não são suficientes as leis nacionais para o combate da prática, como nos casos em que o Estado -parte não tem capacidade ou vontade de investigar e punir, este último caracterizado pela demora injustificada ou pela ausência de independência e imparcialidade, por exemplo, e aquele primeiro pelo colapso total ou substancial do sistema de Justiça ou indisponibilidade desta (art. 17).

É possível a submissão do caso ao Tribunal Internacional, quando, então, fica o fato sujeito às normas de direito internacional, amplamente criticadas em face de, em princípio, ferir os princípios da anterioridade e da legalidade. Para Radbruch e Glasser, tais postulados não se aplicam ao direito internacional, por não ser este escrito, mas consuetudinário, por leis morais e direitos naturais preexistentes (CAMPOS, 2008, p. 8).

As críticas dirigidas ao Tribunal de Nuremberg, que julgou os criminosos da Segunda Guerra Mundial, por negarem o princípio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, incriminando fatos pretéritos, foram combatidas por Radbruch (1980, p. 134-135). Ele afirmou que "ante o conflito entre segurança jurídica e justiça, prevalece, em princípio, a lei, exceto se o conflito for tal que a lei, como direito injusto, deva ceder ante a Justiça",⁹ formatando o que ficou reconhecido como "a fórmula de Radbruch".

Mas, então, quando se poderia afirmar ter sido ultrapassada a medida, sendo uma lei extremamente injusta? É possível estabelecer um limite dogmático prévio? O professor de Heidelberg segue, então, afirmando que há normas de conteúdo injusto que conservam sua validade, mas outras há que, de tão

9 "El positivismo, con su convicción de que 'la ley es la ley', ha vuelto indefeso el orden de los juristas contra las leyes de contenido arbitrario y criminal. Por otra parte, el positivismo se halla incapacitado totalmente a fundar por sus propias fuerzas la validez de las leyes. Él cree haber podido fundar la validez de una ley por el solo hecho de haber poseído La fuerza de imponerse. Pero sobre el poder podrá si acaso fundarse la necesidad de un comportamiento, jamás un deber ser (Sollen) y un valer. Éste se deja más bien fundar sobre un valor que inhere en la ley. Un valor posee, sin duda, toda ley positiva sin consideración a su contenido, porque al menos procura seguridad jurídica. Pero la seguridad jurídica no es el único ni tampoco el valor decisivo, que el derecho tiene que realizar. Junto a La seguridad jurídica intervienen otros dos valores: conveniencia (*zweckmäßigkeit*) y justicia." (RADBRUCH, 1980, p. 134-135).

eminentemente injustas, por sequer perseguirem a justiça ou por negarem conscientemente a igualdade, perdem sua condição de jurídicas.¹⁰ Ele traz a moral para dentro do direito, relacionando justiça com o próprio conceito de direito, inserindo-se no movimento denominado moralismo jurídico.

Oliveira (2014, p. 145), parafraseando Radbruch, afirma que em *Gesetzliches Unrecht und Übergesetzliches Recht* (1946), o autor propõe as seguintes aproximações do que seria uma extrema injustiça:

a) uma lei que despreze o núcleo dos princípios de direito natural, expressos nas declarações de direitos humanos e civis, não é direito; b) uma lei que despreze a justiça enquanto finalidade do direito positivo, especialmente por meio de uma traição da igualdade, não é direito; uma lei que negue aos seres humanos seus direitos humanos, especialmente através da negação do reconhecimento de seu status humano, não é direito; d) uma lei que imponha uma mesma punição a classes de crimes muito diferentes umas das outras em gravidade, não é direito. Esses conteúdos não são apenas injustos, eles são extremamente injustos e, portanto, importam na negação da natureza jurídica da lei na qual se apresentem.

Não obstante esses apontamentos sobre o direito internacional, a regra ainda é a sanção pelo Estado-parte e, somente a pedido deste, ou por evidente negligência ou impossibilidade do exercício da jurisdição, submeter-se o caso ao Tribunal Internacional.

No caso do Brasil, a Convenção para Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio foi recepcionada através do Decreto nº 30.822/52, como referido, mais tarde vindo a Lei nº 2.289/56¹¹

10 "Otra línea de separación es posible trazar agudamente: en los casos donde ni siquiera es perseguida la justicia y donde es negada conscientemente la igualdad que constituye el núcleo esencial de la justicia em el establecimiento del derecho positivo. En ese caso la ley no es solamente 'derecho injusto', sino que más bien carece de naturaleza jurídica." (RADBRUCH, 1980, p. 135).

11 Art. 1º Quem, com a intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, como tal: a) matar membros do grupo; b) causar lesão grave à integridade física e mental de membros do grupo; c) submeter intencionalmente o grupo a condições de existência capazes de ocasionar-lhe a destruição física total ou parcial; d) adotar medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo; e) efetuar a transferência forçada de crianças do grupo para outro grupo. Será punido: Com as penas do art. 121, §2º, do Código Penal, no caso da letra "a"; Com as penas do art. 129, §2º, do Código Penal, no caso da letra "b"; Com as penas do art. 270 do Código

a definir e punir o crime de genocídio, usando as penas já previstas no Código Penal. Ainda eventuais práticas aqui verificadas atenderão ao disposto no art. 7º da Lei nº 7.209/84, ficando sujeitos à lei brasileira, embora cometidos no estrangeiro, os crimes de genocídio, quando o agente for brasileiro ou domiciliado no Brasil. Em 1994, o genocídio passou a ser considerado crime hediondo (Lei. nº 8072/90 c/c Lei nº 8.930/94).

Como as penas são as mesmas das aplicáveis ao crime de homicídio, restam dúvidas sobre como devem ser aplicadas tais sanções: em concurso material, formal, como crime continuado etc.

É que sendo, em regra, mais de um crime doloso contra a vida, que caracterizam um genocídio (embora não necessariamente), não seria suficiente a aplicação de apenas uma sanção, considerando-se o genocídio crime unitário. Sendo, também, a mesma pena do homicídio, optar por um ou outro tornaria o crime de genocídio letra morta, posto que tanto faria ser condenado por genocídio ou homicídio. O mais adequado à gravidade seria um cúmulo material de penas. Todavia, tal esbarraria no ordenamento penal pátrio.

Veja-se que a discussão é tal que no caso da morte de doze índios ianomâmi, da comunidade Haximu, executados por garimpeiros, em Roraima (LIMA, 2013), os autores foram denunciados e condenados apenas pelo crime de genocídio, tramitando o feito perante o juízo monocrático federal e sendo eles condenados somente a penas entre dezenove e vinte anos de prisão (considerando também os demais crimes: lavra garimpeira, formação de quadrilha, dano qualificado, ocultação de cadáver e contrabando).

Ignorou-se aí que o crime de genocídio difere do homicídio, pois a proteção deste é a vida e daquele é o grupo (direito humano coletivo). Assim, sendo objetos distintos, não há que se

Penal, no caso da letra "c"; Com as penas do art. 125 do Código Penal, no caso da letra "d"; Com as penas do art. 121, §2º, do Código Penal, no caso da letra "a"; Com as penas do art. 148 do Código Penal, no caso da letra "e" (BRASIL. Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956. Define e pune o crime de genocídio. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L2889.htm>. Acesso em: 27 out. 2016).

falar em conflito aparente de normas, pois o conteúdo de um não está no outro, não correspondendo o genocídio à soma de homicídio mais um elemento especial (intenção de destruir o grupo).

O ministro Cezar Peluso afirmou no RE 351.487/RR, do qual foi relator, em que pese a impossibilidade de reformatio in pejus, o seguinte:

Entre os diversos crimes de homicídio, creio existir continuidade delitiva, pois presentes, ao menos aí, os requisitos da identidade de crimes, bem como de condições de tempo, lugar e maneira de execução, e cuja pena há de atender ao disposto no art. 71, parágrafo único, do Código Penal. E, entre tal crime continuado e o de genocídio, dá-se concurso formal, submetido à regra do art. 70, caput, segunda parte, já que, no contexto dessa relação, cada homicídio e o genocídio resultam de desígnios autônomos.

Tal perspectiva guarda relevante consequência teórica para o caso, e daí, a larga digressão a que tive de recorrer. É que, havendo concurso entre crimes dolosos contra a vida (os homicídios) e o crime de genocídio, a competência para julgá-los todos seria do Tribunal do Júri, à luz do art. 5º, inciso XXXVIII, da Constituição Federal, e do art. 78, inciso I, do Código de Processo Penal.

A pena correta, então, segundo o STF, deveria ser o resultado de até o triplo da pena mais gravosa, considerando-se a individualização de cada homicídio, e o resultado disto somado à pena de genocídio. No caso em comento, por baixo, a pena somaria mais vinte e quatro anos além da efetivamente aplicada. Esse entendimento do relator, todavia, ainda não é pacífico, ressaltando o fato de a

leitura do inteiro teor do acórdão revelar que apenas seu relator, ministro Cezar Peluso, manifestou-se pela autonomia do genocídio, tendo os ministros Gilmar Mendes e Sepúlveda Pertence ponderado que essa questão, por aspectos formais, deveria ser decidida em outra oportunidade. (CAMPOS 2008, p. 4).

3. Genocídio cultural ou etnocídio: o exemplo de belo monte

Etnocídio é um conceito ligado ao de genocídio, conhecido como um genocídio cultural, mas com aquele não se confunde, pois não é intrínseca a seu conceito a destruição do povo, mas sim a destruição de sua cultura.

De forma geral, poderíamos sintetizar etnocídio como uma espécie do gênero genocídio, embora não conte aquele com a proteção legislativa, ainda que escassa, destinada a este.

O ato de destruir, por meio do assassinato em massa de um grupo humano ou etnia, é denominado **genocídio**. Já o ato de destruir qualquer traço remanescente de uma cultura, seja material, como símbolos ou obras artísticas que possuem representação cultural, seja imaterial, como uma língua ou uma crença religiosa, é denominado **etnocídio** ou **genocídio cultural**. (RODRIGUES, [201-?], grifo nosso).

Não necessariamente intencional, como o genocídio, sua “versão cultural” não pertence ao direito internacional, não possuindo amparo jurídico, permanecendo como matéria de estudo dos etnólogos e situando-se no campo da sociologia.

O etnocídio constitui a destruição por um grupo étnico dos traços culturais de outro, como o compartilhamento de valores, crenças, aspirações e angústias por parte de uma comunidade humana, seja uma comunidade nacional, seja uma comunidade particular dentro do território.

Diante dessa diferenciação, não se logrou êxito na inclusão do etnocídio na Convenção de 1948, sob o argumento de que seria mais adequada sua repressão por uma convenção sobre direitos humanos do que pela atinente ao genocídio, que previa a destruição física dos povos, como asseverou Clusellas (1961, p. 29-31):

Durante el proceso elaborativo de la Convención, un grupo de países sostuvo la necesidad de mantenerse entre las formas de genocidio sancionadas, la variedad que se deno-

mino 'genocídio cultural', consistente em atentar deliberadamente contra el idioma, cultura o religión de um grupo nacional, étnico, racial o religioso, atacando la integridad misma del grupo através de dicho procedimiento. Esta posición es también la de Lemkin, y se fund em la circunstancia de que ningún grupo humano puede subsistir como tal si no puede conservar su cohesión moral y su acervo cultural de todos los pueblos y que tiene por ello um boble motivo para tipificar esta variedad de genecidio dentro de la Convención.

[...]

La tesis opuesta que fué la que prevaleció, fundó su posición a la inclusión del llamado genocídio cultural, em la circunstancia de que bien el mismo era indiscutiblemente reprobable y debía ser reprimido, su consideración y sanción correspondía a la Convención sobre Derechos Humanos más genérica y comprensiva que la de genocídio, a la que debía reservarse exclusivamente la condenación de la persecución y destrucción física de grupos humanos o em otras palabras las variedades del genocídio físico y biológico [...]

Os exemplos mais flagrantes no mundo estão ligados ao acultramento dos povos indígenas, como forma de tomar-lhes a terra e mantê-los em espaços reduzidos, inviabilizando seu modo natural de vida. No Brasil, desde a Descoberta temos exemplos de genocídio e etnocídio de povos indígenas, que, no decorrer da história do país, foram perseguidos, retirados de suas terras e destituídos de qualquer direito sobre a própria cultura.

Estima-se que durante o período colonial cerca de 5 milhões de índios viviam no território brasileiro. Atualmente, segundo o Censo de 2010, realizado pelo IBGE, a população indígena é de pouco mais de 800 mil pessoas (RODRIGUES, 2016).

A Fundação Nacional do Índio (Funai), criada em 1967, tem como função "proteger e promover os direitos dos povos indígenas no Brasil", e deveria servir para mediar e representar as necessidades da população indígena. Todavia, não foi o que se viu em Altamira, Pará. Após mais de vinte anos de discussões sobre a necessidade e a adequação de Belo Monte, em especial protestos de ambientalistas, processos e liminares judiciais que

tentavam impedir a obra, a usina foi inaugurada em 2016, cuja construção teve início em 2010, a um custo de algo em torno de 30 bilhões de reais, segundo a jornalista Eliane Brum (2014), em coluna do jornal El País, onde traz entrevista com a procuradora da República Thais Santi, e cujas informações serão sintetizadas a seguir.

Segundo a procuradora, de todas as críticas possíveis, uma assume maior relevância em relação ao tema em comento: o etnocídio dos índios arara, uma tribo de recente contato, que, após a sedução da empresa Norte Energia (que gerenciava a construção), sofreu grave intervenção em seu contexto cultural, substituindo seus costumes por um nada em termos de grupo social.

De acordo com a entrevistada, que atuou nos processos relativos à usina, o que ali se viu foi a maior expressão do totalitarismo hitleriano, consubstanciado em um "mundo onde tudo é possível", um mundo aterrorizante, onde o direito não põe limites a nada, para citar Hannah Arendt, segundo a qual Hitler afirmava ter descoberto uma lei natural, e que essa lei natural era uma lei da sobreposição de uma raça, de um povo sobre o outro. Os judeus seriam um obstáculo naturalmente superado por essa lei natural. Da mesma forma, os índios arara, que viviam no local e tiveram de ser deslocados para a construção da hidrelétrica, seriam a raça inferior a ser sobreposta.

O Plano Emergencial, que deveria fortalecê-los para que resistissem ao impacto de Belo Monte, foi utilizado para silenciar os indígenas, únicos agentes que ainda tinham voz e visibilidade (os movimentos sociais estavam silenciados por decisões judiciais). Nada mais se fez do que gerar neles uma dependência absoluta do empreendedor, que se manifestava como provedor universal de bens infinitos. Paralelamente, a Funai, que deveria ser fortalecida, também foi enfraquecida, não sendo eficiente na proteção aos índios. Na aldeia da tribo arara, a procuradora federal presenciou uma

[...] cena de pós-guerra, um holocausto. Os índios não se mexiam. Ficavam parados, esperando, querendo bolacha, pedindo comida, pedindo para construir as casas. Não exis-

tia mais medicina tradicional. Eles ficavam pedindo. E eles não conversavam mais entre si, não se reuniam. O único momento em que eles se reuniam era à noite para assistir à novela numa TV de plasma. Então foi brutal. E o lixo na aldeia, a quantidade de lixo era impressionante. Era cabeça de boneca, carrinho de brinquedo jogado, pacote de bolacha, garrafa pet de refrigerante.

Outra tribo, os araweté, foi abordada pela empresa, que ofereceu “tudo o que quisessem”. Não sabiam o que pedir e receberam “um monte de quinquilharias”, tones de refrigerantes e açúcar em quantidade.

As tribos foram se fragmentando. Fragilizaram e deslegitimaram-se as autoridades perante suas tribos dando-lhes benefícios como TVs de plasma, barcos etc. Os índios vendiam os barcos no mercado negro a preços vis e ficavam com muito dinheiro na mão, que trocavam por bebidas, tornando-se alcoólatras. Por outro lado, pescadores passaram a odiar os índios, pois também foram atingidos pela usina e nada ganharam, ao passo que os índios andavam de carro zero, caminhonetes caríssimas e voadeiras (barcos).

Thais Santi afirma que o Ministério Público ajuizou vinte e duas ações sustentando ilegalidades e, mesmo não se sustentando os pedidos na ilegitimidade da obra, as respostas limitavam-se à impossibilidade de intervenção na opção política, como se o empreendimento se sustentasse por si, independentemente de sua legalidade, como se se “autoalimentasse”, em razão de seu vulto, dos trabalhadores vinculados, enfim, de fatos e não de direito. Diz ela que:

[...] os estudos de Belo Monte identificaram um processo de desestruturação dos povos indígenas da região, que já tinha começado com a Transamazônica, e aqui o que Belo Monte faz a esse processo de desestruturação iniciado com a Transamazônica é acelerá-lo a um ritmo insustentável para os indígenas. E talvez seja essa a justificativa para as suspensões das decisões judiciais, e de a Lei não se aplicar aqui. O que me assusta é a forma como a sociedade naturaliza esse processo com uma visão de que é inevitável que os indígenas venham a ser assimilados pela sociedade circundante, pela sociedade hegemônica. (BRUM, 2014).

E conclui a representante do parquet: “[...] em uma sociedade de consumo, desde que se preserve o eu hegemônico de cada um, a morte cultural de um povo não dói”.

O relato acima, sintetizado, expõe com clareza como hodiernamente se processam os fenômenos de etnocídio. Não se trata, necessariamente, de extinção física do povo, mas de sua extinção moral como povo, fulminando-se sua cultura, sua forma de vida, levando ao esquecimento de suas raízes e à adaptação a uma cultura que se pretende dominante.

Embora não seja objeto deste artigo, é importante frisar que o exemplo do ocorrido com a tribo arara é importantíssimo para que se possa, com eficiência, combater quaisquer outras práticas de etnocídio. Especialmente neste momento histórico, que ganha relevância ante a recente publicação dos Decretos nº 9.142 e 9147, de 22 e 28 de agosto de 2017, extinguindo a Reserva Nacional do Cobre e seus Associados (Renca), o que permitirá a exploração mineral na Amazônia, pois são necessárias ações eficientes ao combate de práticas etnocidas das comunidades indígenas da região.¹²

4. Conclusão

O presente estudo objetivou expor uma análise crítica do tema genocídio, com ênfase no fenômeno do etnocídio. Para tanto, foram apresentadas conceitualmente as diferentes visões sobre o que significa o fenômeno, contextualizando-o na história da humanidade, destacando os fatos mais relevantes e os passos até então trilhados na busca da prevenção e no combate a essas práticas. Também foram esmiuçados o avanço da legislação internacional e nacional em relação ao tema e a abordagem jurisprudencial pátria quanto à matéria.

¹² Por ora, em razão da Ação Civil Pública nº 1000584-04.4.01.3100, ajuizada pelo Ministério Público Federal do Amapá, foi concedida liminar para suspender os efeitos do ato presidencial, por sua inconstitucionalidade, mas fundamentando, também, a necessidade de proteção das comunidades indígenas locais. Disponível em: <<https://ep00.epimg.net/descargables/2017/09/06/9a2b813d973bd73e7026168bf942fc7b.pdf>>. Acesso em: 6 set. 2017.

Para ilustrar o fenômeno do etnocídio, utilizou-se como pano de fundo o caso brasileiro de aculturação dos índios arara, no Pará, diretamente atingidos pela construção da hidrelétrica de Belo Monte. Foram postas em evidência as práticas adotadas pelos envolvidos na obra de forma a, mesmo a custo da extinção cultural da tribo, promover a remoção do obstáculo humano à efetivação de seus objetivos. Por fim, enfatizou-se também a ação do Ministério Público na tentativa de obstar a prática e seu insucesso frente à ineficiente legislação pátria relativa ao tema.

Como síntese, é possível afirmar que contra o genocídio e o etnocídio, este em especial (os mais graves crimes contra a humanidade), ainda não há suficiente e representativa proteção legal, tanto internacional quanto nacionalmente.

Ainda há muito a construir, pela doutrina e pela legislação, a fim de, concreta e eficientemente, estabelecer métodos de prevenção e combate às práticas de genocídio, em suas mais variadas formas, e, especialmente, a mais disfarçada hipótese de extinção de uma cultura, visto prescindir de ações homicidas: o etnocídio.

5. Referências

ABELHA, Manoel João Ferreira. **Genocídio e limpeza étnica: uma mesma concepção, realidades diferentes?** 2013. 57f. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional Criminal) - Universidade Católica Portuguesa. Lisboa.

BRASIL. **Decreto nº 9.147**, de 28 de agosto de 2017. Revoga o Decreto nº 9.142, de 22 de agosto de 2017, que extinguiu a Reserva Nacional do Cobre e Seus Associados (Renca)... Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9147.htm#art1>. Acesso em: 6 set. 2017.

BRASIL. **Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956**. Define e pune o crime de genocídio. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L2889.htm>. Acesso em: 27 out. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Especial. **RE nº 351.487**. Relator: Min. Cezar Peluso. Brasília, 3 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/docs/jurisprudencia-1/crimes/stf/RE_351.487-RR.pdf>. Acesso em: 26 out. 2016.

BRUM, Eliane. Belo Monte: a anatomia de um etnocídio. **El País**, 1 dez. 2014. Disponível em: <http://brasil.elpais.com/brasil/2014/12/01/opinion/1417437633_930086.html>. Acesso em: 25 out. 2016.

CAMPOS, Paula Drumond Rangel. **O crime internacional de genocídio: uma análise da efetividade da convenção de 1948 no direito internacional**. Rio de Janeiro, [201-?]. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/nuremberg/paula_campos_crime_genocidio.pdf>. Acesso em: 25 out. 2016.

CAMPOS, Ricardo Ribeiro. O genocídio e a sua punição pelos tribunais internacionais. **Revista de Informação Legislativa.**, Brasília, ano 45, n. 178, abr./jun. 2008. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/176525>>. Acesso em: 25 out. 2016.

CLUSELLAS, Eduardo L. Gregorini. **Genocidio: su prevención y represión**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1961.

CONVENÇÃO para a prevenção e a repressão do crime de genocídio (1948). São Paulo, [201-?]. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/genocidio.htm>>. Acesso em: 26 out. 2016.

LAPLAZA, Francisco P. **El delito de genocidio o genticidio**. Buenos Aires: Libreria Ediorial Depalma, 1953.

LIMA, Vanessa. Vinte anos após massacre de Haximu, índios temem novo conflito. **G1**, 22 mar. 2013. Disponível em: <<http://g1.globo.com/rr/roraima/noticia/2013/03/vinte-anos-apos-massacre-de-haximu-indios-temem-novo-conflito.html>>.

LOZADA, Martin. Genocidio: un crimen internacional. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 43, p. 44-80, abr./ jun. 2003.

MINUCI, Geraldo. O genocídio e o crime de genocídio. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 83, p. 299-321, mar./abr. 2010.

OLIVEIRA, Júlio Aguiar de. A injustiça extrema e o conceito de direito. In: TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes; SALIBA, Aziz Tuffi; LOPES, Mônica Sette (Org.). **Princípios formais e outros aspectos da teoria discursiva do direito**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. p. 37-68.

PAULA, Luiz Augusto Módolo de. **Genocídio e o tribunal penal internacional para Ruanda**. Curitiba: Appris, 2014.

PESSI, Diego; SOUZA, Leonardo Giardin de. **Bandidolatria e democídio: ensaios sobre o garantismo penal e criminalidade no Brasil**. São Luiz, MA: Livraria Resistência Cultural Editora, 2017.

RADBRUCH, Gustav. **El Hombre en el Derecho**. Traducción de Aníbel del Campo. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1980.

RODRIGUES, Lucas de Oliveira. Genocídio e etnocídio. **Mundo Educação**, [201-?]. Disponível em: <<http://mundoeducacao.bol.uol.com.br/sociologia/genocidio-etnocidio.htm>>. Acesso em: 20 out. 2016.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. 3. ed. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia/Revan, 2011.

IMPLEMENTAÇÃO DO COMPLIANCE NA FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO (FUNAI) IMPLEMENTATION OF COMPLIANCE ON NATIONAL INDIAN FOUNDATION (FUNAI)

Thomás Henrique Welter Ledesma¹
Maria Lúcia de Barros Rodrigues²

- 1 Graduado em Direito pelo Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA (2013); pós-graduado em Ministério Público: Estado Democrático de Direito pela Fundação Escola do Ministério Público (2015), em Direito Administrativo Aplicado pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (2015) e em Direito Eleitoral pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP (2017); mestrando em Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis, na Fundação Escola Superior do Ministério Público – FMP/RS.
- 2 Graduada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (1998), mestrado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (1988), mestrado em Direito Econômico e Financeiro pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (1992) e doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2000). Pós-Doutorado pela Universidade de Lisboa (2006).

Resumo

A política indigenista no Brasil surge a partir da necessidade da coroa portuguesa de se estabelecer na colônia. Assim, a metrópole enviou os jesuítas para civilizar os índios e a lhes ensinar a obedecer, minimizando conflitos de terra existentes já naquela época. Por outro lado, em países em processo de industrialização a quem a escravatura não mais interessava, as notícias do massacre de tribos inteiras no Brasil geraram repercussão negativa, prejudicando as relações internacionais e a política externa referente ao comércio exterior. O fortalecimento da política indigenista no Brasil se deu em razão da criação da Fundação Nacional do Índio (Funai), da elaboração do Estatuto do Índio e com a promulgação da Constituição de 1988. A Funai, autarquia federal, criada para tutelar e prestar assistência aos índios, vem atuando em desconformidade com as finalidades instituídas em seu estatuto, sendo necessária maior fiscalização e aplicação de instrumentos de controle, como o compliance. O programa de compliance será responsável por implementar uma nova política de gestão, em conformidade com o Estatuto da Funai, bem como estabelecerá normas de boa gestão e instrumentos preventivos e repressivos, visando à atuação conforme o estatuto.

Palavras-chave: Política indigenista. Funai. Compliance. Estatuto. Instrumentos.

Abstract

Indigenous policy in Brazil begins with the need of the Portuguese Kingdom to establish itself in the colony, so they sent Jesuits to civilize the Indians and teach them to obey the Portuguese, minimizing conflicts for earth in that time. In the other hand, countries in industrialization process where slavery wasn't important anymore, news about massacre of entire indigenous tribes created a bad repercussion, prejudicing international relationships and commercial external policy. The Indian Policy got stronger due to the creation of the Funai - Fundação Nacional do Índio, the Indian Statute and the new 1988 constitution. Funai, a federal autarchy, was mainly made for Tute and to assist the Indians, but has not been acting according to the purposes set in its statute, being necessary a stronger supervision e application of control instruments, as compliance program. This program will be responsive for implementing a new management policy, this time according to the Funai statute, as well as it will impose new management standards and preventive instruments, aiming the acting according the statute.

Keywords: Policy. Funai. Compliance. Statute. Instruments.

1. Introdução

Com a chegada dos portugueses ao Brasil, em 1500, após o contato inicialmente pacífico com os índios, atritos começaram a ocorrer, principalmente em razão das diferenças culturais entre os dois povos.

Como os colonizadores tinham maior força bélica, começaram a impor seus costumes aos indígenas. A negação dos europeus ao politeísmo, crença dos povos indígenas, a disputa por terras e a escravidão geraram conflitos que se estenderam por séculos.

No período colonial, os povos indígenas estavam sendo massacrados pelos colonos e europeus, fato que fez com que a Igreja católica enviasse ao Brasil um grupo de padres jesuítas para defender os índios. Com a chegada dos jesuítas, tem-se o início da política indigenista no território onde, posteriormente, se tornaria a República Federativa do Brasil.

Após a vinda dos jesuítas, a coroa portuguesa editou diversas normas (cartas régias, assentamentos e lei) protegendo os indígenas, porém, os mecanismos de controle eram muito precários.

Com o transcorrer dos anos, a política indigenista foi se fortalecendo, e, após a proclamação da República, teve grandes marcos, como a criação do Serviço de Proteção ao Índio (SPI); a constitucionalização do direito indígena; a criação da Fundação Nacional do Índio (Funai); a elaboração do Estatuto do Índio; e o rompimento com a política integracionista na Constituição Federal de 1988.

A Funai, pessoa jurídica de direito público, constituída sob forma de autarquia federal, foi criada com a finalidade de atender os interesses dos indígenas e tutelá-los.

Décadas após a sua criação, a Funai é lembrada pela sociedade em razão de sua atuação questionável, em vez de atuar na defesa dos direitos indígenas em conformidade com a lei e com as finalidades previstas em seu estatuto.

Ainda há uma atuação em defesa dos povos indígenas, porém, acompanhada de denúncias de infração ao ordenamento jurídico e ao seu estatuto, feitas pelo Ministério Público Federal, por proprietários rurais e até mesmo pelos próprios índios.

Em razão da atuação em desconformidade com a lei, há diversos órgãos e entidades que fiscalizam a atuação da Funai, bem como a possibilidade da implementação de novos instrumentos, como o programa de compliance, visando ao respeito ao ordenamento jurídico pátrio e às finalidades no ato de sua criação.

2. Política indigenista no Brasil até a criação da FUNAI

Desde sua independência, o Estado brasileiro vem desenvolvendo normas e programas sociais visando a proteger os grupos indígenas que habitavam seu território. Esse conjunto de normas e programas desenvolvido por um Estado para a proteção e a interação dos povos indígenas é denominado “política indigenista”. Conforme Montanari Júnior (2013):

Chamamos de política indigenista as iniciativas formuladas pelas diferentes esferas do Estado a respeito das populações indígenas. A política indigenista é orientada pelo indigenismo, conjunto de princípios estabelecidos a partir do contato dos povos indígenas com a sociedade nacional.

Em razão de o termo “política indigenista” ser amplo, abarca todas as iniciativas formuladas pelo Estado destinadas aos índios. Pode-se afirmar que o direito indigenista integra a política indigenista, definido por Luiz Felipe Bruno Lobo (1996) como:

Um conjunto normativo, que informado de princípios e institutos próprios, constitui um emergente ramo autônomo de direito público, objetivando proteger as sociedades indígenas e seus integrantes, em suas relações interétnicas com a sociedade nacional envolvente.

No Brasil, diversos são os instrumentos legais que estabeleceram a política indigenista e por consequência, o direito indigenista.

Somente em 1548, com a chegada dos jesuítas, é que foi editado o Regimento de Tomé de Souza, considerado por Hartmut-Emanuel Kayser (2010) o marco inicial da política indigenista:

O regimento de Tomé de Souza (ordens do rei para o primeiro governador-geral Tomé de Souza), de 17.12.1548, continha as diretrizes da administração do Brasil, que permaneceram em vigor até 1677. Nele foram declarados, como mais importantes objetivos da política indígena, a conversão dos índios a fé cristã, e em decorrência da Bula *Sublimis Deus*, a garantia de sua liberdade e a simultânea luta de tribos hostis, bem como o estabelecimento em aldeias para facilitar sua conversão.

Pode-se citar também como instrumento normativo importante dentro da política indigenista a Lei de 20 de março de 1570, que restringiu as possibilidades de utilização dos indígenas como escravos a apenas duas: nos casos de guerra ou quando capturados pelos proprietários das terras, após os atacarem.

A Lei de 20 março causou um descontentamento geral aos colonos, pois necessitavam de mão de obra para suas atividades. A fiscalização era feita pelos jesuítas, defensores dos índios.

As leis elaboradas pela coroa portuguesa, na tentativa de evitar os abusos cometidos contra os índios, não geravam muitos efeitos. Os jesuítas, inconformados com o tratamento que os povos nativos recebiam, relataram a situação ao papa Urbano VIII, que publicou a bula *Comissium Nobis* (KAYSER, 2010). Como consequência da publicação da bula papal, surgiram as chamadas leis de liberdade absoluta, que defendiam o índio como homem livre (CUNHA, 2009).

Em síntese, no período colonial houve conquista de direitos pelos índios, em razão da influência exercida pela Igreja católica e pelo Vaticano sobre a coroa portuguesa. Foi iniciada, assim, a concepção do direito indigenista no Brasil, ocorrendo,

no período em enfoque, o reconhecimento da natureza humana dos índios (SANTOS FILHO, 2005).

Ainda no período imperial, foi editado o Decreto nº 426 de 1845, que criou uma estrutura administrativa para cuidar das questões indígenas, designando funcionários do Estado e competência de proteção e aldeamento dos povos indígenas (SOUZA FILHO, 1998).

Uma legislação de grande relevância durante o período imperial foi o Decreto-lei nº 8.072, de 20 de junho de 1910, que criou o Serviço de Proteção ao Índio (SPI). O objetivo da criação do órgão integrante da União era tutelar o índio, pois se entendia que não tinham o discernimento necessário para estabelecer relações na sociedade à época.

Em 1934, com o advento da Constituição, a matéria referente aos indígenas, denominados silvícolas, ganhou status constitucional. Porém, foi mencionado de forma tímida no artigo 129, estabelecendo o direito à posse permanente das terras em que se localizavam.

As constituições de 1937 e 1946 mantiveram o mesmo direcionamento da Constituição de 1934, porém, não se pode afirmar que a política indigenista evoluiu durante esse período, pois não houve a edição de dispositivos relevantes.

Em relação à Constituição de 1967, como inovação na política indigenista, houve apenas a menção de que as terras ocupadas pelos "silvícolas" incluíam-se dentre os bens da União. Porém, foi na vigência da Constituição de 1967 que houve uma das grandes ascensões da política indigenista: a criação da Fundação Nacional do Índio (Funai).

A Funai, criada em substituição ao SPI, órgão do governo brasileiro, tem como finalidades a aplicação da política indigenista no território nacional; zelar pelo patrimônio indígena; estudar as comunidades indígenas que vivem no território brasileiro; garantir, proteger e demarcar as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios (SANTOS FILHO, 2005).

2.1. A política integracionista, a criação do SPI e a extinção da FUNAI

A criação do Serviço de Proteção ao Índio em 1910 se deu após séculos de massacre de índios. Como já exposto, durante esse período, o poder central não ficou inerte, porém, os colonos e latifundiários tinham grande influência econômica e política.

A proteção dada ao índio decorre do modelo de política adotado pelo Brasil, desde a época em que era colônia de Portugal e, por consequência, sofria grande influência da Igreja católica. Trata-se do integracionismo, cujo vetor era a crença de que toda a humanidade passa por um único processo evolutivo, porém algumas civilizações estão em um estágio mais avançado desse processo em relação às outras – assim, há necessidade de intervenção dos órgãos estatais para auxiliar aqueles grupos que se desenvolvem de forma mais lenta.

Justamente em razão da política integracionista foi criado o Serviço de Proteção ao Índio e posteriormente a Fundação Nacional do Índio. Ambos são órgãos estatais de grande relevância para a política indigenista.

Apesar de o SPI constituir um avanço para a época, eram necessárias condições para a aplicação da política indigenista, por exemplo: verba, pessoal qualificado, autoridade e poder suficiente para sua imposição (MARTINS, 2005). Tais condições foram disponibilizadas apenas nos primeiros anos (RIBEIRO, 2005). A falta de estrutura juntamente com a corrupção foram elementos que acarretaram na extinção da Funai (SOUZA FILHO, 1998).

Com a extinção do SPI, a União não poderia deixar os índios à sua própria sorte. Foi criada a Funai, que se mantém até os dias atuais.

Importante ressaltar que com o advento da Constituição de 1988 a política integracionista é deixada de lado, pois os índios são considerados integrados à comunhão nacional, conforme dispõe o art. 231: são reconhecidos aos índios organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos

originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

Foi reconhecido ao índio o direito à diferença. Ou seja, a partir da Constituição, foram considerados integrados, porém diferentes.

A nova ordem jurídica, implementada pela Constituição da República de 1988, acolheu a relatividade das culturas, como demonstra o art. 231, que reconhece e valoriza a diversidade cultural e a pluralidade de etnias (LIMA, 2011).

Mesmo com o rompimento com o integracionismo e a adoção da integração, a Funai não foi extinta, pelo contrário; continua atuando conforme suas finalidades previstas em seu estatuto (anexo I do Decreto nº 7.778, de 27 de julho de 2012) – como proteger e promover os direitos dos povos indígenas.

Porém, a atuação da Funai em defesa dos povos indígenas é alvo de críticas de setores da sociedade, pois, além de tutelar os índios, conforme o art. 4º do estatuto, cabe também a ela a promoção de estudos de identificação e delimitação, demarcação, regularização fundiária e registro das terras tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas.

É comum ser veiculadas notícias envolvendo a Funai com indícios de corrupção e questionamentos em relação à sua atuação. Por exemplo:

No mês de setembro do ano de 2015, o Ministério Público Federal do estado do Amazonas recomendou a Funai que melhorasse seu controle interno e a capacitação dos servidores para evitar a corrupção. Somente em 2015, o MPF/AM ajuizou quatro ações civis públicas por improbidade administrativa envolvendo diversos servidores da Funai (MPF/AM, 2015).

A repercussão em relação à corrupção e ao desvirtuamento da Funai é tanta que, na data de 11 de novembro de 2015, a Câmara dos Deputados instaurou uma Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) para investigar a atuação do órgão de proteção ao índio e também do Incra, na demarcação de terras indígenas e dos quilombolas.

Dentre os fundamentos citados para criação da CPI, transcreve-se:

[...] estabeleceram-se processos administrativos de titulação de terras para quilombos subjetivos e até fraudulentos, onde a simples opinião de um antropólogo se sobrepõe a tudo e a todos e a registros públicos seculares, onde os direitos constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa dos atingidos, inclusive dos entes federados, não são respeitados. O resultado é o que se conhece: reservas imensas, sem qualquer justificativa, atritos entre os próprios grupos indígenas e expulsão de agricultores de suas propriedades.

Verifica-se que a atuação da Funai é questionável, pois conforme as matérias aqui expostas, há a possibilidade de estar havendo uma atuação fundada em corrupção e, por consequência, distante das finalidades estabelecidas em seu estatuto.

Além da CPI, existem outros instrumentos de controle que podem ser utilizados para reestabelecer a atuação da Funai e de seus agentes conforme as finalidades previstas no anexo I do Decreto nº 7.778, de 27 de julho de 2012.

2.2. Formas de controle sobre a atuação da FUNAI

O ordenamento jurídico pátrio criou instrumentos, instituições e órgãos, internos e externos, preventivos e repressivos, com o objetivo de que o Estado e seus agentes atuem conforme o princípio da legalidade.

A legalidade, como princípio da administração, estabelece que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar (MEIRELLES, 2012).

Segundo o princípio da legalidade, a administração pública só pode fazer o que a lei permite. No âmbito das relações entre particulares, o princípio aplicável é o da autonomia da vontade, que lhes permite fazer tudo o que a lei não proíbe (DI PIETRO, 2011). Sendo assim, como a atuação da administração

pública deve ser pautada na legislação, bem como em razão da supremacia do interesse público, existem no Brasil órgãos responsáveis pelo controle da atuação administrativa.

O controle da atuação da administração pode ser externo, quando é feito por outro ente; ou interno, sendo realizado dentro do próprio órgão. São exemplos constitucionais de atuação do controle externo: o Ministério Público, a atividade policial, o Tribunal de Contas e o Poder Legislativo.

O controle realizado pelo Ministério Público resume-se na possibilidade de instaurar procedimentos administrativos investigatórios para apurar infrações penais, bem como na de requisitar diligências a ser cumpridas pela autoridade policial (GUIMARÃES, 2008).

A autarquia também pode ser investigada pela Polícia Federal. A atuação da atividade policial está prevista no art. 144 da Constituição Federal, destacando-se o inciso I do §1º, que estabelece:

Apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei.

Quanto aos tribunais de contas, são instituídos no âmbito da União e dos estados, que, além de auxiliar o Poder Legislativo, também realizam inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária; aplicam sanções e multas aos que causarem danos ao erário; verificam a legalidade/ilegalidade dos atos emanados pela administração, dentre outras funções.

O Poder Legislativo, além de fiscalizar as contas e a atuação dos integrantes do Poder Executivo, também realiza investigações por meio de comissões parlamentares de inquérito. Como já citado anteriormente, a Funai está sendo investigada em uma CPI.

As CPIs detêm a missão de apurar fatos determinados e por prazo certo, que tenham relevância nacional, sendo suas

conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público para que promova a responsabilidade dos infratores (BITTEN-COURT, 2008).

Além do controle externo, há também o controle interno, composto por instrumentos constituídos dentro das pessoas jurídicas para investigação de pessoal e adequação da atuação conforme princípios, fundamentos e regras contidos no seu ato de instituição.

A Lei nº 9784/1999 e a Lei nº 8112/1990 trazem a possibilidade de instaurar processo administrativo em face do funcionário que cometeu infração do exercício do cargo. A própria Funai pode, de ofício, designar uma comissão para investigar o agente.

Outro instrumento de prevenção e de fiscalização, mais recente, foi trazido ao ordenamento jurídico pátrio pela Lei nº 12.846/2013 (lei anticorrupção), denominado compliance.

Destaca-se que o compliance não tem previsão expressa na lei anticorrupção, e vem sendo implantando no Brasil como consequência de sua aplicação, haja vista que, a partir das suas disposições, passou a ser exigida das pessoas jurídicas mais adequação à lei, pois, em caso de descumprimento, as sanções são gravosas.

Não há relatos de que esteja em andamento a implementação da política de compliance dentro da Funai, porém, é uma medida necessária para combater eventuais desvios de condutas.

3. Implementação do compliance na estrutura da Fundação Nacional do Índio

A expressão compliance em sua etimologia pode ser entendida como agir conforme alguma regra, ordem ou pedido, pois deriva do inglês to comply, que significa concordar, obedecer, estar de acordo. Para Célia Lima Negrão e Juliana de Fátima Pontelo (2014) é consenso entre autores e diversos profissio-

nais, com base em estudos realizados, que o termo significa "cumprir", "executar", "realizar o que foi imposto".

O compliance é um sistema de controle interno que visa a colocar em prática determinadas regras e princípios inerentes à pessoa jurídica. Não se trata apenas de um controle de aplicação de sanção; há também uma implementação prévia da política da pessoa jurídica, que faz com que seus agentes ou empregados atuem conforme os ideais da empresa.

A finalidade do estabelecimento dessas obrigações é a fixação de uma referência normativa para as práticas da empresa, com especial foco na identificação da cadeia de responsabilidade por determinado ato, na adoção de medidas de prevenção em relação a potenciais condutas que infrinjam a lei (cometida tanto pela empresa como por clientes), ou, quando já praticadas tais condutas, na redução ou mitigação de suas consequências em relação à pessoa jurídica e a seus empregados. (PIRES, 2015).

As pessoas jurídicas que adotam o compliance desenvolverão uma espécie de "código de normas" que regulará a atuação do seu corpo de funcionários, pautado em princípios e regras institucionais. Além da previsão das condutas que devem ser adotadas, o compliance estabelecerá eficiência dos negócios e sanções para aqueles que atuarem de forma diversa do que foi firmado.

Segundo Renato de Mello Jorge Silveira e Eduardo Saad Diniz (2015), o compliance orienta-se por decisões empresariais em conformidade com best practices e por padrões governamentais de segurança corporativa. Portanto, não basta apenas estar em conformidade com o ordenamento jurídico, pois diz respeito também à implementação de novas práticas empresariais, estabelecendo um novo padrão de mercado.

No Brasil, o compliance começou a ser adotado de forma mais frequente após a edição da Lei anticorrupção (12.846/2013), que seguiu a mesma tendência do sistema jurídico internacional, não obrigando as organizações a adotá-lo. Porém, se o fizerem, podem ser beneficiadas por uma atenuação nas medidas legais

adotadas que sofrerem em razão de eventual prática contrária ao ordenamento (SILVA; COVAC, 2015).

Verifica-se, portanto, que o compliance apresenta, a princípio, as seguintes funções: implementação de novos padrões de mercado, pois a sua atuação pauta-se não só no ordenamento jurídico, mas também nos princípios que regem a organização; atenuação das sanções em caso de eventual infração ao ordenamento jurídico; e prevenção na prática de novas infrações ou condutas contrárias à ética da instituição e ao ordenamento jurídico pátrio.

Em razão das funções do programa de compliance, há necessidade de extensão para algumas pessoas jurídicas integrantes da administração direta e indireta, dentre elas, a Fundação Nacional do Índio, que, conforme exposto em tópicos anteriores, vem tendo suas finalidades desvirtuadas.

O programa de compliance foi desenvolvido originariamente para ser implementado em pessoas jurídicas e organizações do ramo empresarial e econômico, conforme suas origens no direito norte-americano. Como já mencionado, no Brasil, o instituto ganhou força a partir da edição da Lei anticorrupção (12.846/2013), aplicada a todas as pessoas jurídicas que pratiquem atos nocivos à administração pública, conforme seu art. 1º: “Esta lei dispõe sobre a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira”.

A Funai é uma autarquia federal, portanto, pessoa jurídica de direito público e, assim, está sujeita à incidência da lei anticorrupção. Ademais, o compliance implementa na instituição uma nova política de atuação, o que justifica sua aplicação a qualquer pessoa jurídica.

Como exposto em tópico anterior, a Funai vem sendo denunciada aos órgãos de controle estatais por práticas de corrupção, incentivo à invasão de propriedades rurais e, também, conforme relatório da CPI da Funai já mencionado, por ser parcial na decisão do processo administrativo demarcatório.

Em razão desses fatos, há necessidade de implementação do compliance na Funai, pois seria mais um instrumento de controle contra o desvio de suas finalidades previstas em seu estatuto, haja vista que o programa de controle fortalece o funcionamento do sistema de controles internos da organização (ASSI, 2013).

3.1. Instituição do compliance na FUNAI

A primeira etapa para implementação do programa de compliance na Funai seria a elaboração de um código de normas e condutas. O anexo I do Decreto nº 7778/12 (Estatuto da Funai) já estabelece algumas regras para os integrantes do corpo funcional da Funai, bem como também se submetem à Lei nº 8.112/1990 (Regime Jurídico dos Servidores Públicos da União). Porém, faz-se necessária uma legislação mais específica, descrita de forma minuciosa, voltada para a atuação do servidor no dia a dia, relatando inclusive condutas de comportamento.

Os programas de compliance buscam garantir o comprometimento dos empregados nas organizações e transmitir a importância de exercer suas atividades de forma ética e conforme os princípios daquela instituição (NEGRÃO; PONTELO, 2015). Funcionários cientes das “regras do jogo” estão em melhor posição para fazer negócios sem receio de violar as leis, assim como para procurar assistência em temas sensíveis. O medo de violar as leis intimida os funcionários (BRASIL, 2015).

Justamente por esse motivo, a elaboração de um minucioso código de normas para os servidores da Funai faz-se necessário. Tal código de normas, que também pode ser chamado de código de ética, tem a função de descrever a atuação do servidor, e deve ser pautado na ética, na boa gestão e nas finalidades da autarquia.

A elaboração de normas facilita a adaptação de novos funcionários, pelo fato de as políticas estarem definidas e documentadas. Assim, é possível ler, a partir de sua admissão ou nos programas de integração, os regulamentos referentes à sua área de atuação (GONÇALVES, 2010)

Após a elaboração do código de normas, é fundamental para a aplicação do programa de compliance a formação de um comitê.

O comitê de compliance é um órgão dentro da pessoa jurídica responsável pelo próprio programa, tendo como função ordinária o acompanhamento das atividades da Funai, coordenando e gerindo as políticas da autarquia, bem como verificando o seu cumprimento à lei (ASSI, 2013).

Conforme o art. 5º do Anexo I do Decreto nº 7778/2012, a Funai conta com a seguinte estrutura organizacional: o gabinete da presidência; órgãos seccionais; órgãos específicos singulares; órgãos colegiados; órgãos descentralizados; e órgão científico-cultural, o Museu do Índio.

Os órgãos seccionais são compostos pela Procuradoria Federal Especializada, Auditoria Interna, Corregedoria, Ouvidoria e Diretoria de Administração e Gestão. Os órgãos específicos singulares são a Diretoria de Promoção ao Desenvolvimento Sustentável e a Diretoria de Proteção Territorial. Os órgãos colegiados são: Conselho Fiscal, Comitês Regionais e Diretoria Colegiada. Já os órgãos descentralizados são as Coordenações Regionais, as Coordenações das Frentes de Proteção Etnoambiental e as Coordenações Técnicas Locais.

O Comitê de Compliance deve ser o mais plural possível, ou seja, composto por representantes de vários órgãos da Funai. A heterogeneidade na composição do comitê possibilita uma maior facilidade no alcance de resultados positivos na gestão, em razão da supervisão de todos os setores e do surgimento de eventuais problemas, que serão debatidos.

A área do compliance, conforme o Princípio 7 do Comitê de Supervisão Bancária da Basileia, se resume em:

Auxiliar a alta administração no gerenciamento da organização, por meio de atualizações e recomendações; implementação do programa de compliance; manuais de compliance para determinadas leis e regulamentos e responsabilidades estatutárias em relação a eventuais crimes cometidos por seus agentes. (FEBRABAN, 2015).

Conforme consta no art. 5º do Anexo I do Decreto nº 7778/2012, a Funai tem órgãos descentralizados, espalhados por todo o território brasileiro, localizando-se em municípios próximos às aldeias indígenas. No Brasil existem, conforme dados da Funai, 604 territórios indígenas (ARRUDA, 2013).

Há, portanto, uma dificuldade na formação do comitê de compliance, não só em razão do grande número de órgãos centralizados, mas também pela vasta extensão territorial do Brasil. Porém, apesar da dificuldade, o programa de compliance auxiliaria numa sintonia maior da diretoria da Funai com seus demais órgãos, já que o comitê seria composto por servidores de diversos setores.

Juntamente com a formação de um comitê, para que o programa de compliance funcione, é necessário aproximar a Funai dos setores da sociedade em que ela interfere diretamente. Não nos referimos apenas aos índios, mas também aos proprietários rurais.

A Funai também conta com uma Ouvidoria; contudo, seria necessário um canal de comunicação mais próximo. Por exemplo, algumas Coordenações Regionais são chefiadas por índios da etnia da aldeia mais próxima.

O que se sugere é uma espécie de “canal de reclamação”, onde qualquer pessoa prejudicada por um ato de algum agente da Funai no exercício de suas atribuições possa se manifestar e fazer denúncias, se necessário, devendo proceder a investigações nos ditames da Lei nº 8112/90, e que também sejam levadas ao comitê de compliance.

A partir de um canal de comunicação com a sociedade, a Funai poderá verificar quais são as reclamações da população em relação à sua atuação e normatizar medidas que impeçam as más condutas.

A implementação do programa de compliance exige também um treinamento frequente aos funcionários, ou seja, além da distribuição do Código de Ética ou de Normas, as situações nele previstas deverão ser treinadas para que os servidores estejam preparados para enfrentá-la.

O responsável pela elaboração de um programa de treinamento deve buscar que este programa desenvolva lições de conscientização de toda a situação da organização, sua missão, visão e valores.

[...] Antigamente, os treinamentos de empregados eram considerados um benefício opcional, um 'extra', na vida profissional do empregado, ou mesmo algo que só deveria ser oferecido para os melhores empregados da organização.

Atualmente, o treinamento passou a ser um dos investimentos mais importantes para a organização, primordial para o sucesso do negócio. Sabe-se que o empregado com boa formação acadêmica e experiência não basta, ou mesmo não é suficiente, para desenvolver a produtividade necessária para a organização; ele precisa ser treinado para desenvolver suas habilidades orientadas aos objetivos da organização. (NEGRÃO; PONTELO, 2014).

A distribuição de tarefas também é uma conduta decorrente da política de boa gestão do *compliance*. Pode-se afirmar que haverá uma espécie de alienação do servidor, pois somente exercerá aquela atividade. A definição prévia de atividades impede também que haja interferência do pessoal de um setor em outro, o que poderia prejudicar a qualidade do serviço prestado.

Os servidores da Funai muitas vezes enfrentam situações de risco, pois, como são responsáveis por tutelar e dar assistência aos índios, em geral os acompanham durante as invasões de terra, cenário em que há conflito.

Por fim, é necessário também a nomeação de um *compliance officer*, um profissional altamente qualificado, nomeado pela instituição para supervisionar o cumprimento das leis e dos regulamentos da organização, seguindo as estratégias de *compliance* adotadas (SILVA, D., 2015).

Na Funai, a nomeação do *compliance officer* seria de competência da diretoria, composta por três membros. Como o quadro funcional da Funai é composto em grande parte por servidores públicos, os seguintes requisitos devem ser levados em consideração no momento da escolha:

- O servidor deve ter adquirido estabilidade;
- Ter boa conceituação nas avaliações periódicas de desempenho realizadas na Funai;

- Não estar sofrendo ou ter sido condenado em processo administrativo disciplinar.

Atendidos os requisitos, a nomeação seria livre pela diretoria.

A Funai, ao implementar o programa de *compliance*, terá uma atuação mais transparente e seus funcionários agirão com mais zelo, fato que tranquilizaria não apenas os índios, mas também todas as famílias que dependem da agricultura e da pecuária no Brasil.

3.1.1 Composição do comitê de *compliance* na FUNAI

O comitê pode ser considerado o elemento central da implementação do *compliance* em qualquer pessoa jurídica, seja pública, seja privada. Essa afirmação decorre da necessidade de independência do comitê de *compliance*.

Existe, porém, dificuldade na formação do comitê, pois a Funai atua em todo o território nacional. Por esse motivo, há necessidade de uma composição plural no comitê, mas sem a necessidade de integrantes de todos os órgãos.

Importante esclarecer que a Funai conta com um presidente, que integra o gabinete da presidência e também a diretoria colegiada, composta por mais dois diretores. Compete à diretoria colegiada à tomada de decisões

Cada estado deve ter apenas um representante de todos os órgãos seccionais. Como a Funai tem cinco órgãos seccionais em cada estado, há necessidade de realização de rodízio, ou seja, sempre que houver renovação na formação do comitê de *compliance* o diretor do órgão indica um de seus servidores.

Quanto aos órgãos específicos singulares, que são a Diretoria de Promoção ao Desenvolvimento Sustentável e Diretoria de Proteção Territorial, cada diretor indicaria um servidor.

Os órgãos colegiados são: Conselho Fiscal, Comitês Regionais e Diretoria Colegiada. O Conselho Fiscal é composto por três membros, sendo que um deles, também, participaria do comitê de *compliance*.

Não há necessidade de os comitês regionais e a diretoria colegiada possuírem representantes no comitê de compliance, pois, no caso dos comitês regionais, cada estado já teria um representante de um dos órgãos seccionais. Quanto à diretoria colegiada, é composta pelo presidente da Funai e por três diretores, os quais, para o órgão se manter autônomo, não devem compor o comitê de compliance.

Em relação aos órgãos descentralizados, compostos por Coordenações Regionais, Coordenações das Frentes de Proteção Etnoambiental e Coordenações Técnicas Locais, não devem ter representantes no comitê de compliance, devendo apenas auxiliar o representante do órgão seccional escolhido no estado.

O órgão científico-cultural também teria um representante no comitê.

Ademais, além da inclusão de representantes de todos os órgãos no comitê de compliance, a presença de representantes das comunidades indígenas e do setor ruralista, pois a Funai dialoga e interfere diretamente da atividade desses dois grupos.

Portanto, o comitê de compliance seria composto por um representante de cada estado e do Distrito Federal; um membro da Diretoria de Promoção ao Desenvolvimento Sustentável; um membro da Diretoria de Proteção Territorial; um membro do Conselho Fiscal; um membro do órgão científico-cultural; um índio representando as comunidades indígenas do país; um proprietário rural escolhido pela Confederação Nacional de Agricultura (CNA) e pelo compliance officer, totalizando 34 membros.

4. Conclusões

O presente trabalho buscou demonstrar a evolução da política indigenista desde o período colonial até os dias atuais, descrevendo os marcos mais importantes da proteção ao índio – dentre eles, a criação da Fundação Nacional do Índio.

A Funai foi criada em substituição ao SPI com o objetivo de tutelar e defender os interesses dos indígenas, em razão da política da época, denominada integracionismo, que considerava os índios não integrados e, portanto, era necessário dar-lhe assistência.

Com a Constituição de 1988, a política indigenista foi modificada e os índios passaram a ser considerados “integrados” à comunhão nacional, em razão da adoção do multiculturalismo.

Apesar de serem considerados integrados, a Funai foi mantida. Entendeu-se que muitos dos povos indígenas não tinham o necessário discernimento para as práticas dos atos da vida civil.

A Funai, porém, vem sendo investigada pelas entidades policiais, Congresso Nacional e Ministério Público Federal, em razão da sua atuação questionável nos processos de demarcação e até mesmo por denúncias de corrupção.

Apesar da intensa investigação das entidades acima mencionadas, os vícios de atuação estão enraizados dentro da Funai, então, como solução para o desvirtuamento de sua atuação, defende-se a implementação de um programa de compliance.

A implementação de um programa de compliance dentro da Funai se daria em razão de dois motivos: o compliance seria mais um instrumento de fiscalização, bem como realizaria um processo ético e de boa gestão dentro da autarquia.

O compliance atua também de forma preventiva, desenvolvendo programas de conscientização para os servidores da Funai, bem como estes seriam fiscalizados constantemente pelo compliance officer e pelo comitê de compliance.

Por fim, a implementação de um programa de compliance na Funai traria treinamentos aos seus servidores bem como restringiriam sua atuação à uma única modalidade, dando maior celeridade na resolução de problemas. Ademais, aproximaria a sociedade da Funai, através dos programas de atendimento ao público.

5. Referências

ARRUDA, Rinaldo Sérgio Vieira. Direitos territoriais étnicos: questões relativas às terras indígenas no Brasil. In: FAGGIANO, Daniel; LUCHIARI, Valeria Ferioli Lagrasta. **A questão indígena**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

ASSI, Marcos. **Gestão de compliance e seus desafios**: como implementar controles internos, superar dificuldades e manter a eficiência dos negócios. São Paulo: Saint Paul, 2013.

BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Guia programas de compliance**: orientações sobre estruturação e benefícios da adoção dos programas de compliance concorrencial. Disponível em: < http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-compliance-versao-oficial.pdf >. Acesso em: 4 dez. 2015

COLAÇO, Thaís Luzia. **Incapacidade indígena**: tutela religiosa de violação do direito guarani nas missões jesuíticas. Curitiba: Juruá, 2000.

COTRIM, Gilberto. **História e consciência do Brasil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

CUNHA, Manuela Carneiro. **História dos índios no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

FACHIN, Luiz Edson. O dever de indenizar os ocupantes de terras indígenas: análise da proposta de emenda à Constituição 409 de 2001. In: SILVA, Letícia Borges; OLIVEIRA, Paulo Celso. **Socioambientalismo, uma realidade**: homenagem a Carlos Frederico Marés de Souza Filho. Curitiba: Juruá, 2008. p. 173.

FEBRABAN. FEDERAÇÃO Brasileira de Bancos. **Função de compliance**. Disponível em: <[http://www.febraban.org](http://www.febraban.org.br/7rof7swg6qmyvwjcfwf7i0asdf9jyv/sitefebraban/funcoescompliance.pdf)

>. Acesso em: 4 dez. 2015.

GONÇALVES, José Antônio Pereira. **Alinhando processos, estruturas e compliance** à gestão estratégica. São Paulo: Atlas, 2010.

GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim. **Controle externo da atividade policial pelo Ministério Público**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

KAYSER, Hartmut-Emanuel. **Os direitos dos povos indígenas do Brasil**: desenvolvimento histórico e estágio atual. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2010.

LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. **Estatuto do índio**: lei nº 6.001/1973. Salvador: Juspodivm, 2011.

LOBO, Luiz Felipe Bruno. **Direito indigenista brasileiro**: subsídios à sua doutrina. São Paulo: LTR, 1996.

MARTINS, Tatiana Azambuja Ujacow. **Direito ao pão novo**: O princípio da dignidade humana e a efetivação do direito indígena. São Paulo: Pillares, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MONTANARI JÚNIOR, Isaias. **Demarcação de terras indígenas e cooperação internacional**: análise do PPTAL – Programa Piloto de Proteção das Terras Indígenas na Amazônia Legal. Curitiba: Juruá, 2013.

NEGRÃO, Célia Lima; PONTELO, Juliana de Fátima. **Compliance, controles internos e riscos**: a importância da área de gestão de pessoas. Brasília: Senac, 2014.

NIETO, Martín. Americanización o europeización del derecho penal económico. 2007. In: VALENTE, Victor Augusto Estevam. **Direito penal de empresa & criminalidade econômica organizada**: responsabilidade penal das pessoas jurídicas e de seus representantes face aos crimes corporativos. Curitiba: Juruá, 2015.

PIRES, Adriane Pinto Rodrigues da Fonseca. **Lavagem de capitais e delitos omissivos**: responsabilidade penal pelo descumprimento dos deveres de compliance. Curitiba: Juruá, 2015.

SANTOS FILHO, Roberto Lemos. **Apontamentos sobre o direito indigenista**. Curitiba: Juruá, 2005.

SILVA, Daniel Cavalcante; COVAC, José Roberto. **Compliance como boa prática de gestão no ensino superior privado**. São Paulo: Saraiva, 2015.

SILVA, Letícia Borges; OLIVEIRA, Paulo Celso (Coords.). **Socioambientalismo**: uma realidade – homenagem a Carlos Frederico Marés Souza Filho. Curitiba: Juruá, 2008.

SILVEIRA, Edson Damas. **Meio ambiente, terras indígenas e defesa nacional**: direitos fundamentais em tensão nas fronteiras da Amazônia brasileira. Curitiba: Juruá, 2010.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; DINIZ, Eduardo Saad. **Compliance, direito penal e lei anticorrupção**. Saraiva: São Paulo, 2015.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. **O renascer dos povos indígenas para o direito**. Curitiba: Juruá, 1998.

VALENTE, Víctor Augusto Estevam. **Direito penal de empresa & criminalidade econômica organizada**: responsabilidade penal das pessoas jurídicas e de seus representantes face aos crimes corporativos. Curitiba: Juruá, 2015.

WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralidade jurídica na América luso-hispânica. In: _____ (Org.). **Direito e justiça na América indígena**: da conquista à colonização. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

LEI ANTICORRUPÇÃO BRASILEIRA: UMA ANÁLISE SOBRE A RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA PESSOA JURÍDICA

Maria Eliza Leal Cabral¹

¹ Maria Eliza Leal Cabral é advogada, pós-graduanda em Direito Processual Civil na Universidade Anhanguera. É integrante do grupo de pesquisa Fundamentação e formação de políticas de combate à corrupção no Brasil: responsabilidades compartilhadas entre espaço público e privado, coordenado pela professora doutoranda Caroline Fockink Rit. E-mail: <melizacabral@gmail.com>.

Resumo

O objetivo do presente artigo científico é analisar a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica à luz da Lei Anticorrupção Brasileira. Posto isso, o enfrentamento do tema se impõe na medida em que o mal da corrupção se encontra, mais do que nunca, em destaque no atual cenário societário. De tal sorte, em um primeiro momento, o artigo tratará da definição conceitual da corrupção. Na sequência, será apresentado o panorama internacional de combate à corrupção, trazendo à baila as convenções ratificadas pelo Brasil sobre a matéria. Por fim, serão enfrentadas questões acerca da responsabilidade objetiva da pessoa jurídica, prevista na referida lei.

Palavras-chave: Corrupção; Lei Anticorrupção; Pessoa jurídica; Responsabilidade objetiva

Abstract

The objective of this scientific article is analyze the objective responsibility of the legal entity in light of the Brazilian Anti-Corruption Law. Having said that, the confrontation of the subject is imposed to the extent that the evil of corruption is, more than ever, highlighted in the current corporate scenario. So, at first, it will be about the conceptual definition of corruption. In the sequence, the international panorama of the fight against corruption will be presented, bringing to light the conventions ratified by Brazil on the matter. Finally, questions will be addressed regarding the objective liability of the legal entity, provided for in said law.

Keywords: Corruption; Anti-Corruption Law; Legal entity; Objective liability

1. Introdução

Não é de hoje que o Brasil vem enfrentando o fenômeno da corrupção. O tema vem ganhado destaque junto aos meios de comunicação, que divulgam ao público cifras extraordinárias de desvios de recursos públicos.

Ainda que de difícil conceituação, uma vez que o termo pode receber várias definições de acordo com o parâmetro utilizado, a corrupção está ligada a um desvio de conduta, no qual a pessoa age com o objetivo de obter vantagem ilícita de qualquer natureza.

Ao ratificar as diversas convenções internacionais – a Convenção sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), a Convenção Interamericana contra a Corrupção da Organização dos Estados Americanos (OEA) e a Convenção das Nações Unidas (ONU) contra a Corrupção –, o Brasil assume o compromisso de punir toda e qualquer forma de corrupção, especialmente a praticada por pessoas jurídicas.

Fruto de tais diretrizes, a Lei nº 12.846/2013, batizada como Lei Anticorrupção Brasileira, nasce com o intuito de suprir lacuna histórica no ordenamento jurídico, avançando no alcance da responsabilização das pessoas jurídicas por atos que afrontem a administração pública.

Desse modo, considerando que a responsabilidade objetiva empresarial figura como aspecto basilar da Lei Anticorrupção Brasileira, impõe-se o seguinte problema: A previsão da responsabilidade objetiva na Lei Anticorrupção Brasileira constitui necessário avanço legislativo em prol do combate à impunidade da pessoa jurídica por atos de corrupção? Para a resolução do problema, utilizou-se uma abordagem dedutiva, além de pesquisas doutrinárias.

Nesse contexto, o principal objetivo do presente artigo científico é analisar a responsabilidade objetiva da pessoa

jurídica à luz da Lei Anticorrupção Brasileira. Como objetivos específicos estão: analisar a definição conceitual da corrupção; apresentar o panorama internacional de combate à corrupção; e, por fim, enfrentar questões acerca da responsabilidade objetiva da pessoa jurídica, prevista na referida lei.

Para tanto, o trabalho está dividido em três momentos. Na primeira parte será abordada a definição conceitual da corrupção, assim como suas principais características. Na segunda, algumas considerações serão feitas acerca dos tratados internacionais sobre a matéria de combate à corrupção, ratificados pelo Brasil e que deram origem à Lei Anticorrupção Brasileira. Finalmente, na terceira parte, o tema propriamente dito será abordado, levantando-se questões sobre a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica, prevista na Lei nº 12.846/2013.

2. Corrupção: uma análise conceitual

Segundo a Organização das Nações Unidas (ONU), o fenômeno da corrupção é caracterizado pelo “abuso da função pública para ganho pessoal direto ou indireto”, ao passo que no Dicionário Houaiss é definido como “ato ou efeito de subornar uma ou mais pessoas em causa própria ou alheia, geralmente com oferecimento de dinheiro” (PETRELLUZZI; RIZEK JÚNIOR, 2014, p. 19-20).

O termo corrupção, que tem origem na palavra latina *corruptione*, tem o mesmo significado em italiano, francês e espanhol. Esse termo significa decomposição, depravação, desmoralização, sedução e suborno, estando associada a um ato ilegal envolvendo dois agentes: o corrupto e o corruptor (SILVA, 1996).

O conceito de corrupção expressa uma polissemia de sentidos e tipos de ação política, cujo critério para se definir se essa ação é corrupta ou não é o da sua ilegitimidade frente aos valores e normas expressos em uma concepção de interesse público. Dessa forma, práticas como clientelismo, patronagem, nepotismo, malversação de recursos públicos,

extorsão, concussão, suborno, prevaricação e outras práticas mais podem ter um sentido de corrupção à medida que seja considerada uma ação ilegítima em contraposição ao interesse público. (AVRITZER; FILGUERAS, 2011, p. 13).

Portanto, a corrupção tem várias noções, uma vez que se pode dar a ela sentido político, cultural, sociológico, jurídico etc. Caracteriza-se como um problema ético e institucional, podendo receber diversas definições, dependendo dos parâmetros utilizados (HEINEN, 2015).

A Convenção Civil sobre a Corrupção interpreta o termo como sendo o fato de solicitar, oferecer ou aceitar, direta ou indiretamente, uma comissão ilícita, ou qualquer outra vantagem indevida, ou a promessa de vantagem indevida, afetando o exercício normal de uma função ou o comportamento esperado do beneficiário da comissão ilícita, ou da vantagem indevida ou da promessa de tal vantagem indevida (RAMINA, 2008).

Por outro lado, o conceito de corrupção não é algo idêntico em todas as sociedades, culturas, ou mesmo países. Assim, apesar de alguns aspectos isolados aparentarem semelhança, a corrupção nos países escandinavos, na Ásia, no Reino Unido, nos países africanos, e nos países periféricos da América Latina não tem o mesmo significado (NASCIMENTO, 2014).

Definir o conceito de corrupção é uma tarefa extremamente difícil, uma vez que o termo permite inúmeros significados, bem como uma vasta gama de consequências. Contudo, há um ponto em comum – trata-se de algo negativo, jamais positivo. Em dicionários, as definições andam no mesmo sentido: desmoralizar, subornar, decompor, depravar, enfim, tornar podre (NUCCI, 2015).

[...] o problema da corrupção, assim, é amplo, envolvendo, na verdade, qualquer locupletamento indevido decorrente da prática de ato ilegal ou mesmo antiético para beneficiar alguém ou facilitar alguma atividade, ainda que legítima de outrem, ou ainda, comportar-se de maneira indevida para obter algum benefício para si ou para outrem, ainda que sem conteúdo econômico. Nesse sentido amplo, por exemplo, também seriam atos de corrupção o do empregado que assina o livro de presença por outro ou o funcionário

que pula a catraca controladora de entradas e saídas para burlar a vigilância de horário de expediente. (GRECO FILHO; RASSI, 2015, p. 16).

Diante disso, a corrupção não pode ser vista como um fenômeno exclusivo de uma única sociedade ou de dado momento de seu desenvolvimento, consoante sugerem algumas teorias evolutivas modernas, já que está presente nas formações sociais mais distintas, de acordo com os trabalhos publicados nos últimos anos (BEZERRA, 1995).

Para se ter corrupção é necessário existir uma interação direta ou indireta com o poder público. Desse modo, corromper significa afastar-se daquilo que é considerado lícito e/ou moral. Trata-se de uma imoralidade administrativa qualificada, ou seja, o agente age com o objetivo de obter vantagem ilícita de qualquer natureza, violando os preceitos éticos e legais (HEINEN, 2015).

A corrupção traz consigo aspectos negativos enraizados na ideia de desvirtuamento ou desregramento, ou seja, o termo somente existe porque há um conceito antônimo, ligado à honestidade. Um ser honesto é um ser decente, que age ou se omite conforme a regra geral ensina (SIMÃO NETO, 2014).

Na tradição do pensamento político ocidental, não há consenso sobre o conceito de corrupção, não havendo definição nesse sentido. Diante das inúmeras abordagens sobre o tema, por meio de determinados marcos teóricos e filosóficos específicos, não se pode falar em uma única teoria política de corrupção (LEAL, 2013).

O vocábulo corrupção pode avocar diversos significados, de acordo com os comportamentos reprováveis e o ambiente em que ocorre. Resultará, inclusive, se se trata da esfera pública ou privada. Portanto, múltiplos são os significados do vocábulo corrupção, podendo indicar tanto uma ideia de destruição quanto a mera degradação (GARCIA, 2013).

A corrupção é prejudicial à formação livre e democrática da vontade popular, pois ao privilegiar o corruptor distorcem-se as políticas públicas. Dessa forma, uma vez que política pública

não atende o interesse público, especificamente, ofende o direito de participação, ainda que indiretamente (HEINEN, 2015).

Retrata um meio de deterioração do interesse público em razão da satisfação do interesse particular. Apesar de exercer suas funções no âmbito de uma estrutura organizacional destinada à concretização do bem comum, o agente público desvia-se das suas finalidades originais, passando a atuar em benefício do interesse privado (GARCIA, 2013).

A corrupção tem efeitos nefastos sobre a democracia, uma vez que rompe com os pressupostos fundamentais do regime, como a igualdade política e a participação, minimizando a influência da população na tomada de decisões e a consequente transparência das ações governamentais (MENEGUELLO, 2011). É também causa determinante da pobreza brasileira, pois corrói a dignidade do cidadão, deteriora o convívio social, arruína os serviços públicos e compromete a vida das gerações atuais e futuras (TREVISAN; CHIZZOTTI; LANHEZ; CHIZZOTTI; VERILLO, 2003, p. 17).

A tarefa de inclusão social das parcelas da população menos favorecidas encontra-se obstaculizada diante da crescente carência de recursos financeiros não apenas no Brasil, mas também em grandes potências mundiais, como os Estados Unidos. Contudo, no Brasil, o problema é mais crítico; eis que, além da grande desigualdade social existente, os índices de corrupção aumentam a cada dia (BOTTELHO, 2010).

A corrupção atinge um bem jurídico difuso, na medida em que lesiona bens públicos de interesse geral, não se vinculando, especificamente, a uma vítima individualizada. Enfim, atinge toda a sociedade ao retirar recursos das políticas públicas indispensáveis à efetiva proteção dos direitos fundamentais sociais. (ARAÚJO, 2011).

Posto isso, o fenômeno da corrupção constitui um dos assuntos mais debatidos no processo comunicativo de globalização dos povos civilizados e democráticos, no qual se procura reunir auxílios e esforços internacionais não somente para o seu combate, mas também buscando a implementação de diag-

nósticos precisos e ferramentas preventivas acerca do tema (OSÓRIO, 2013).

3. O combate à corrupção no cenário internacional

A corrupção, na maioria dos países, configura-se sistêmica, na medida em que se enquadra no próprio campo estrutural do sistema social, político e econômico, ou seja, está impregnada na sociedade, não havendo opção a não ser enfrentar tal patologia. Problemas ligados à corrupção, ao suborno, à lavagem de dinheiro, ao nepotismo, ao favorecimento, ao enriquecimento ilícito, às mordomias e ao crime organizado atingem não somente o Brasil, mas também várias sociedades (NASCIMENTO, 2014).

Diante da expansão do fenômeno da corrupção e da existência de significativos limites à responsabilização da mesma, a partir da década de 1990 a comunidade internacional passou a demonstrar especial preocupação acerca da questão da punição da pessoa jurídica por ilícitos praticados contra a administração pública. O fato é que a partir de então se introduziu um movimento mundial no sentido de combater fortemente os atos de corrupção praticados pelas empresas.

De acordo com dados da Transparência Internacional, a percepção a respeito da corrupção ascendeu nos últimos anos, especialmente em países como Brasil, Chile, Argentina e Paraguai. Da mesma forma, organismos internacionais como o Fundo Monetário Internacional, a Organização Mundial de Comércio, assim como o Banco Mundial e diversas instituições enfrentam, nos dias atuais, a corrupção e seus efeitos devastadores (NASCIMENTO, 2014).

A República Federativa do Brasil, por seu turno, ratificou três convenções em prol do enfrentamento do fenômeno da corrupção, quais sejam: Convenção sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações

Comerciais Internacionais da OCDE, Convenção Interamericana contra a Corrupção da OEA e a Convenção da ONU contra a Corrupção.

Ratificada em 30 de novembro de 2000 por meio do Decreto Legislativo nº 125/00, a Convenção sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da OCDE avocou ao Brasil a obrigação de punir, efetivamente, o suborno entre nacionais e funcionários públicos estrangeiros, inclusive representantes de organismos internacionais (CAPANEMA, 2014).

Dentre os objetivos específicos da convenção da OCDE, destacam-se: estabelecer responsabilidades às pessoas jurídicas que corrompam funcionários públicos estrangeiros; considerar a imposição de sanções cíveis ou administrativas a pessoas sobre as quais recaiam condenações por corrupção aos referidos funcionários; e também a prestação da assistência jurídica recíproca.

A Convenção da OCDE estabelece, no art. 2º, que cada parte deverá tomar todas as medidas necessárias ao estabelecimento das responsabilidades de pessoas jurídicas pela corrupção de funcionário público estrangeiro, de acordo com seus princípios jurídicos. Sua ratificação acarretou impactos tanto na tipificação da corrupção ativa praticada em transações internacionais por pessoas físicas – resultando na aprovação da Lei nº 10.467/2001, que incluiu os arts. 337 B, C e D no Código Penal – como na aprovação, em 2010, do projeto de lei direcionado à responsabilização das pessoas jurídicas, que originou a Lei nº 12.846/2013 (CAPANEMA, 2014).

Dessa maneira, a Convenção da OCDE disciplina a criminalização da conduta de corromper agentes públicos estrangeiros, bem como impõe que cada parte deverá tomar as medidas necessárias para a verificação da responsabilidade de pessoas jurídicas por atos de corrupção de funcionário público estrangeiro.

Ademais, a Convenção dispõe da necessidade da manutenção de registros contábeis que obstaculizem o pagamento de vantagens indevidas a funcionários públicos e a lavagem de

dinheiro. Da mesma forma, autoriza a criação de grupo de trabalho a fim de examinar a adequação dos signatários aos ditames da Convenção, bem como a emissão de relatórios e recomendações por parte da OCDE aos países signatários.

Aprovada por meio do Decreto Legislativo nº 152/02, em 25 de junho de 2002, e promulgada pelo Decreto Presidencial nº 4.410, de 7 de outubro de 2002, a Convenção Interamericana contra a Corrupção da OEA tem o objetivo de promover e fortalecer os mecanismos necessários para detectar, prevenir, e punir a corrupção no exercício das funções públicas.

Com efeito, a Convenção da OEA representa o primeiro instrumento internacional de combate à corrupção, que versou tanto sobre medidas preventivas como punitivas em relação aos atos corruptos, englobando vasto elenco de práticas corruptas. Além de igualmente prever a criminalização de atos de corrupção praticados por funcionários públicos estrangeiros, elenca princípios e dispõe sobre a necessidade da implementação de mecanismos para o combate de práticas corruptas, como a assistência recíproca entre países, a criação de sistemas de compras governamentais comprometidos com a publicidade, procedimentos de cooperação para a extradição, sequestro de bens, entre outros.

Ratificada pelo Decreto Legislativo nº 348/05, de 18 de maio de 2005, e promulgada pelo Decreto Presidencial nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006, a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção compromete os Estados-partes a adotarem uma ampla série de medidas em seus ordenamentos jurídicos, assim como políticas públicas, destinadas a promover o desenvolvimento dos mecanismos necessários para prevenir, detectar, punir e erradicar a corrupção, também destinados a promover, facilitar e regular a cooperação entre tais Estados.

A Convenção da ONU é o mais abrangente tratado internacional sobre prevenção e combate à corrupção, representando o maior instrumento internacional juridicamente vinculante, que obriga os Estados-partes a ratificar e cumprir os seus ditames, sob pena de ser pressionados pela comunidade internacional.

Destaca-se que a Convenção da ONU se preocupa em promover e fortalecer as medidas para prevenir e combater mais eficientemente a corrupção, dispondo, em seu art. 12.1, que os Estados-partes devem adotar medidas para prevenir a corrupção e melhorar as normas contábeis e de auditoria no setor privado, assim como prever sanções civis, administrativas e penais eficazes. Além disso, versa também, sobre práticas de prevenção do fenômeno da corrupção, especialmente as ligadas à boa gestão pública, disciplinando, em seu texto, inclusive, a necessidade da existência de um órgão responsável por tais políticas.

Os principais objetivos da Convenção da ONU são: promover e fortalecer as medidas para prevenir e combater mais eficaz e eficientemente a corrupção; promover, facilitar e apoiar a cooperação internacional e a assistência técnica na prevenção e na luta contra a corrupção, incluída a recuperação de ativos, e promover a integridade, a obrigação de render contas e a devida gestão dos assuntos e dos bens públicos.

Nota-se que tanto a Convenção da OCDE como a Convenção da ONU e a Convenção da OEA, além de constituírem importantes marcos legais no enfrentamento da corrupção, motivaram e embasaram a criação da Lei nº 12.846/2013.

4. Lei anticorrupção brasileira: responsabilidade objetiva empresarial

Na tentativa de controlar o fenômeno da corrupção, a Constituição Federal de 1988 instituiu uma série de valores ligados à ética, à transparência e à moralidade pública, elevando-os ao status de direitos essenciais do próprio Estado. Foi em 1988, realmente, que se atingiu uma nova configuração do modelo constitucional brasileiro em torno da ideia central de ética política e da moralidade administrativa (NASCIMENTO, 2014).

Dessa forma, com o advento da Constituição Federal, passaram a existir diversos diplomas legais sobre a prevenção e

combate da corrupção, formando um “Sistema nacional de combate à corrupção” (HEINEN, 2015).

Ocorre que tanto a Lei de Improbidade Administrativa – Lei nº 8.429/1992, conhecida como “lei do colarinho branco” – como a Lei de Licitações e Contratos Administrativos – Lei nº 8.666/1993 – principais legislações sobre a matéria, encontram-se escoradas na teoria da culpa, havendo, portanto, a necessidade de comprovação do elemento subjetivo para a efetiva responsabilização, o que dificulta a responsabilização da pessoa jurídica.

Até o advento da Lei Anticorrupção Brasileira, as pessoas jurídicas que fossem flagradas em atos de corrupção eram punidas somente com o impedimento de participar de licitações públicas e de celebrar contratos com a Administração Pública, através de suspensão ou declaração de inidoneidade (BITTENCOURT, 2014).

Diante da reiteração de escândalos ligados a fraudes e à lesão ao patrimônio público, aliados à dificuldade de responsabilização das empresas, noticiados constantemente pela mídia, a edição de uma legislação voltada especificamente para a responsabilização das pessoas jurídicas por atos de corrupção restou imperiosa.

Apesar da tipificação do crime de corrupção na sistemática penal nacional, a sociedade brasileira sentia a falta de uma norma que alcançasse efetivamente as empresas por atos de corrupção, uma vez que a responsabilização positivada dizia respeito apenas ao âmbito pessoal (BITTENCOURT, 2014).

Nesse contexto, em 2009, o Ministério da Justiça e a Controladoria Geral da União (CGU) passaram a desenvolver estudos no sentido da elaboração de uma lei que fosse capaz de prevenir, combater e punir atos de corrupção praticados especificamente por pessoas jurídicas (HEINEN, 2015).

Após vagarosos anos de trâmite no Congresso Nacional, em resposta aos protestos de julho de 2013, que rebatiam a corrupção generalizada, nasce a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, também conhecida como “Lei Anticorrupção Brasileira”

ou “Lei da Empresa Limpa”, que visa, primordialmente, a alcançar a responsabilização objetiva da pessoa jurídica pela prática de atos que atentem contra a administração pública nacional ou estrangeira.

À primeira vista, pode parecer que a Lei nº 12.846/2013 é apenas mais uma norma, dentre tantas outras existentes no Brasil sobre o combate à corrupção, ou então que foi formulada na ânsia de proporcionar imediatas respostas às manifestações populares de 2013. Por outro lado, a realidade lógica se mostra diferenciada, não correspondendo aos meros aspectos superficiais. A lei tem como propósito suplementar lacuna histórica no ordenamento jurídico, o qual carecia de legislação precisa que responsabilizasse as pessoas jurídicas por atos praticados contra o poder público. Dessa forma, as manifestações de 2013 apenas agilizaram o processo (CAPANEMA, 2014).

A lei faz brotar um novo tipo de responsabilidade no ordenamento jurídico brasileiro. Até então, a responsabilidade por atos contra a administração pública ocorria no âmbito penal, através de tipificação dos crimes praticados por particulares e agentes públicos, e na esfera civil, através da qualificação de atos de improbidade, disciplinados na Lei de Improbidade Administrativa (BITTENCOURT, 2014).

De tal sorte, a presente lei constitui um “divisor de águas” no combate à corrupção no Brasil, uma vez que estabelece de maneira abrangente sobre um assunto até então esparso na legislação brasileira (CARVALHOSA, 2015).

Inegavelmente, a origem da Lei nº 12.846/2013 tem influência nos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil sobre o combate à corrupção, especialmente nas convenções da OCDE e da ONU, nas quais o Brasil assume o compromisso de prevenir e punir todo e qualquer ato de corrupção. Contudo, apesar de já existir no Brasil uma variedade de leis disciplinando penalizações às pessoas jurídicas, estas não se mostravam suficientes para atender aos compromissos internacionais assumidos (CARVALHOSA, 2015).

O aspecto principal da Lei nº 12.846/2013 é a previsão da responsabilidade objetiva para as pessoas que cometeram atos

que afrontem a administração pública nacional ou estrangeira, representando uma medida fundamental, tendo em vista a real preocupação da lei em reprimir atos de corrupção (CAPANEMA, 2014). Em razão disso, ao descumprir o compromisso de obedecer às leis e aos princípios que regem o poder público, conseqüentemente, a pessoa jurídica será responsabilizada de forma objetiva pelas infrações danosas que cometeu face ao Estado (CARVALHOSA, 2015).

De acordo com a Lei Anticorrupção Brasileira, a condenação pelo delito de corrupção, praticado por pessoas jurídicas, se funda na “inobservância do cuidado objetivo necessário, que corresponde à realização de conduta criadora juridicamente reprovada” (JESUS, 1995, p. 150).

Com outras palavras, por responsabilidade objetiva entende-se punir diretamente as empresas sem necessidade de comprovação de culpa ou dolo das pessoas físicas envolvidas, bastando que se comprove a ocorrência de pelo menos um dos atos lesivos previstos no art. 5º da Lei nº 12.846/2013 (CAPANEMA, 2014).

Destarte, a responsabilidade objetiva incide ainda que os atos lesivos tenham praticado em seu benefício exclusivo ou não (art. 2º). Tal responsabilidade também persiste mesmo nas hipóteses de alteração contratual, transformação, incorporação, fusão ou cisão societária (art. 4º).

Diante disso, a Lei Anticorrupção Brasileira procurou facilitar a responsabilização dos agentes corruptores que causam ou concorrem com a prática de atos lesivos ao patrimônio público. Impede-se, dessa forma, que as pessoas jurídicas se eximam de responsabilização civil e administrativa pelos atos praticados contra a administração pública.

Por outro lado, a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica não exclui a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores, ou de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito (art. 3º). A responsabilidade da pessoa natural, contudo, é subjetiva, dependendo da comprovação do dolo ou da culpa (art. 3º, § 2º).

Portanto, como a responsabilidade civil objetiva prescinde da culpa, restando comprovado o fato, o resultado e o nexo causal, a pessoa jurídica será responsabilizada. A mera configuração desses elementos ensejará a responsabilização da empresa, independentemente da pessoa natural que de fato tenha praticado a ação prejudicial à administração pública.

A Lei nº 12.846/2013 busca proteger a noção de República e o patrimônio público. Define os atos lesivos à administração pública, nacional e estrangeira, as sanções correspondentes à responsabilidade administrativa e civil, bem como técnicas processuais e instrumentos para prevenir e reprimir os atos corruptivos praticados por pessoas jurídicas infratoras. Também procurou identificar, de modo abrangente, o conceito de pessoa jurídica responsável por atos de corrupção. É aplicável às sociedades empresárias e simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado, bem como a quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeira, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente (art. 1º, parágrafo único).

Assim, no art. 5º, a lei elenca os atos lesivos contra a administração pública pelos quais a pessoa jurídica responderá objetivamente, quais sejam: prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou à terceira pessoa a ele relacionada; comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nessa Lei; comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados; frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público; impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público; afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo; fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente; criar, de modo

fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo; obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública e, finalmente, dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional.

Note-se que nem sempre será necessária a existência de dano efetivo para a responsabilização objetiva da pessoa jurídica. Há situações, como as previstas no art. 5º, inc. I (prometer ou oferecer vantagem ilícita) e no inc. IV (procurar afastar licitante), da Lei nº 12.846/2013, em que a responsabilidade administrativa e civil prescinde da ocorrência concreta do dano (lesão efetiva aos cofres públicos).

Por outro lado, três são os parâmetros alternativos para que um ato seja considerado lesivo à administração pública: i) atentar contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro; ou ii) contra os princípios da Administração Pública; iii) contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil.

O regime de responsabilidades previsto na LAC é duplo, de modo que foram criadas instâncias de responsabilidade tanto na esfera administrativa como na civil. Ambas as formas de responsabilização são independentes e complementares (exegese dos arts. 18 e 20 da Lei Anticorrupção).

Na esfera administrativa, compete à autoridade máxima de cada órgão ou entidade de poder a instauração e o julgamento do processo administrativo de responsabilização. Já na esfera judicial, a autoridade competente é a Justiça comum, estadual ou federal.

O art. 6º da LAC, por sua vez, trata da responsabilização administrativa, prevendo a aplicação de dois tipos de sanções às pessoas jurídicas consideradas responsáveis pelos atos lesivos,

quais sejam, multa e publicação extraordinária da decisão condenatória, sendo estas aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a natureza da infração (NASCIMENTO, 2014).

A multa, por sua vez, como uma sanção de caráter patrimonial, será aplicada no patamar de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento), tendo como base de cálculo o faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, podendo chegar até 60 milhões de reais, quando não for possível calcular o faturamento bruto.

Já a segunda espécie de sanção administrativa disciplinada no art. 6º da LAC é a publicação extraordinária da decisão condenatória, que ocorrerá na forma de extrato de sentença, às custas da pessoa jurídica, devendo, via de regra, ser aplicada cumulativamente à pena de multa.

No que concerne às sanções de caráter civil, destaca-se que são subsidiárias à responsabilidade administrativa, sendo a penalização cível prevista pela Lei Anticorrupção, mais rigorosa, pois determina a suspensão ou a interdição parcial das atividades, o perdimento de bens e a dissolução compulsória da pessoa jurídica (CAPANEMA, 2014).

Fortalecendo a ideia de independência nas esferas de responsabilização, a Lei Anticorrupção dispõe, ainda, que ato de improbidade administrativa, nos termos da Lei nº 8.429/1992, e atos ilícitos, alcançados pela Lei nº 8.666/93, ou outras normas de licitações e contratos da administração pública, inclusive no que concerne ao Regime Diferenciado de Contratações Públicas, serão responsabilizados, independentemente das sanções previstas (SOUZA, 2015).

A previsão de responsabilidade objetiva, além de constituir medida de combate à impunidade da pessoa jurídica, induz mudança de comportamento no meio empresarial, uma vez que a Lei Anticorrupção Brasileira valoriza as empresa que se previnem, ou seja, que agem ou se esforçam para agir de forma correta, através dos programas de compliance e dos acordos de leniência (CAPANEMA, 2014).

5. Conclusão

O presente artigo científico trouxe à baila a temática acerca da responsabilização objetiva das pessoas jurídicas por atos corruptivos, de acordo com a Lei nº 12.846/2013.

Diante disso, na primeira parte, observou-se que a corrupção é um fenômeno complexo, multicausal, amplo e de difícil conceituação ou definição, podendo-se dar a ela tanto um sentido jurídico como político, sociológico, cultural etc. No entanto, pode-se afirmar que a corrupção está ligada à ideia de desonestidade, imoralidade e degradação, envolvendo qualquer locupletamento indevido decorrente da prática de ato ilegal ou antiético em prol da satisfação do interesse particular.

Já na segunda parte, notou-se que, em razão da propagação de práticas ligadas ao suborno, à lavagem de dinheiro e ao enriquecimento ilícito, a partir da década de 1990 a comunidade internacional passou a demonstrar mais preocupação com o mal da corrupção, introduzindo um movimento mundial no sentido de combatê-la. Nesse contexto, verificou-se que o Brasil, aderindo ao esforço internacional no enfrentamento do fenômeno da corrupção, ratificou a Convenção sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), a Convenção Interamericana contra a Corrupção da Organização dos Estados Americanos (OEA) e a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (ONU).

Por outro lado, na terceira parte, constatou-se que, ao promulgar a Lei nº 12.846/2013, que passou a ser denominada Lei Anticorrupção, o Brasil atendeu expressamente às iniciativas internacionais de combate à corrupção, tornando efetiva a sua aderência ao esforço de combater tal patologia.

Nessa linha, ao disciplinar a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas, nas esferas administrativa e civil, pela prática de atos que atentem contra a administração pública nacional ou estrangeira, a Lei Anticorrupção Brasileira constitui um marco no ordenamento jurídico. Considerando-se que a responsabilidade civil objetiva prescinde da culpa e, portanto, restando

comprovado o fato e o nexo causal, a pessoa jurídica será responsabilizada. A mera configuração desses elementos ensejará a responsabilização da empresa, independentemente da pessoa natural que de fato tenha praticado a ação prejudicial à administração pública.

Levantou-se, assim, o seguinte problema: A previsão da responsabilidade objetiva na Lei Anticorrupção Brasileira constitui necessário avanço legislativo em prol do combate à impunidade da pessoa jurídica por atos de corrupção? Inicialmente, vale observar que tanto a Lei de Improbidade Administrativa como a Lei de Licitações e Contratos Administrativos encontram-se escoradas na responsabilidade subjetiva, ou seja, além do dano e do nexo de causalidade, necessitam da comprovação do dolo ou de culpa para a efetiva responsabilização.

Partindo de tal premissa, conclui-se que o ordenamento jurídico carecia de uma legislação que alcançasse a responsabilização objetiva das pessoas jurídicas por atos que afrontassem a administração pública, de modo a prevenir e punir atos de corrupção no âmbito empresarial.

Assim, notou-se que a referida lei, visando a controlar o fenômeno da corrupção no Brasil, que se mostrou inoperante em face da legislação pretérita, inaugurou um sistema diferenciado, disciplinando sanções mais severas, em prol da prevenção, do controle e do combate da corrupção.

Doutra banda, percebe-se que, além de aplicar a responsabilização objetiva das pessoas jurídicas no sentido de prevenir e combater a corrupção no Brasil, faz-se necessário instituir uma mudança comportamental, pautada na ética, na honestidade, na probidade e em bons costumes para que haja a efetiva compreensão, por parte das empresas, de que a corrupção não compensa – muito pelo contrário: acarreta a aplicação de sérias consequências.

Finalmente, pontua-se que o presente artigo científico buscou apenas abordar alguns dos principais aspectos a respeito da responsabilidade objetiva, prevista na Lei Anticorrupção Brasileira, inexistindo, dessa forma, o objetivo do esgotamento do tema.

6. Referências

ARAUJO, Felipe Dantas. Corrupção e novas concepções de direito punitivo: rumo a um direito de intervenção anticorrupção? **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 8, n. 2, jul./dez. 2011.

BRASIL. **Decreto nº 3.678, 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. [Entrou em vigor: 23 de outubro de 2000.]

_____. **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. [Entrou em vigor: 14 de dezembro de 2005.]

BEZERRA, Marcos Otávio. **Corrupção**: um estudo sobre poder público e relações pessoais no Brasil. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1995.

BOTELHO, Ana Cristina Melo de. **Corrupção política**: uma patologia social. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

CAPANEMA, Renato de Oliveira. Inovações da lei nº 12.846/2013. In: NASCIMENTO, M. D. do (Org.). **Lei anticorrupção empresarial**: aspectos críticos à lei nº 12.846/2013. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

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

GARCIA, Emerson. **Improbidade administrativa**. 7. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

GRECO FILHO, V.; RASSI, J. D. **O combate à corrupção e comentários à lei de responsabilidade das pessoas jurídicas (lei nº 12.846/2013, de 1º de agosto de 2013)**: atualizado de acordo com o decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015. São Paulo: Saraiva, 2015.

HEINEN, Juliano. **Comentários à lei anticorrupção**: lei nº 12.846/2013. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

JESUS, Damásio E. de. **Imputação objetiva**. São Paulo: Saraiva, 1995.

LEAL, Rogério Gesta. **Patologias corruptivas nas relações entre estado, administração pública e sociedade**: causas, consequências e tratamentos. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2013.

MENEGUELLO, Rachel. O lugar da corrupção no mapa de referências dos brasileiros: os aspectos da relação entre corrupção e democracia. In: AVRITZER, L.; FILGUERAS, F. (Org.). **Corrupção e sistema político no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2011.

NASCIMENTO, Melillo Dinis do. O controle da corrupção no Brasil e a lei nº 12.846/2013: lei anticorrupção. In: NASCIMENTO, M. D. do (Org.). **Lei anticorrupção empresarial**: aspectos críticos à lei nº 12.846/2013. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Corrupção e anticorrupção**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PETRELLUZZI, Marco Vinício; RIZEK JÚNIOR, Rubens Naman. **Lei anticorrupção**: origens, comentários e análise da legislação correlata. São Paulo: Saraiva, 2014.

RAMINA, Larissa L. O. **Ação internacional contra a corrupção**. Curitiba: Juruá, 2008.

SILVA, Marcos Fernandes Gonçalves. A economia política da corrupção. Estudos Econômicos da Construção (1996). Disponível em: <www.transparency.org>. Acesso em: 18 abr. 2013.

SIMÃO NETO, Calil. **Improbidade administrativa**: teoria e prática: de acordo com a lei nº 12.846 de 1º de agosto de 2013, com a lei complementar nº 135 de junho de 2010: ficha limpa. 2. ed. Leme: J. H. Mizuno, 2014.

SOUZA, Jorge Munhós de. Responsabilização administrativa na lei anticorrupção. In: QUEIROZ, R. P; SOUZA, J. M. de (Org.). **Lei anticorrupção**. Salvador. Bahia: Editora JusPodivm, 2015.

O CONTROLE JUDICIAL DAS ESCOLHAS ORÇAMENTÁRIAS: APONTAMENTOS ACERCA DOS ARGUMENTOS UTILIZADOS PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (RS) PARA FUNDAMENTAR A INTERFERÊNCIA ATRAVÉS DO COMPROMETIMENTO COM DECISÕES JUDICIAIS

Sabrina Santos Lima¹
Roberta de Moura Ertel²

1 Mestranda no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direitos Sociais e Políticas Públicas da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC (Santa Cruz do Sul, RS, Brasil), na linha de pesquisa Constitucionalismo Contemporâneo. Bolsista PROSUC/CAPES. Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Membro do Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta: uma proposta de discussão da legitimidade e dos limites da jurisdição constitucional – instrumentos teóricos e práticos”, vinculado ao CNPq e coordenado pela professora Pós-Drª Mônia Clarissa Hennig Leal. E-mail: sa._94@hotmail.com.

2 Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), na linha de pesquisa Constitucionalismo Contemporâneo. Bolsista PROSUC/CAPES, modalidade II. Advogada. E-mail: roberta.ertel@gmail.com

Resumo

Está presente no cenário brasileiro a insatisfação da população com os serviços prestados pelo Poder Público, no que tange às áreas da saúde e da educação, direitos fundamentais sociais garantidos pela Constituição Federal de 1988. Dessa forma, o Poder Judiciário não raras vezes é chamado a intervir na ceara administrativa, com o intuito de se verem garantidos esses direitos. Ocorre que, a intervenção judicial nesse âmbito trata-se justamente de uma intervenção nas escolhas orçamentárias, pois reflete diretamente no orçamento público, matéria reservada, a priori, aos Poderes Legislativo e Executivo. Dessa forma, considerando o princípio da separação dos poderes, se questiona a possibilidade, ou não, da intervenção judicial no orçamento público, quando em jogo o direito à saúde e à educação. Assim, procurando responder a problemática suscitada, o presente artigo tem como objetivo analisar criticamente os argumentos utilizados pela jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul - TJRS, que justifiquem uma intervenção no orçamento, quando em pauta os direitos citados. Para tanto, por meio da metodologia dedutiva, se discorrerá acerca do que compõe o orçamento público brasileiro e de todas as suas espécies de controle, bem como se apresentará a posição doutrinária acerca das possibilidades de intervenção judicial. Por fim, examinar-se-á as principais decisões proferidas pelo TJRS quando da intervenção no orçamento público, a partir de uma análise crítica dos argumentos utilizados em ações que versam sobre o fornecimento de medicamentos e disponibilização de vagas em creche. A partir dessa análise será possível concluir que o entendimento predominante no TJRS, nestes casos, é de que a intervenção jurisdicional no orçamento não ofende, por si só, a discricionariedade administrativa, na medida em que essa intervenção ocorre justamente com o intuito de garantir direitos básicos calçados no mínimo existencial.

Palavras-chave: controle do orçamento público; direito à educação; direito à saúde; intervenção judicial; previsão orçamentária.

Abstract

There is in the Brazilian scenario a dissatisfaction of the population with the services provided by the public power, in the areas of health and education, fundamental social rights guaranteed by the Federal Constitution of 1988. In this way, the Judiciary is often called upon to intervene in the administrative area, with the purpose of guaranteeing these rights. However, judicial intervention in this area is precisely an intervention in budget choices, as it reflects directly in the public budget, a matter reserved, a priori, to the Legislative and Executive Powers. Thus, considering the principle of separation of powers, the possibility of judicial intervention in the public budget is questioned, when the right to health and education is in question at stake. Looking to respond to the problems raised, the purpose of this article is to analyze critically the arguments used by the jurisprudence of the Court of Justice of the State of Rio Grande do Sul, that justify an intervention in the budget, when the abovementioned rights. To do so, through the deductive methodology, it will discuss what compose the Brazilian public budget and all its species of control, as well as to present the doctrinal position on the possibilities of judicial intervention. Finally, it will examine the main decisions issued by the Court of Justice when intervening in the public budget, from a critical analysis of the arguments used in actions that deal with the supply of medicines and availability of vacancies in Children's School. From this analysis it will be possible to conclude that the predominant understanding from Court, in these cases, is that judicial intervention in the budget does not of itself offend the administrative discretion, so far as this intervention takes place precisely with the purpose of guaranteeing basic rights based on the minimum existential.

Keywords: public budget control; right to education; right to health; judicial intervention; budget forecast.

1. Introdução

O presente artigo visa a analisar os argumentos utilizados pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJ-RS) quando da justificativa para intervenção judicial no orçamento público, a partir do posicionamento doutrinário acerca da matéria. Para enfrentamento do tema, tem-se como objetivo analisar o posicionamento do TJ-RS quando provocado a decidir acerca de matérias que envolvam a defesa do direito à saúde e à educação, que venham a impactar diretamente no orçamento público.

Nos dois primeiros tópicos do presente artigo, discorreremos sobre a composição do orçamento público e as possibilidades de seu controle, bem como a legitimidade da intervenção judicial, de acordo com posicionamento doutrinário.

Por meio de análise qualitativa, no último tópico deste artigo se buscará compreender os principais argumentos utilizados pelo Tribunal de Justiça gaúcho para justificar a intervenção do Poder Judiciário nas escolhas orçamentárias, a fim de se garantir os direitos constitucionais à saúde e à educação, por meio de pesquisa jurisprudencial utilizando-se as expressões “previsão orçamentária” e “intervenção judicial orçamento público”. O resultado da primeira busca versará sobre os principais posicionamentos, a fim de justificar a intervenção judicial no orçamento, no que se refere ao direito básico e fundamental à saúde, e o segundo termo trará resultados na esfera do direito à educação, primordialmente à educação infantil.

No que tange ao direito à saúde, foram trazidos os argumentos retirados de casos concretos que versam sobre o fornecimento de medicamentos pelo ente público municipal ao cidadão, e, no que se refere ao direito à educação, se discorreu sobre a disponibilização de vaga em estabelecimento de educação infantil pelo município.

2. Das possibilidades de intervenção nas escolhas orçamentárias

Neste tópico se discorrerá acerca do que compõe o orçamento público, bem como sua correspondente concretização (satisfatória ou não) e as possibilidades de controle e fiscalização do orçamento, quais sejam: interna, externa, social e judicial. Para tanto, inicialmente, é de suma importância mencionar que o orçamento público é a forma pela qual o governo estima as receitas que virá a arrecadar e fixa os gastos que presume realizar durante o ano. Isto é, o orçamento faz parte do planejamento, sendo que também analisa as políticas públicas, ordenadas segundo sua prioridade, e as seleciona para integrar específico plano de ação do governo, nos limites dos recursos disponíveis (CREPALDI, 2013).

É necessário pontuar que o sistema orçamentário brasileiro é composto da seguinte forma: a Lei Orçamentária Anual (LOA), a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e o Plano Plurianual (PPA), de acordo com previsão contida nos arts. 165 a 169 da Constituição Federal.

A LOA compreende três contas, mesmo sendo considerada um único orçamento, quais sejam: o orçamento fiscal (sendo os tributos sua principal fonte); o orçamento de investimento das empresas (demonstra, em suma, a aplicação de recursos no capital social das empresas estatais); e o orçamento da seguridade social (por meio dos recursos nele previstos é que o ente público deve prestar serviços relevantes à população, como saúde, previdência e assistência social) (CREPALDI, 2013).

A Lei Complementar nº 101/2000, mais conhecida como Lei de Responsabilidade Fiscal, discrimina o que deverá conter na LOA em seu art. 5º (BRASIL, 2000), sendo disciplinadas pelo art. 167 da Constituição Federal as vedações no que se refere ao conteúdo da Lei Orçamentária Anual (BRASIL, 1988).

O PPA, por sua vez, que tem vigência de quatro anos, estabelece objetivos, diretrizes e metas da administração para as despesas de capital e programas de duração continuada,

configurando, assim, um planejamento de médio prazo. Já a LDO é elaborada anualmente, e tem por objeto o detalhamento das metas e das prioridades da administração para o ano subsequente, bem como objetiva orientar a elaboração da LOA (CREPALDI, 2013).

Todavia, lamentavelmente, o orçamento ainda não espelha um plano de ação de governo que seja de fato referendado pela sociedade (isto é, referendado de forma prévia e democrática), eis que há desvios na realização de gastos públicos, sem falar nas inúmeras emendas feitas na LOA após a sua aprovação, quase que de forma arbitrária, que ora não será objeto de estudo aprofundado. Mesmo assim, tendo em vista que o dirigente público não poderá praticar atos não autorizados em lei e que não objetivem o interesse público é que se faz necessário o exercício de controle sobre a execução das escolhas orçamentárias, a fim de que se observe a preservação da finalidade pública da destinação de recursos.

Restou previsto no art. 70 da Constituição Federal que a fiscalização quanto à legitimidade, legalidade, economicidade, renúncia de receitas e aplicação das subvenções será exercida pelo Congresso Nacional (em âmbito federal), correspondendo ao controle externo, bem como pelo sistema de controle interno do poder respectivo. Do mesmo modo, constante no art. 71 da CF, há a determinação de que o controle externo será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas (BRASIL, 1988).

O controle externo, como doutrina Borges (2014), tem por objeto a apreciação de contas do chefe do Poder Executivo, bem como desempenha a atividade de auditoria financeira e orçamentária, apreciando a legalidade dos atos de admissionais, e julgamento de contas dos administradores e demais responsáveis por valores e bens. No que se refere a essa espécie de controle, cabe ao Tribunal de Contas, em caso de apurada ilegalidade de despesas ou irregularidade de contas, aplicar sanções aos responsáveis, como multas ou exigência de providências, bem como representar junto ao Ministério Público sobre a irregularidade ou abuso encontrados (CREPALDI, 2013).

O controle interno, por sua vez, referido pela parte final do art. 70 da Constituição Federal, tem por objetivo avaliar o cumprimento das metas previstas no PPA, a execução dos programas governamentais e dos orçamentos, bem como avaliar os resultados referentes à eficácia e à eficiência da gestão orçamentária nos órgãos e nas entidades, e a aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado (CREPALDI, 2013). Entretanto, ainda para Crepaldi (2013, p. 143), “na realidade a atuação do sistema de controle interno no país é praticamente inexistente”.

Existe também o controle social, aquele previsto no § 2º do art. 74 da Constituição Federal, que determina que “qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União” (BRASIL, 1988). Resta previsto no art. 73-A da Lei de Responsabilidade Fiscal que qualquer uma das partes mencionadas no dispositivo constitucional supra, também é parte legítima para denunciar junto ao Tribunal de Contas ou o Ministério Público o descumprimento das prescrições previstas na legislação (BRASIL, 2000). Para Borges (2014), o controle social se manifesta por meio de iniciativas individuais ou coletivas dos cidadãos (ação popular), pela participação em audiências públicas e por meio de representação ao Ministério Público e o Tribunal de Contas competentes.

Todavia, consoante o já supra referido, há desvios na realização dos gastos públicos, bem como, por vezes, inobservância de real cumprimento das necessidades públicas, existindo diversas omissões estatais na prestação de serviços públicos essenciais e programas voltados à efetivação de políticas públicas, o que acaba sendo trazido ao Poder Judiciário, chamado a intervir, justamente, quando do exercício do controle social das escolhas orçamentárias. Ocorre que, com a consagração dos direitos sociais pela Constituição de 1988, se passou a exigir do Estado uma prestação positiva por parte do administrador público, sendo a criação de políticas públicas e a previsão de suas respectivas dotações orçamentárias instrumentos fundamentais

para a concretização desses direitos, buscando-se pela satisfação do mínimo existencial (PISCITELLI, 2014).

3. Da legitimidade do controle judicial do orçamento

O gestor público tem discricionariedade administrativa, e certa liberdade de atuação e escolha acerca da aplicação dos recursos públicos. Todavia, tal discricionariedade está sujeita a limitações, dentro dos parâmetros constitucionais. Cabe ao Judiciário fiscalizar a adequação das escolhas feitas pelos poderes que têm como atividade a instituição de políticas governamentais que promovam os direitos fundamentais da melhor forma possível (ÁVILA, 2016). Os parâmetros constitucionais previstos, assim, devem exercer limites à liberdade de elaboração da lei orçamentária anual.

Portanto, tendo em vista que o orçamento público é considerado lei, o seu correspondente descumprimento (quando da sua execução) é relevante para análise do Poder Judiciário. Dessa forma, é possível afirmar que o controle judicial da execução orçamentária envolve a revisão das decisões dos poderes Legislativo e Executivo no que se refere à previsão de créditos orçamentários e à execução de suas respectivas dotações, com a intenção de implementar políticas públicas relacionadas aos direitos sociais prestacionais (RAMALHO, 2009).

É importante referir que muitas vezes se trata não somente de poder/legitimidade, mas de dever de atuação do Poder Judiciário nas escolhas orçamentárias, posto que tem como competência a proteção dos direitos e das garantias fundamentais, exercida a partir dos controles de legalidade e constitucionalidade. Isto é, quando se verifica a ofensa ou a tutela insuficiente desses direitos por parte dos poderes Executivo ou Legislativo, principalmente quando estão em jogo direitos sociais básicos relacionados ao mínimo existencial, como saúde e educação, não seria apenas uma questão de legitimidade da

intervenção do Judiciário na seara administrativa, mas sim de um dever. Isso, veja-se, considerando que “Legislativo e Executivo procuram atingir a eficiência e os tribunais procuram atingir a legalidade” (BITENCOURT, 2013, p. 242).

Assim, de início, destaca-se o controle que, embora não esteja ligado diretamente ao orçamento público, com ele tem relação, pois reflete diretamente nos recursos públicos: o controle dos critérios técnicos de distribuição de serviços públicos. Dentro desses critérios técnicos, estão os operacionais e os políticos. Estes, a princípio, não podem ser alvo de ação judicial, eis que estão dentro da discricionariedade do agente público, no que se refere à conveniência e à oportunidade, exceto no que versa acerca do que o próprio legislador permitiu à atuação judicial, por exemplo, o ensino fundamental obrigatório. Já acerca dos operacionais, existe maior sensibilidade para revisão judicial, caso contrariem regras ou princípios legais/constitucionais, como restrição de serviços públicos com base em etnia ou raça, o que representa violação estatal da proibição de discriminação, sendo que poderá ser revista pelo Judiciário (LEITE, 2011).

Verifica-se, dessa forma, que incidem critérios distintos para o controle dos atos discricionários e dos atos vinculados. Atos discricionários são atos tomados com base em conveniência e oportunidade, permitindo um poder maior de escolha por parte dos agentes públicos, ao passo que atos vinculados estão atrelados a determinada previsão legal, cabendo apenas aos agentes executar o que determina a lei, havendo pouco espaço para escolhas políticas. Sendo assim, considerando o princípio da separação dos poderes, pode-se dizer que a intervenção do Judiciário nos atos discricionários é mais questionável, haja vista a ampla liberdade de atuação do Executivo e Legislativo nesse âmbito, ao passo que o mesmo não ocorre quando se está diante de atos vinculados que não refletem a exata determinação legal, pois é justamente nesses casos em que se faz não somente possível, mas sim necessário o controle judicial (BITENCOURT, 2013).

Também cabe ressaltar o entendimento de Leite (2011) de que quanto mais claro estiver na Constituição o direito que deve

ser protegido, por expressa menção positivada pelo legislador, maior a possibilidade de o Poder Judiciário vir a interferir no orçamento visando a sua proteção, e quanto menos estiver expresso o respectivo direito, maior a liberdade do agente político na aplicação do recurso.

É ainda oportuno discorrer acerca da atuação judicial quanto à alegada falta de recursos públicos previstos. Para Ramalho (2009), é possível listar três principais motivos que ensejam na não liberação prevista de receitas estimadas no orçamento, quais sejam: 1) problemas financeiros vindos da insuficiência da arrecadação esperada; 2) problemas técnicos que venham a dificultar o fornecimento da prestação exigida pelo direito fundamental em voga; e 3) o exercício do poder discricionário administrativo no contingenciamento de recursos. Quando se tratar de problemas financeiros, o controle judicial poderá não refletir na revisão das escolhas orçamentárias, já que se trata de uma circunstância que justifica a não liberação das dotações previstas. Por outro lado, é importante um olhar sistemático, tendo em vista que muitas vezes, embora não haja recursos disponíveis em determinada Pasta, há em outra não tão essencial, verificando-se aí a possibilidade de alocação de recursos de uma rubrica para outra (KELBERT, 2011).

Em se tratando de problemas técnicos, que “podem ocorrer se, apesar da previsão de recursos suficientes, a Administração ainda não contar com um meio tecnicamente adequado para fornecer o serviço ou a prestação” (RAMALHO, 2009, p. 89), a revisão das escolhas orçamentárias deverá ser mais cautelosa, observando-se os limites práticos e materiais do gestor público. Doutro modo, se se tratar da discricionariedade administrativa, esta tem lugar de forma concomitante à execução da própria dotação orçamentária ou em momento posterior, tendo como objeto o controle judicial avaliar a sustentabilidade jurídica do ato discricionário praticado no que se refere ao dito contingenciamento (RAMALHO, 2009).

Importante ressaltar que, no que se refere às dotações orçamentárias relacionadas aos direitos fundamentais e sociais, “a vinculação prima facie revela-se ainda mais evidente” (RAMA-

LHO, 2009, p. 90), tendo em vista que o § 2º do art. 9º da Lei de Responsabilidade Fiscal excetua as obrigações constitucionais e legais do ente (BRASIL, 2000), em meio às quais se inclui o atendimento aos direitos sociais, principalmente no que se refere à saúde e à educação, eis que nessas áreas há um percentual mínimo de recursos a ser necessariamente aplicados.

Em suma,

[...] cada situação específica demanda análise detida, que, diga-se, deve ser normativa e faticamente estudada, visto que apenas referindo-se à lei orçamentária e à disponibilidade de recursos é que se poderá solucionar a pretensa intromissão judicial nas questões políticas. (LEITE, 2011, p. 235).

Para Maurício Júnior (2007), não há a possibilidade de determinar impositivamente quais os critérios suficientes para resolver qualquer questão que seja relativa à implementação de prestações estatais ou de intervenção no orçamento público, já que isso iria de encontro à ideia da indeterminação do direito. Mesmo assim, existe a possibilidade de apresentar alguns parâmetros que venham a limitar a atuação do Judiciário (a fim de resguardar a democracia e a divisão dos poderes), mas que, ao mesmo tempo, venha a proteger a força normativa da Constituição. Diante da ausência de determinação de critérios estáticos para possibilidade de controle jurisdicional, serão analisados os argumentos utilizados pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul quando da efetiva intervenção judicial no orçamento público.

4. Dos argumentos do tribunal de justiça que fundamentam a intervenção judicial no orçamento público: uma análise crítica da jurisprudência

O presente tópico tem como objetivo averiguar e compreender quais são os principais argumentos utilizados pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul para justificar, ou não, a intervenção do Poder Judiciário nas escolhas orçamentárias, a fim de se garantir o direito à saúde e à educação. A pesquisa trata-se de uma análise meramente exemplificativa e foi realizada no dia 10 de julho de 2017, no site do TJ-RS (www.tjrs.jus.br), sendo que inicialmente foram procuradas as seguintes expressões: “controle jurisdicional do orçamento público”; “controle judicial do orçamento”; “intervenção judicial nas escolhas orçamentárias”. Entretanto, os resultados não se mostraram satisfatórios, ou por apresentarem um número reduzido de decisões, ou por apresentarem decisões cujo tema não tivesse relação significativa com a busca desejada.

Dessa forma, tentou-se a busca pela expressão “previsão orçamentária” (com aspas), e foram encontradas inúmeras decisões que versavam sobre o tema, especificamente sobre o direito à saúde. A busca se deu no campo “pesquisa de jurisprudência”, abrangendo o período de 10/6/2017 a 10/7/2017, encontrando-se 36 (trinta e seis) decisões. Das decisões encontradas, 19 (dezenove) não foram analisadas por não se enquadrarem no tema estudado, haja vista tratarem de assuntos aleatórios, que não o direito à saúde ou à educação, como pedidos de pensão por morte, restando, portanto, 17 (dezesete) decisões.

Ademais, procurando uma forma de complementação do estudo, tentou-se também a busca pela expressão “intervenção judicial orçamento público” (sem aspas), na qual foram encontradas decisões acerca do direito à educação. Assim, foram analisadas também as decisões encontradas a partir dessas palavras-chaves. A busca se deu no campo “pesquisa de juris-

prudência”, abrangendo o período de 23/3/2017 a 10/7/2017, sendo encontradas 10 (dez) decisões.

Quanto à primeira expressão, das 17 (dezesete) decisões analisadas, todas admitiram a intervenção judicial nas escolhas orçamentárias, pelos argumentos que serão analisados mais adiante. Importante ressaltar que, tendo em vista que refletem os argumentos constantes nos demais acórdãos, resumindo o entendimento adotado pelo Tribunal, nas próximas linhas serão abordadas apenas 4 (quatro) decisões: Agravo de Instrumento nº 70074132275; Apelação nº 70073682189; Apelação nº 70073611014; e Apelação nº 70073278814.

A primeira decisão trata-se de Agravo de Instrumento de nº 70074132275, interposto pelo município de Panambi, que visa à modificação da sentença que obrigou o município a fornecer medicamento para paciente com hipertensão pulmonar primária. O agravante alegou a ilegitimidade passiva, sustentando a obrigação do Estado e da União em custear o medicamento por se tratar de doença de alta complexidade (hierarquização do Sistema Único de Saúde); alegou a incidência da reserva do possível, diante da escassez dos recursos; invocou o Tema Repetitivo nº 6/STJ; negou que o Poder Judiciário possa proceder à tarefa de administração de recursos públicos destinados à saúde, pois cabe ao Executivo realizar essa atividade respeitando o princípio da legalidade, e traz que o Estado não pode fornecer tratamentos de maneira ilimitada, haja vista que não há recursos para todos (BRASIL, 2017).

O Tribunal de Justiça, por sua vez, afastou as alegações elencadas pelo município, argumentando em defesa da concretização do direito à saúde, por ser um direito fundamental assegurado pela Constituição Federal. Assim, o Tribunal negou provimento ao recurso, sustentando que se trata de responsabilidade solidária entre os entes federados, não podendo o município se eximir da sua obrigação em razão da hierarquização do Sistema Único de Saúde; asseverou que, embora haja o Tema Repetitivo nº 6/STJ, que determinou a

[...] suspensão nacional de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos que tratam da obrigação do poder

público no fornecimento de medicamentos não contemplados pelo Sistema Único de Saúde (SUS), restou determinado que não há óbice para a concessão de tutelas provisórias urgentes, no caso de estarem cumpridos os requisitos do artigo 300 do Código de Processo Civil. (BRASIL, 2017).

Ademais, defendeu que é obrigação dos entes garantir o direito à saúde, principalmente às pessoas carentes que tenham difícil acesso ao tratamento recomendado; e afirmou que a reserva do possível e a escassez dos recursos não são argumentos suficientes para afastar essa obrigação, por se tratar de um direito fundamental básico e indispensável (BRASIL, 2017).

O próximo julgado trata-se da Apelação de nº 70073682189 interposta pelo estado do Rio Grande do Sul e pelo município de Santo Antônio da Patrulha, visando à modificação da sentença de primeiro grau que condena os entes a custear o fornecimento de medicamento para a parte portadora da doença alopecia androgenética feminina. Alegam a ilegitimidade passiva; não reconhecem o direito subjetivo à saúde, no tocante ao fornecimento de medicamentos ou à internação, por se tratar de normas programáticas, sem eficácia imediata, não sendo competência do Poder Judiciário a desconcentração de obrigações orçamentárias; sustentam que não há previsão orçamentária para os casos individuais levados ao Judiciário, cabendo ao Executivo a escolha de onde aplicar os recursos; invocam a escassez dos recursos; defendem a independência do Poder Executivo quanto à administração dos recursos públicos destinados à saúde; e, por fim, asseveram que essas despesas (verbas públicas) devem estar previstas em lei orçamentária (BRASIL, 2017).

O Tribunal, nesse caso, afastou os argumentos apresentados pelos apelantes, sustentando que se trata de responsabilidade solidária, bem como que o direito pleiteado refere-se ao direito à saúde e à vida, protegidos constitucionalmente; destacou que a atuação do Poder Judiciário não ofende a independência do Poder Executivo no que tange à administração de verbas públicas destinadas à saúde, quando ficar caracterizada ação ou omissão do ente público capaz de violar direitos fundamentais, principalmente a dignidade da pessoa humana; por fim, deixou

claro que não merecem prosperar os argumentos da ausência de previsão orçamentária e da reserva do possível, pois não podem ser utilizados como justificantes das gestões ineficientes, haja vista que “políticas públicas que não concretizam os direitos fundamentais inerentes à dignidade da pessoa humana desatendem o mínimo existencial, assegurado pela Carta Magna” (BRASIL, 2017).

A decisão seguinte refere-se à Apelação de nº 70073611014, interposta por Eva da Aparecida Bairros de Almeida Stroher, no intuito de ver reformada a sentença de primeiro grau que julgou improcedente o seu pedido de obrigação de fazer em face do estado do Rio Grande do Sul, para fornecer o medicamento cymbalta 60 mg para tratamento de fibromialgia. A parte sustentou ser carente/hipossuficiente, não sendo capaz de arcar com os custos do medicamento. Alegou que o direito à saúde é um direito constitucional previsto na Constituição Federal, e que é responsabilidade do Estado garanti-lo (BRASIL, 2017).

O Tribunal do estado julgou procedente a apelação, reformando a sentença de primeiro grau, e determinou, portanto, o custeio do medicamento pelo Estado. O Tribunal sustentou que direito à saúde é um direito básico garantido pela Constituição Federal; que ficou comprovado que a apelante tem a doença alegada, é hipossuficiente e necessita do medicamento requerido; que a Lei Estadual nº 9.908/93 “expressamente impõe a atribuição de fornecer medicamentos excepcionais, bem como fornecimento de tratamento médico, para pessoas carentes”; afastou o argumento utilizado pelo Estado da falta de previsão orçamentária e reserva do possível, colocando que o direito à saúde se sobrepõe a essas questões (BRASIL, 2017).

O julgado seguinte trata-se da Apelação de nº 70073278814, interposta pelo município de Santo Antônio da Patrulha contra sentença que julgou procedente o pedido do autor que pleiteava o fornecimento do medicamento clortalidona 25 mg, para tratamento de glaucoma e hipertensão essencial. O município alegou ilegitimidade passiva; salientou que os recursos são limitados, não sendo possível o atendimento de todos os pleitos sem que haja um “grave prejuízo a seu balanço patrimonial”; e

defendeu não ser possível o Poder Judiciário interferir na seara administrativa, sob pena de ofensa ao princípio da separação dos poderes. (BRASIL, 2017).

Nesse caso, o Tribunal, mais uma vez, negou provimento ao recurso, mantendo a sentença em favor da parte autora, pois verificou que o autor é portador da doença referida, que necessita do medicamento e que é pessoa humilde, incapaz de custear o tratamento; sustentou novamente a responsabilidade solidária dos entes, quando em pauta o direito à saúde; e argumentou que

[...] descabe falar em interferência indevida na discricionariedade municipal, ou invasão das competências do Poder Executivo. Isso porque, em se falando de saúde pública, a função do Poder Judiciário encontra-se diretamente atrelada ao cumprimento de imperiosas regras constitucionais, aplicando-se a lei a fim de garantir aos cidadãos a tutela e o acesso ao direito à saúde, cujo descumprimento resulta em uma afronta à nossa Carta Magna, a qual consagra, em seu próprio preâmbulo, o direcionamento do Estado Democrático para a proteção e a manutenção do bem estar social. (BRASIL, 2017).

Ademais, o juízo defendeu a possibilidade de intervenção judicial nas escolhas orçamentárias quando se verificar ameaça de violação a direitos fundamentais, principalmente à dignidade, pilares do Estado democrático de direito. Não bastasse isso, outro argumento utilizado se deu no sentido de que as decisões judiciais objetivam “tutelar direitos nos casos em que o Poder Executivo não atua da forma devida”, não havendo que se falar em ilegalidade ou inconstitucionalidade das decisões judiciais. Por fim, alegou novamente que não merecem êxito o argumento da ausência de previsão orçamentária e a reserva do possível, pois não são capazes de afastar a obrigação constitucional do direito à saúde:

[...] o custo do tratamento medicamentoso, isoladamente, não confere ao Município apelante o direito de esgrimir a pretensão da autora sob o argumento de ofensa à reserva do possível, máxime porque seu valor não traduz monta capaz de inviabilizar-lhe financeiramente, bem como que

tal teoria não pode servir de autorização ao ente público para limitar o direito à saúde de forma a ofender o mínimo existencial, núcleo duro (básico) dos direitos fundamentais. (BRASIL, 2017).

As demais decisões analisadas, conforme já mencionado, também se referem a pedidos de fornecimento de medicamentos ou tratamentos de saúde, sendo que o Tribunal adotou o mesmo posicionamento em todas elas, qual seja: a possibilidade de intervenção judicial nas escolhas orçamentárias, quando em jogo o direito fundamental à saúde, pelos argumentos desenvolvidos acima. Assim, pode-se dizer que os motivos que permitem essa intervenção judicial, conforme entendimento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, têm como fundamento principal os seguintes fatores:

1. o direito à saúde é um direito básico e fundamental garantido a todos pela Constituição Federal;
2. quando o Poder Executivo demonstra uma gestão ineficiente, incapaz de garantir um dos direitos mais básicos do homem, se faz possível a interferência do Judiciário;
3. não há afronta ao princípio da separação dos poderes, haja vista que o direito em tela tem previsão constitucional e merece ser assegurado, sob pena de ofensa à Carta Magna e violação de um direito fundamental;
4. deve-se procurar garantir o mínimo existencial, capaz de garantir a dignidade humana;
5. a ausência de previsão orçamentária e a teoria da reserva do possível não são fatores capazes de desobrigar o Poder Público do cumprimento do direito à saúde.

Na mesma esteira, ao analisar as decisões obtidas na pesquisa dos termos “intervenção judicial orçamento público”, das 10 (dez) decisões encontradas, 10 (dez) demonstraram a possibilidade de intervenção judicial. Essas decisões referem-se ao direito à educação, especificamente quanto ao direito à educação infantil (vagas em creches ou pré-escola). Assim sendo, tendo em vista que as decisões trouxeram basicamente os mesmos ar-

gumentos, tomaremos como exemplo apenas uma (Apelação nº 70072392905), com o intuito de se evitar repetitividade.

Trata-se de apelação interposta pelo município de Guaíba, a fim de reformar a sentença que julgou procedente o pedido da parte autora, condenando o município a conceder vaga em estabelecimento de educação infantil. O município menciona a crise econômica atual e a necessidade de acolhimento da teoria da reserva do possível. O Tribunal indeferiu o recurso, mantendo a sentença recorrida. Dentre os argumentos listados, merece destaque o seguinte:

[...] a determinação de fornecimento da vaga em creche não se configura em ingerência indevida na atividade do Poder Executivo. Isso porque os Poderes constituídos somente se legitimam se atuarem em vista da consecução do bem comum, como verdadeiros agentes transformadores da sociedade. Investido nesse papel, o Poder Judiciário, uma vez provocado, não pode quedar inerte diante da ação (ou omissão) do Poder Executivo que, mesmo na esfera discricionária, entra em confronto direto com o ordenamento jurídico e, sobretudo, a Constituição Federal, sob pena de estar negando a prestação jurisdicional, a todos assegurada. (BRASIL, 2017).

Ademais, o Tribunal sustenta que deve ser afastada a teoria da reserva do possível, ainda que seja de conhecimento da corte a limitação dos recursos e as restrições financeiras e orçamentárias, na medida em que se trata de um direito essencial conferido a crianças e adolescentes, que, portanto, deve ser tratado com prioridade absoluta.

Dito isso, é possível afirmar que não vêm prosperando perante o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul argumentos calcados na teoria da reserva do possível, na ausência de previsão orçamentária ou na violação ao princípio da separação dos poderes, quando se tem como pauta os direitos fundamentais à saúde e à educação. Restou comprovado, através da análise das 27 (vinte e sete) decisões, que o Tribunal admite a intervenção do Judiciário nas escolhas orçamentárias, quando não se verifica uma atuação satisfatória por parte do

Poder Público, isto é, quando o Executivo não procura garantir, por iniciativa própria, direitos fundamentais básicos.

5. Conclusão

A partir do referencial bibliográfico, foi possível concluir que o “orçamento público” subdivide-se em 3 (três) leis: Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO), Lei Orçamentária Anual (LOA) e o Plano Plurianual (PP). Essas leis são as que autorizam os gastos públicos, devendo estar próximas com a realidade fática, de modo que não haja superestimação de receitas e/ou contingenciamento de despesas, tendo em vista que quanto mais distante da realidade, mas difícil o cumprimento das promessas (expectativa) e do planejamento previsto. Ocorre que, muitas vezes, o orçamento público não é uma fiel representação da vontade popular, motivo pelo qual se faz necessário o seu controle, que pode se dar das seguintes formas: externo, interno e social.

Ademais, certo é que muitas vezes o Estado é omisso quando se trata da garantia de direitos fundamentais, principalmente os de cunho social, que necessitam de uma prestação positiva, e, em razão disso, o Judiciário acaba sendo invocado para intervir e determinar a garantia a esses direitos, por parte do Poder Público. Essa determinação, por sua vez, acaba por interferir diretamente nas escolhas orçamentárias e no orçamento público, haja vista que é necessária a aplicação de recursos públicos para se efetivar direitos dessa natureza, principalmente quando se trata do direito à saúde e à educação.

O presente artigo procurou analisar algumas decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul com o intuito de averiguar a posição adotada no que se refere a essa intervenção judicial nas escolhas orçamentárias, em favor da proteção e garantia desses direitos. Através da análise de 27 (vinte e sete) decisões, 17 (dezesete) sobre o direito à saúde (fornecimento de medicamentos, equipamento hospitalar, tratamentos de saúde), e 10 (dez) sobre o direito à educação (vagas em creches), foi possível concluir que o Tribunal admite a intervenção

judicial nesses casos, ainda que não haja previsão orçamentária, ou ainda que se tenha conhecimento da escassez dos recursos, afastando, portanto, a aplicação da teoria da reserva do possível e negando a ofensa ao princípio da separação dos poderes e à autonomia do Executivo para tratar de questões da seara administrativa.

Por fim, concluiu-se que os principais argumentos adotados pelo Tribunal para admitir a intervenção judicial centram-se na ideia de que os direitos à saúde e à educação são protegidos pela Constituição Federal, e são direitos básicos do homem que garantem, em última análise, a dignidade da pessoa humana. Tal posicionamento vai ao encontro dos ensinamentos doutrinários trazidos, os quais afirmam que, quanto mais claro o direito a ser protegido (neste caso, saúde e educação), maior a possibilidade de intervenção judicial no orçamento, a fim de garantir a proteção desses direitos.

Em razão disso, portanto, não se mostra viável a alegação dos entes públicos da ofensa à discricionariedade administrativa, pois trata-se, aqui, de direitos essenciais calcados no mínimo existencial, isto é, um núcleo duro de direitos fundamentais. Assim, de acordo com o Tribunal, a garantia desses direitos se sobrepõe à problemática financeira e orçamentária, se fazendo possível, e muitas vezes necessária, a ingerência do Judiciário nas escolhas do poder público.

6. Referências

ÁVILA, Ana Paula Oliveira. Reflexões sobre o controle judicial do gasto público no Brasil. **Direito do Estado**, Salvador, n. 105, 11 mar. 2016. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colonistas/Ana-Paula-Oliveira-Avila/reflexoes-sobre-o-controle-judicial-do-gasto-publico-no-brasil>>. Acesso em: 10 jul. 2017.

BITENCOURT, Caroline Müller. **Controle jurisdicional de políticas públicas**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2013. BORGES, Bernardo Regis. **O controle judicial sobre a execução do orçamento**

público: pressupostos e limites para a intervenção judicial nas escolhas orçamentárias. 2014. 97f. Monografia (Bacharel)-Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/37572/21.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 11 jul. 2017.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000.

Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm>. Acesso em: 3 jul. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento nº 70074132275**, 2017. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3A%3Ad1&as_qj=&site=juris&as_epq=&as_oq=&as_eq=&partialfields=n%3A70074132275&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em: 10 jul. 2017.

_____. _____. **Apelação nº 70072392905**, 2017. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3A%3Ad1&as_qj=&site=juris&as_epq=&as_oq=&as_eq=&partialfields=n%3A70072392905&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em: 10 jul. 2017.

_____. _____. **Apelação nº 70073278814**, 2017. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3A%3Ad1&as_qj=&site=juris&as_epq=&as_oq=&as_eq=&partialfield>

s=n%3A70073278814&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em: 10 jul. 2017.

_____. _____. **Apelação nº 70073611014**, 2017. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=-juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=juris&as_epq=&as_oq=&as_eq=&partialfield-s=n%3A70073611014&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em: 10 jul. 2017.

_____. _____. **Apelação nº 70073682189**, 2017. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=-juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=juris&as_epq=&as_oq=&as_eq=&partialfield-s=n%3A70073682189&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em: 10 jul. 2017.

CREPALDI, Silvio Aparecido. **Orçamento público**: planejamento, elaboração e controle. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

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

LEITE, Harrison Ferreira. **Autoridade da lei orçamentária**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

MAURÍCIO JUNIOR, Alceu. A revisão judicial das escolhas orçamentárias e a efetivação dos direitos fundamentais. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, n. 15, jan. 2007.

PISCITELLI, Tathiane **Direito financeiro esquematizado**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

RAMALHO, Paula Afoncina Barros. **O controle judicial das escolhas orçamentárias como estratégia de efetivação de políticas públicas concretizadoras de direitos sociais prestacionais**. Dissertação (Mestrado)- Universidade Federal de Alagoas, Maceió, 2009.

O MÁXIMO EXISTENCIAL COMO FORMA DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO A VAGAS NAS ESCOLAS DE EDUCAÇÃO INFANTIL: UMA ANÁLISE COM BASE NOS JULGADOS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

Carla Luana da Silva¹
Bruna Henrique Hubner²

- 1 Advogada. Mestranda pelo Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), com bolsa PROSUP/CAPES, modalidade Taxa, na linha de pesquisa Constitucionalismo Contemporâneo. Pós-graduanda em Direito Administrativo e Constitucional pela Escola Paulista de Direito (EPD). Integrante do Grupo de Pesquisa "Estado, Administração Pública e Sociedade", coordenado pelo prof. dr. Rogério Gesta Leal, na linha de Patologias Corruptivas, vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da UNISC. E-mail: <carlaluana@unisc.br>.
- 2 Graduanda do Curso de Direito na Universidade de Santa Cruz do Sul. Bolsista de iniciação científica FAPERGS do grupo de pesquisa Estado, Administração Pública e Sociedade, coordenado pelo prof. dr. Rogério Gesta Leal, atuando na linha de pesquisa Patologias Corruptivas, do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da UNISC. E-mail: <bruna.hubner@outlook.com>.

Resumo

O artigo tem como tema central o direito à educação infantil e sua concretização por meio de serviços públicos prestados pelo Estado. A justificativa para tratar do tema deve-se a uma grande demanda de ações intentadas no Poder Judiciário gaúcho buscando vagas em escolas de educação infantil, mostrando que é latente a necessidade do atendimento a esse direito. O problema que envolve este trabalho é discutir a quem compete preservar o máximo existencial na concretização do direito social à educação infantil, previsto na Constituição Federal de 1988. Tendo em vista essa pretensão, chegou-se ao seguinte resultado: compete indubitavelmente ao Poder Público a atuação maximizada na realização plena dos direitos econômicos e sociais. Nesses casos, tornam-se importantes o planejamento e as políticas públicas como instrumentos de promoção universalizada na concretização de um serviço público adequado, no que tange ao oferecimento de vagas em escolas de educação infantil.

Palavras-Chave: Educação infantil; Máximo existencial; Serviços públicos; Vagas.

Abstract

This article focuses on the right to early childhood education and its implementation through public services provided by the State. The justification for dealing with this issue is due to the great demand for lawsuits filed in the Judiciary Power in the state of Rio Grande do Sul seeking vacancies in schools for children, showing latent the need to attend to this right. The problem that involves the work is to discuss to whom it is necessary to preserve the existential maximum in the concretization of the social right to the infantile education, foreseen in the Federal Constitution of 1988? In view of these claims, the following results were achieved: it is undoubtedly for the Public Government to maximize its performance in the full realization of economic and social rights. In these cases, the figures of planning and public policies become important as instruments of universal promotion in the implementation of an adequate public service, with regard to the offer of places in kindergartens.

Keywords: Child education; Maximum existential; Public services; Vacancies.

1. Introdução

O estudo aqui proposto tem como tema central a prestação de serviços públicos de educação infantil pelo Estado, direito fundamental protegido constitucionalmente como um direito social.

Observando pesquisa realizada no Tribunal de Justiça do estado do Rio Grande do Sul, viu-se que é grande a demanda de ações intentadas objetivando oferecimento de vagas nas escolas de educação infantil, na busca da concretização do direito à educação. A falta de vagas nesses estabelecimentos de ensino leva muitas pessoas a recorrer ao Poder Judiciário para efetivação desse direito, um dado relevante a ser observado pelo poder público.

Sob tais circunstâncias, o problema que envolve este trabalho é discutir a quem compete preservar o máximo existencial na concretização do direito social à educação infantil, previsto na Constituição Federal de 1988. O objetivo central é demonstrar a quem constitucionalmente se interpreta a concretização dos mínimos e máximos em torno desse direito, e qual a saída para a resolução desse entrave que preocupa muitos cidadãos e acaba privando muitas crianças do acesso a esse direito.

Para responder a tais indagações, sob o método hipotético-dedutivo, primeiro se analisou a ideia de serviços públicos e sua prestação pelo Estado; na sequência, a concretização do direito social à educação, e a garantia de ensino de qualidade por meio desses serviços; e, por fim, o problema da falta de vagas nas escolas de educação infantil, e o debate sobre a quem compete exercer o máximo existencial na concretização desse direito.

2. Ideia de serviços públicos e sua prestação pelo estado

Diz-se que a estrutura e o funcionamento do Estado brasileiro, como se apresentam contemporaneamente, são fruto de esforços de diferentes atores políticos, econômicos e sociais, e de diferentes regimes políticos. As transformações que foram se constituindo também exigiram a criação de novas instituições para formular e implementar políticas, assim como adaptá-las às novas circunstâncias e ao crescimento das demandas (SOUZA, 2017).

Sobre uma perspectiva histórica, cabe a análise de que a estrutura administrativa do Estado evoluiu seguindo três modelos básicos: o patrimonialista, o burocrático e o gerencial. São modelos organizacionais e relacionais determinantes para as estruturas e os processos de reforma da administração, que ocorreram ao longo dos anos no Brasil.

No modelo patrimonialista tem papel fundamental o patriarcalismo, gerando profundos reflexos sobre o Estado. Aqueles que foram formados por um ambiente familiar patriarcal tinham dificuldade de compreender as diferenças entre o público e o privado. Por essa razão, a gestão política se apresentou para esse funcionário "patrimonial" como assunto de interesse particular, onde a condução, tanto do Estado como de suas instituições, é realizada sobre a ótica de relações pessoais e afetivas.

O modelo burocrático é atribuído a Max Weber, um modelo organizacional que, segundo Secchi (2009), desfrutou de notável disseminação nas administrações públicas durante o século XX, em todo o mundo. Foi a primeira reforma burocrática na administração pública, que rejeitou o modelo de administração patrimonialista, tornando-a profissional.

Ao desenvolver seu modelo de dominação, Weber atribuiu à autoridade a característica de ser a fonte de poder das organizações burocráticas, emanando das normas e das instituições formais. "A partir desse axioma fundamental derivam-se as três

características principais do modelo burocrático: a formalidade, a impessoalidade e o profissionalismo” (SECCHI, 2009, p. 351). Pode-se dizer ainda que a preocupação com a eficiência organizacional é o norte desse modelo.

Muitas críticas foram atribuídas ao modelo burocrático, surgindo posteriormente tentativas de modelos pós-burocráticos de organização.

No desenvolver, tem-se, então, a administração pública gerencial. Na segunda metade da década de 1980, surge a segunda grande reforma do aparelho do Estado moderno, também chamada de reforma da gestão pública, inspirada nas estratégias de gestão das empresas privadas.

O modelo de administração pública gerencial será, então, um modelo normativo pós-burocrático para a estruturação e a gestão da administração pública baseado em valores de eficiência, eficácia e competitividade, com o intuito de tornar os serviços sociais universais mais eficientes. Autores como Secchi (2009) vão entender que os novos modelos que foram surgindo compartilhariam características essenciais com o modelo burocrático, não sendo, desse modo, modelos de ruptura.

Segundo Bresser Pereira (2017), a reforma gerencial tem como objetivo tornar os gerentes dos serviços responsáveis por resultados, em vez de obrigados a seguir regulamentos rígidos; premiar os servidores por bons resultados e punir pelos maus; realizar serviços que envolvem poder de Estado por meio de agências executivas e reguladoras; e manter gratuitos os grandes serviços de consumo coletivo, mas transferir sua oferta para organizações sociais, ou seja, para provedores públicos não estatais que recebem recursos do Estado e são controlados por meio de contrato de gestão.

Nesse cenário, o autor entende que a reforma gerencial viria para mudar a oferta dos serviços públicos, principalmente dos serviços sociais destinados à educação, à saúde e à previdência social. Como o intuito é analisar o direito à educação e sua prestação pelo Estado, torna-se relevante analisar do que se trata o serviço público, instrumento de concretização desse direito.

Habermas (1997) ensina que o direito é considerado um discurso que coordena ações de pessoas que têm um mundo comum, mas não cosmovisões. Quando se está definindo um direito como fundamental, está se coordenando ações por meio da linguagem. Quem vai coordenar essas ações será o poder público, e as políticas públicas envolvidas serão unidades de ações e instrumentos no tempo. Nesse sentido, há diversos instrumentos que coordenam ações, dentre os quais o serviço público, instrumento de uma política pública.

Na Constituição Federal não há uma definição precisa do que venha a ser serviço público. Pode-se se dizer que é um dos capítulos mais controvertidos do direito administrativo. Isso porque, ao longo dos anos, seu conceito vem se modificando, dependendo do momento histórico e do ordenamento jurídico que se desenvolve (HACHEM, 2014), como observado anteriormente.

Existe vasta literatura enfrentando a temática das origens desse instituto. O conceito de serviço público desenvolveu-se na França, e, diferentemente do Brasil, indicou, de modo amplo, todas as atividades estatais. Os principais autores em torno da discussão sobre serviços públicos foram Duguit, Jèze e Harriou, que trouxeram contribuições importantes na definição de seu conceito, que se perpetuaram ao longo do tempo (PEREIRA, G., livrozilla.com).

Na conceituação de serviço público, a maioria dos autores o definem sobre três aspectos, dando ênfase a um ou outro. Considera-se, nesse caso, o aspecto subjetivo, objetivo e formal. Aspectos esses, que notadamente, encontram seus fundamentos nas teorias francesas antes referidas (PEREIRA, G., livrozilla.com).

O aspecto subjetivo é aquele que vai definir serviço público levando em consideração a pessoa que o realiza, nesse caso, o Estado, ou quem lhe faça as vezes. Já o aspecto objetivo ou material considera serviço público aquele que consiste numa atividade de satisfação de necessidades individuais e transindividuais de cunho essencial. Tem-se, nesse caso, a ideia do suprimento de uma necessidade essencial de concretização dos

direitos fundamentais, centrada na dignidade da pessoa humana. E, o terceiro, o aspecto formal, define serviço público como aquele disciplinado por um regime peculiar, por aplica-se a ele o regime de direito público, de acordo com regras e princípios que estabelecem o regime jurídico, sob o qual determinada atividade está sujeita. O rol de princípios norteadores desse aspecto formal foi sofrendo alterações ao longo do tempo. Hoje pode ser citada a Lei nº 8987/95 e seu art. 6º, que elenca oito princípios, dentre os quais: continuidade, eficiência, regularidade, segurança, atualidade, generalidade, cortesia e mutabilidade, responsáveis por chegar à realização de um serviço público adequado.

Justen Filho (2013) define como serviço público a atividade administrativa de satisfação concreta de necessidades individuais ou transindividuais, materiais ou imateriais, com vínculo direto com um direito fundamental, que serão insuscetíveis de satisfação adequada por mecanismos da livre iniciativa privada.

Esse serviço é destinado a pessoas indeterminadas, norteador pela legislação, ou seja, não existirá serviço público sem ato estatal formal que o reconheça, executado sobre o regime de direito público.

Hachem (2014) também entende que o significado de serviço público pode ser aprendido ao considerar os aspectos materiais, relativos a traços característicos da atividade; e jurídicos, relativos a regras e princípios que o disciplinam. Ele explica que a partir de um sentido material entende-se serviço público como uma espécie de atividade econômica em sentido amplo. Isso porque se traduz por serviços que envolvem bens escassos e úteis, e, portanto, representam atividade de caráter econômico. Assim, continua explicando que atividades como os serviços de educação, saúde, transporte, fornecimento de energia elétrica, abastecimento de água potável, entre tantas outras, refletem essa peculiaridade.

Disso depreende-se que, da consideração de uma atividade econômica em sentido amplo, ramifica-se o serviço público e a atividade econômica em sentido estrito. Esse serviço é uma atividade econômica de atribuição típica do poder público que

tem a missão de garantir sua continuidade, e refletir o caráter principiológico de que é constituído. Fala-se em atribuição típica do Estado, pois há casos em que a Constituição autoriza que determinadas atividades como educação, saúde, assistência e previdência sejam exploradas pela iniciativa privada.

Faz menção, nesse caso, ao art. 175 da Constituição Federal, determinando que incumbe ao poder público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos, tendo que obrigatoriamente manter um serviço público adequado.

Para Hachem (2014), o serviço público é também composto por três elementos: primeiro, o elemento subjetivo, que consiste na titularidade do Estado assegurando continuamente a sua prestação, podendo fornecê-los diretamente ou através de sujeitos privados por via da concessão ou da permissão; segundo, o elemento material ou objetivo, que diz respeito ao fato de se tratar de uma atividade de oferecimento de prestações destinadas à satisfação de necessidades, direta ou indiretamente; e terceiro, o elemento formal ou jurídico, considerando o regime jurídico especial a que se submete, composto por regras e princípios do direito público, com prestação adequada, de qualidade, e acessível a todos que dele necessitem.

Justen Filho (2013, p. 736) explica que o aspecto material ou objetivo é o mais relevante, pois certa atividade é qualificada como serviço público em virtude da atribuição de satisfazer de forma direta e imediata os direitos fundamentais. Esse autor entende ser bom referir e deixar claro que "um serviço é público porque se destina à satisfação de direitos fundamentais e não por ser de titularidade estatal, nem por ser desenvolvido sob o regime de direito público. Essas duas são consequências da existência de um serviço público".

A tarefa de satisfazer as necessidades humanas gera a obrigação por parte do Estado de garantir o seu fornecimento continuamente sob o prisma dos princípios do direito público. Depreende-se daí a relação que se faz com os direitos fundamentais sociais, onde a satisfação desses direitos depende diretamente de ações estatais, efetivando a sua fruição pelos in-

divíduos. “Por isso, o serviço público se revela como o principal mecanismo de que dispõe a Administração para a realização dos direitos fundamentais sociais.” (HACHEM, 2014, p. 128).

Hachem (2014) orienta a observar também a presença do direito fundamental ao serviço público adequado, conforme pode ser compreendido após a leitura do art. 175 da Constituição. Desse modo, o serviço público se coloca como forma de instrumentalização dos direitos fundamentais sociais, e também é caracterizado como um direito fundamental, ou seja, direito fundamental ao serviço público adequado. Tal posição não é unânime pelos estudiosos. Sob essa perspectiva, os administrados são titulares do direito fundamental da administração pública a prestar um serviço público adequado.³

Pelo princípio da universalidade, esse serviço público deve ser acessível a todo o universo de pessoas que dele carece, atentando-se às diferentes condições em que se encontra cada indivíduo ou grupo social, o que acontece no caso do direito à educação. Juntamente com o caráter universal, deve também ser prestado de forma igualitária, observando aí o princípio da igualdade material.

Fala-se em serviço público, para abordar-se aí o serviço público destinado ao direito fundamental à educação, em especial aquele destinado à educação infantil, concebido pela Constituição como um direito social. Como a ideia é verificar a atuação do Estado na prestação dos serviços públicos destinados à satisfação desse direito, cabe mencionar o que ensejam o direito à educação e as normas que o regulamentam, no sentido de obrigar uma prestação positiva por parte do poder público.

³ Por ser constatado um direito fundamental, a ele insurge todos os traços peculiares desse, como aplicabilidade imediata, proteção contra emendas constitucionais abolitivas, multifuncionalidade, dupla dimensão, intangibilidade do conteúdo essencial, entre outros.

3. A concretização do direito social à educação e a garantia de ensino de qualidade

O direito à educação é reconhecido como um direito social. Pode-se se dizer que os direitos sociais são fruto de uma conquista histórica da humanidade no que se refere à entrada ao Estado social pós-guerra. Nesse contexto, as democracias liberais começam a montar grandes serviços sociais universais de educação, saúde e previdência social, mais eficientes, para aumentar o padrão de vida da população, tendo aí uma transição do Estado Liberal para o Estado Social (PEREIRA, L., 2017).

O Estado Social vai significar tornar coletiva ou pública a oferta de serviços de educação, saúde e previdência, bem como tornar mais coletiva o seu consumo, fornecendo-os de forma efetiva e eficiente. O Estado transforma-se em Estado social de direito, onde, pela correção do individualismo liberal, tem-se a afirmação dos chamados direitos sociais, e a realização de objetivos de justiça social. Esses direitos vão ser concebidos como direitos de segunda dimensão.

Com o Estado democrático de direito e a Constituição Federal de 1988 como seu guia, os direitos sociais se fortaleceram ainda mais. Esses direitos acabaram dispostos no art. 6º da Constituição que elencou ser direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, e a assistência aos desamparados. Dá-se atenção, aqui, ao direito à educação.

O direito à educação como um direito fundamental de natureza social vem detalhado no Título VIII, “Da ordem social”, especialmente nos arts. 205 a 214, dispositivos que especificam uma série de aspectos que envolvem a concretização desse direito, como os princípios e objetivos que o informam, os deveres de cada ente da federação, a estrutura educacional brasileira, bem como a previsão de um sistema próprio de financiamento com a vinculação constitucional de receitas.

Como um direito fundamental social, a Constituição determina, em seu art. 205, que a educação constitui-se um direito de todos, e, ao mesmo tempo, dever do Estado e da família, com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Ainda o art. 206 determina que o ensino destinado a assegurar o direito à educação será ministrado com base em diversos princípios, como o da gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais. O art. 211, § 4º, dispõe que, na organização de seus sistemas de ensino, a União, os estados, o Distrito Federal e os municípios definirão formas de colaboração, de modo a assegurar a universalização do ensino obrigatório. E o art. 208, I e § 1º, define a educação básica, de caráter obrigatório e gratuito, como um direito público subjetivo.

Além da revisão constitucional, há uma série de outros documentos relevantes a respeito do direito à educação, como o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, ratificado em 1991 pelo Brasil, que indica a educação como um direito humano.

Acresce, ainda, leis importantes quanto à proteção do direito à educação, como a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – LDB (Lei nº 9.394, de 1996), que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, e o Plano Nacional de Educação (Lei nº 10.172, de 2001), estabelecendo diretrizes e metas a ser alcançadas no prazo de dez anos. E, ainda, o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA (Lei nº 8.069, de 1990) que estabelece importantes princípios e obrigações no campo educacional, entre outros.⁴

Cabe ressaltar que a legislação brasileira considera a educação um conceito amplo, abrangendo todos os processos de formação que se desenvolvem na família, na convivência social, no trabalho, nas instituições de ensino e pesquisa, nos movi-

4 Ainda há a Lei nº 11.494/2007, que trata do financiamento da educação, e instituiu o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e Valorização dos Profissionais da Educação (Fundeb).

mentos sociais e nas organizações da sociedade civil, bem como nas manifestações culturais, conforme Lei nº 9.394/1996, art. 1º.

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional divide a prestação educacional em dois grandes níveis, a educação básica e a educação superior. A educação básica, que aqui interessa, é composta por três etapas: educação infantil, ensino fundamental⁵ e ensino médio.⁶

Em uma leitura conjunta, observa-se o art. 211 da Constituição Federal dispondo que à União cabe organizar o sistema federal de ensino, financiar as instituições de ensino federais e exercer, em matéria educacional, função redistributiva e supletiva, para garantir equalização de oportunidades educacionais e padrão mínimo de qualidade do ensino mediante assistência técnica e financeira aos estados, ao Distrito Federal e aos municípios. Os municípios devem atuar prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil; os estados e o Distrito Federal, prioritariamente nos ensinos fundamental e médio.

Vê-se a partir dessa disposição que o município está incumbido de atuar prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil. Como o presente trabalho parte da discussão sobre a falta de vagas em escolas de educação infantil, cabe analisar como se projeta esse direito nos orçamentos públicos desse órgão.

3.1. Atenção ao direito à educação pelos municípios e regras constitucionais referentes aos gastos mínimos em educação nas previsões orçamentárias: edição da legislação orçamentária local (leis municipais de plano plurianual, diretrizes orçamentárias e orçamento anual)

A Constituição prevê a educação infantil como primeira etapa da educação básica, direito fundamental das crianças de

5 Ensino fundamental, com duração mínima de nove anos, também conhecida como “educação primária”. É a primeira etapa educacional a ser reconhecida como direito humano universal. Até a Emenda Constitucional nº 59, de 2009, também era a única etapa obrigatória (ver ao lado).

6 Ensino médio é a etapa final da educação básica, com duração mínima de três anos.

0 a 5 anos, a ser garantido pelo Estado, contemplando tanto o direito destinado à criança como aos trabalhadores. Hoje a educação infantil é dividida de 0 a 3 anos em creches, e de 4 a 5 anos em pré-escolas. E, como observado, deve ser mantida pelos municípios.

O ECA também prevê em seu art. 54, inciso IV, o atendimento a crianças de 0 a 5 anos em creches e pré-escolas como dever do Estado com a educação. E a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional situou, em seu art. 4º, inciso II, que o dever do Estado com a educação escolar pública será efetivado mediante a garantia de Educação Infantil gratuita às crianças de até 5 (cinco) anos de idade.

Obtém-se que na prestação de educação infantil em tempo parcial, é considerada a jornada de, no mínimo, quatro horas diárias e, em tempo integral, a jornada com duração igual ou superior a sete horas diárias, compreendendo o tempo total que a criança permanece na instituição. O Tribunal de Contas do Estado (2016) orienta que a educação infantil só está caracterizada quando se encontra regulada e supervisionada por órgão competente do sistema de ensino, bem como submetida a um frequente controle social.

Interessante observar que cabe aos municípios o oferecimento da educação infantil em creches e pré-escolas, e, com prioridade, o ensino fundamental, permitido a atuação em outros níveis de ensino somente quando estiverem atendidas plenamente as necessidades de sua área de competência, e com recursos acima dos percentuais mínimos vinculados pela Constituição Federal para a manutenção e o desenvolvimento do ensino.

A Constituição Federal, então determina em seu art. 212 que a União deve aplicar em educação pelo menos 18% dos recursos provenientes de impostos (taxas e outras contribuições), já descontadas as transferências obrigatórias de parte dos impostos federais a estados e municípios, e 100% dos recursos do salário-educação (uma contribuição social paga pelas empresas). Importante aqui é observar que, para estados e municípios, o percentual mínimo é de 25% dos recursos dos impostos.

Rizzi, Gonzales e Ximenes (2011) referem que os administradores chamam tal designação de valores de “vinculação de receita”, caso em que não se pode gastar esses recursos em outra área que não seja na educação. Explicam também que, em alguns lugares, esse percentual vinculado pode ser até maior, já que estados e municípios podem decidir investir mais em educação e colocar essa decisão na lei local, ou seja, nos orçamentos.

A cada ano, os municípios, os estados e o governo federal devem elaborar e aprovar seu orçamento. No caso, o Poder Executivo (representado pelo prefeito, governador e presidente da República) envia ao Poder Legislativo (Câmara de Vereadores, Assembleia Legislativa e Congresso Nacional, respectivamente) sua proposta orçamentária para ser analisada, modificada, aprovada e transformada em lei (RIZZI; GONZALES; XIMENES, 2011).

Diga-se que o orçamento público é uma lei que prevê receitas e a fixação de despesas para um período determinado, consoante o art. 165, § 8º da CF/88. Especificamente, esse conceito abrange três perspectivas; primeiro, uma lei, dirigida à administração pública, que visa a provocar uma conduta especial nos agentes políticos, ocasionando uma sanção pelo não cumprimento com até mesmo a configuração de crime de responsabilidade; segundo, uma lei que fixa a despesa e prevê a receita, com um valor fixado condizente com a realidade e com as determinações constitucionais; e terceiro, uma lei concreta de implantação de políticas públicas, onde efetiva direitos dos cidadãos aos serviços públicos prestados pelo Estado (LEITE, 2011).

Os instrumentos de planejamento definidos constitucionalmente são o Plano Plurianual (PPA), a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e a Lei Orçamentária Anual (LOA). O Plano Plurianual tem por objetivo estabelecer, de forma regionalizada, as diretrizes, os objetivos e as metas da administração pública para as despesas de capital e outras delas decorrentes, e para as relativas aos programas de duração continuada (art. 165, § 1º, da CF). Pode-se considerar que é a primeira lei que concretiza a política pública por meio dos programas que estabelecem os

fins almejados. Nesses programas estará inserida toda a ação governamental que resulte em bem ou serviço, ou as chamadas operações especiais.⁷

Já a Lei de Diretrizes Orçamentárias compreende metas e prioridades da administração pública, com a inclusão das despesas de capital para o exercício financeiro seguinte. Também antecede e orienta sobre a lei orçamentária anual, dispõe sobre as alterações na legislação tributária e estabelece a política de aplicação das agências financeiras oficiais e de fomento (art. 165, § 2º, da CF).

E a Lei Orçamentária Anual é aquela que integra o programa e sua execução, ou seja, concretiza-o. Segundo Leite (2011), a LOA é uma lei operativa fixando a dotação orçamentária para cada projeto ou atividade dentro de um exercício financeiro, podendo-se perceber as prestações positivas que o Estado decidiu tornar efetivas no ano seguinte.

Cabe observar que o orçamento público se trata de uma lei formal e material com caráter democrático nas suas escolhas, vinculando toda a administração com deveres inafastáveis. Esses, quando definidos, devem observar atentamente os mínimos constitucionalmente exigidos dos percentuais destinados à educação.

Obrigatoriamente deve ser publicado o balanço dos gastos feitos no ano anterior, demonstrando, dessa forma, as áreas onde os recursos públicos foram aplicados e se foi cumprido o limite mínimo destinado à educação. Quando o percentual aplicado esta abaixo do estabelecido pela Constituição, o ente federado (União, estados, Distrito Federal ou municípios) é obrigado a repor os valores devidos nos anos seguintes. Ainda, a não aplicação do total de receitas vinculadas ao ensino pode levar a graves consequências, como a não aprovação das contas dos prefeitos, governadores e do presidente da República, a inelegibilidade dos responsáveis, e até a intervenção da União

⁷ Despesas que não estão associadas a bem ou serviços. São pagamentos de dívidas, ressarcimentos, indenizações e afins, considerados uma agregação neutra.

nos estados e destes nos municípios (RIZZI; GONZALES; XIMENES, 2011).

Há várias formas de fazer a verificação atenta se os órgãos públicos estão a cumprir as exigências mínimas a ponto de não estar infringindo os direitos fundamentais, uma das formas é a exigibilidade jurídica. Caso em que se utiliza do sistema de justiça para impedir ou evitar a violação de um direito, seja por uma omissão (por exemplo, a falta de vagas na escola, recusa de matrículas, não oferecimento de educação de jovens e adultos) ou por ação (como o número excessivo de estudantes por sala de aula, usar o dinheiro da educação em outra área ou descumprimento do princípio da qualidade do ensino). Passa-se agora a analisar o fornecimento de serviços públicos destinados à educação, em especial à educação infantil.

4. A falta de vagas em escolas de educação infantil: debate de quem deve garantir o máximo existencial?

Diz-se que um passo importante foi à vinculação da educação infantil à educação básica, pois tal disposição não se apresentara dessa forma. Mesmo após essa importante vitória, inúmeras consequências daí geraram.

Uma delas é de que o número de crianças destituídas do direito legal de frequentar a educação infantil tem percentuais altos, caso em que o poder público não contempla ainda o atendimento necessário às demandas locais de vagas. Isso se deve a diversos fatores, desde a falta de interesse político, de aplicação de recursos financeiros, falta de fiscalização da real necessidade de quem já tem esse direito atendido, dentre outros, que compõe o rol de responsabilidades do poder público (RESENDE; MACHADO, www.anped.org.br).

Pesquisa elaborada pelo Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul (TCE, 2016) apontou que em 2008, o Estado ocupava a 19ª posição em termos de taxa de atendimento

de matrículas na Educação Infantil, avançando, em 2015, para a 7ª posição. Uma relevante melhora. No que tange a taxa de atendimento em creches, foi obtido o percentual de 32, 59%, alcançando a 5ª posição, no ranking nacional, atrás de Santa Catarina, São Paulo, Espírito Santo e Mato Grosso do Sul. No caso de oferta em pré-escola o Rio Grande do Sul está na 20ª posição no cenário Nacional (TCE, 2016).

O TCE (2016) apurou que em 2015 ainda haveriam por serem criadas 89.849 vagas em creches, e 66.642 vagas na Pré-escola, totalizando 156.491 vagas ao total na Educação Infantil. Dentre os Municípios que mais precisam criar vagas para a população de 0 a 3 anos está Viamão, Gravataí, Alvorada, Canoas, Porto Alegre, Rio Grande, Pelotas, Caxias do Sul, Novo Hamburgo, São Leopoldo, Sapucaia do Sul, Santa Maria, Passo Fundo, Guaíba, Uruguaiana e Camaquã. Para a população de 4 a 5 anos, está Porto Alegre, Canoas, Alvorada, Viamão, Gravataí, Caxias do Sul, Pelotas, São Leopoldo, Rio Grande, Sapucaia do Sul, Novo Hamburgo, Santa Maria, dentre outros.

Ainda, como conclusão, o Tribunal de Contas do Estado (2016) constatou que, no comparativo dos Estados da região Sul, o Rio Grande do Sul ainda tem muito a investir na oferta de vagas, especialmente nos Municípios de maior população⁸.

Em pesquisa realizada no Tribunal de Justiça do Estado Rio Grande do Sul, vê-se grande demanda de decisões relacionadas ao objeto de pesquisa: “vagas em escolas de educação infantil”, e é a partir dessa amostragem que se parte para a discussão do papel do Poder Público na concretização do direito à educação infantil.

A pesquisa referida foi realizada no dia 17 de julho de 2017, tendo como padrão de busca o prazo de três anos (de 1º de janeiro de 2014 a 30 de junho de 2017) à data de julgamento no site <www.tjrs.jus.br>. Selecionou-se a opção pesquisa de jurisprudência. Em relação ao preenchimento dos campos de busca, digitou-se: no campo destinado a palavras-chave: “vaga”

8 Outro dado importante a ser considerado é o oferecimento de creches e pré-escolas em turno integral.

escolas “educação infantil”; Órgão Julgador: Todos; Relator: todos, pesquisa por Ementa; Seção: Todas; Tipo de Processo: Apelação Cível, Número: nenhum; Comarca de Origem: nenhuma. Data de julgamento: 1º de janeiro de 2014 a 30 de junho de 2017; Data de Publicação: nenhuma.

Com esses termos, o filtro encontrou 1.670 acórdãos, 118 no ano 2014, 214 em 2015, 984 em 2016, e 350 no ano de 2017 (considerando os seis meses iniciais do presente ano). Tais resultados demonstraram um relevante crescimento dessas demandas, levando em conta que para cada resultado obtido uma ação estaria sendo intentada onde um direito estaria sendo preterido.

Das comarcas de origem vê-se que a maior demanda ocorreu nas cidades de Porto Alegre, com 498 resultados; Canoas, com 343; Sapiranga, com 99; Caxias do Sul, com 83; São Leopoldo, com 64; Farroupilha, com 63; Erechim, com 54; Sapucaia do Sul, com 53; Guaíba, com 39; Garibaldi, com 36; e Lajeado, com 35 resultados. Em comparação com as taxas de atendimento demonstradas pelo TCE (2016), vê-se que os municípios com maiores demandas de ações são aqueles que apresentam mais necessidade de criação de vagas, como Porto Alegre, Canoas e outros.

Em razão do grande número de acórdãos e do curto espaço de tempo, foram analisados 74 julgados. Nos acórdãos, em síntese, a fundamentação se dava com base no inciso IV do art. 208, da Constituição Federal; na Lei nº 9.394/96, que institui diretrizes e bases da educação; no inciso IV do art. 54 e art. 7º do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90).

Tais posicionamentos foram no sentido de reafirmar a possibilidade de intervenção judicial para a concretização dessa garantia, e de que não há óbice a sua realização em razão de meras alegações relativas à ausência de previsão orçamentária, limitações ou dificuldades financeiras, não servindo de pretexto para negar o direito à educação.⁹ Nesse sentido, o Poder

9 Como exemplo, a Apelação Cível nº 70073855199, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 22/06/2017.

Judiciário teria o dever, quando provocado, de verificar a suficiência das medidas públicas tendentes a assegurar o direito à educação infantil, a fim de garantir os direitos previstos na Constituição.

Interessante que em uma das decisões¹⁰ chegou-se no entendimento de afastar o princípio da reserva do possível (submissão dos direitos fundamentais prestacionais aos recursos existentes) sobrepondo-se a ele o princípio da máxima efetividade da Constituição, ou seja, o dever do Estado em promover o bem-estar social, pelo qual se confere às normas constitucionais sentido amplo de eficácia, ou operacionalidade prevalente. Tal objeto se trata de garantia constitucional à disponibilização de vagas para a educação infantil a todas as crianças residentes em cada município.

Ainda, as decisões voltaram-se no sentido de que os dispositivos de proteção a esse direito asseguram às crianças de maneira indistinta e com absoluta prioridade, por parte do Poder Público, a assistência integral à educação, no que se insere a garantia de creche e pré-escola aos menores, de 0 a 5 anos. Dessa forma, prezaram o fato de que o município tem de realizar de imediato as providências determinadas, assegurando e garantindo a efetividade dos direitos previstos na Constituição, violados quando da negativa da administração em prover a colocação nesses estabelecimentos na forma pleiteada, necessária para o desenvolvimento sadio dos menores.

Além disso, os posicionamentos também foram no sentido de que deve ser garantido o atendimento integral¹¹ em creche ou pré-escola, não tendo que se falar em disponibilização de vaga somente em meio turno. Tal direito pode ser postulado perante o Poder Judiciário mesmo sem a existência de um esgotamento da via administrativa.

Diante de tais circunstâncias e amostragens, não há dúvidas de que há ainda grande defasagem na prestação dos

10 Como exemplo, a Apelação Cível nº 70073894859, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em 28/06/2017.

11 Como exemplo, a Apelação Cível nº 70073406324, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 25/05/2017.

serviços públicos destinados à educação infantil, tendo que se postular no Judiciário para ver esse direito concretizado. Nesse cenário é que se esbarra no questionamento de sobre quem deve recair a atribuição de garantir o máximo existencial quanto à prestação positiva desses direitos sociais.

Note-se que numa concepção pós-Constituição de 1988, sobre a égide da ideia de que os direitos fundamentais desfrutam de aplicação imediata, conduziu-se parcela da doutrina a adotar a ideia de que os direitos econômicos e sociais poderiam ser postulados judicialmente quando da omissão da administração pública, e no intuito da realização plena desses direitos. Nesses casos, os tribunais passaram a atestar a fundamentabilidade de tais direitos, passando a encará-los como subjetivos, podendo ser postulados perante o Poder Judiciário (HACHEM, 2013).

Nota-se aí “expressiva ampliação da intervenção judicial com vistas à concessão de prestações estatais positivas dirigidas à integral efetivação dos direitos fundamentais sociais” (HACHEM, 2013, p. 142). Tal fato passou da falta de efetividade para a judicialização excessiva, ocasionando dificuldades no prosseguimento de políticas públicas, atravancando o planejamento regular das ações administrativas voltadas à universalidade da população e prejudicando o emprego racionalizado dos recursos públicos. Além disso, implicando a atribuição de privilégios a alguns poucos indivíduos que teriam mais condições de acesso à jurisdição, em prejuízo dos cidadãos em geral. *Visto* que os direitos fundamentais e sociais deveriam percorrer sob a perspectiva de igualdade, e não somente de efetividade como mencionado acima, caberia à administração pública oportunizar tal feito. A administração pública teria condições de implementar tais direitos por meio de uma alocação planejada e racionalizada dos recursos públicos, em ações dirigidas ao atendimento universal e igualitário da população. O contrário, poderia impedir ou prejudicar a implementação equânime desses direitos.

Em outra concepção, começou-se perquirir que a legitimidade do Poder Judiciário, nesse cenário, só poderia se dar numa prestação positiva nos casos em que o direito social fosse

imprescindível ao mínimo existencial daquele que postulara. No que tange à integração do conteúdo de um mínimo existencial quanto ao direito à educação,¹² qualquer indivíduo poderia exigir judicialmente o acesso gratuito a uma vaga em escola pública, nos três níveis educacionais que integram a “educação básica” (educação infantil, ensino fundamental e ensino médio). Sendo um direito público subjetivo, o não oferecimento pelo poder público desse direito importaria responsabilidade da autoridade competente. Remete-se que a inexistência de condições fáticas para oferecer as vagas faltantes autorizaria o juiz a compelir o Estado até mesmo a custear o ensino em uma escola privada, com padrão e custos similares, até que a administração conseguisse condições de prestar o serviço público adequadamente (HACHEM, 2013).

Fora desses casos, a concretização maximizada dos direitos fundamentais sociais de caráter prestacional competiria aos poderes Legislativo e Executivo, de maneira progressiva, mediante a prestação de serviços públicos e a implementação de políticas públicas.

Diante da Constituição Federal de 1988, desvincula-se de uma perspectiva meramente econômica para uma postura interventiva de uma administração pública inclusiva, por meio de ações universalizadas, que não se restrinjam à garantia do mínimo existencial. Isso seria possível diante de uma atuação maximizada da administração pública, com vista à plena realização dos direitos econômicos e sociais,¹³ dentre os quais está o direito à educação. Assim é que se orienta sempre à administração pública a realização do máximo existencial na concretização plena do direito à educação infantil, não tendo que levar tal situação a ser resolvida pelo Poder Judiciário.

Nesses casos, entram as figuras do planejamento e das políticas públicas como instrumentos de promoção universalizada. Assim, a Constituição impõe o planejamento de ações

¹² Identifica-se o conteúdo do mínimo existencial a partir de um rol constitucional preferencial, aprioristicamente fixado com base em elementos extraídos da Constituição vigente.

¹³ Não se ignora que a garantia do mínimo existencial é imprescindível. Trata-se de condição necessária, mas insuficiente.

futuras, por meio de políticas a ser implementadas a médio e longo prazo, pressupondo-se uma racionalização técnica dos recursos disponíveis, levando-se em consideração os objetivos e programas sociais traçados pelo constituinte. A obrigação que se impõe aí é por um agir racional e estratégico, considerando o futuro e suas nuances (HACHEM, 2013).

Uma política pública pensada no caso do problema de vagas em escolas de educação infantil vai ampliar a oferta de creches e pré-escolas, sendo transversal tanto nas questões educacionais como nas questões de gênero que diretamente influem na autonomia das mulheres e suas possibilidades de inserção no mercado de trabalho. As políticas educacionais devem prever que as entidades destinadas pelo ente federativo na prestação desse direito fundamental prestam serviços públicos, e, portanto, os serviços executados por elas são considerados serviços públicos na concretização de direitos fundamentais sociais, que devem ser realizados na forma adequada. Relembrando que isso é possível diante de uma atuação maximizada por parte do poder público.

5. Conclusões

O problema que embasou o presente estudo girou em torno de discutir a quem competiria preservar o máximo existencial na concretização do direito social à educação infantil, previsto na Constituição Federal de 1988. Tal problema justificou-se ao analisar-se que é grande a demanda de ações intentadas no Poder Judiciário gaúcho buscando vagas em escolas de educação infantil, e, diante das pesquisas realizadas pelo Tribunal de Contas do Estado dispendo a respeito das inúmeras vagas a ser criadas pelo Poder Público.

O objetivo perquirido centrou-se em demonstrar a quem constitucionalmente se interpreta a concretização dos mínimos e máximos em torno desse direito, e a saída para a resolução desse entrave que preocupa muitos cidadãos e acaba privando muitas crianças. Chegou-se ao resultado de que compete

indubitavelmente ao poder público a atuação maximizada na realização plena dos direitos econômicos e sociais. Nesses casos, que se prezou pelas figuras do planejamento e das políticas públicas como instrumentos de promoção universalizada na concretização de um serviço público adequado no que tange ao oferecimento de vagas em escolas de educação infantil.

Finalizando, cabe mencionar que o Poder Judiciário é acionado com frequência porque realmente a população não está tendo seu direito atendido. Cabe, portanto, ao poder público resolver estrategicamente tal situação, observando que muitas das decisões no Judiciário gaúcho chegaram até mesmo a cogitar a pena de bloqueio de valores, tamanha a importância de ser atendido esse direito fundamental.

6. Referências

BRASIL. **Constituição federal da república federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 26 jul. 2017.

CAVALCANTE, P.; CARVALHO, P. Profissionalização da administração pública federal: avanços e dilemas. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 51, n. 1, p. 1-26, jan./fev. 2017.

GABARDO, Emerson. **O jardim e a praça para além do bem e do mal**: uma antítese ao critério de subsidiariedade como determinante dos fins do estado social. Tese de doutorado. Curitiba: 2009.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre faticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HACHEM, Daniel Wunder. Direito fundamental ao serviço público adequado e capacidade econômica do cidadão: repensando a universalidade do acesso à luz da igualdade material. **A&C, Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 14, n. 55, p. 123-158, jan./mar. 2014.

_____. A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, Uni-Brasil, v. 13, n. 13, p. 340-399, jan./jun. 2013.

_____. A noção constitucional de desenvolvimento para além do viés econômico: reflexos sobre algumas tendências do direito público brasileiro. **A&C, Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 13, n. 53, p. 133- 168, jul./set. 2013b.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2013.

LEITE, Harrison Ferreira. **Autoridade da lei orçamentária**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

PEREIRA, Gustavo Alberine. **Serviços públicos**: do auge da noção tradicional à crise. Disponível em: <<http://livrozilla.com/doc/472890/servi%C3%A7os-p%C3%ABlicos--do-auge-da-no%C3%A7%C3%A3o-tradicional-%C3%A0-crise>>. Acesso em: 26 jul. 2017.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Reforma gerencial e legitimação do estado social. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 51, n. 1, p. 147-156, jan./fev. 2017.

RECK, Janriê Rodrigues. **Gestão complexa e sistêmica de políticas públicas**. No prelo.

RESENDE, M. A.; MACHADO, I. M. C. **Educação infantil no período noturno**: a prática pedagógica em contexto de vulnerabilidade social. Disponível em: <http://www.anped.org.br/sites/default/files/gt07-2037_int.pdf>. Acesso em: 26 jul. 2017.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Contas do Estado. **Radiografia da Educação Infantil no Rio Grande do Sul em 2015**. Porto Alegre: [s.n.], 2016. Disponível em: <http://www1.tce.rs.gov.br/portal/page/portal/tcers/publicacoes/estudos/estudos_pesquisas/radiografia_educacao_infantil_2015/Radiografia_2015.pdf>. Acesso em: 26 jul. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Disponível em: <[http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.\(TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3oTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1ticalTipoDecisao:null\)&t=s&pesq=juris.#main_res_juris](http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.(TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3oTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1ticalTipoDecisao:null)&t=s&pesq=juris.#main_res_juris)>. Acesso em: 26 jul. 2017.

RIZZI, E.; GONZALEZ, M.; XIMENES, S. **Direito humano à educação**. 2. ed. Curitiba: Maxigráfica, 2011.

SECHI, Leonardo. Modelos organizacionais e reforma da administração pública. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 43, n. 2, p. 347-69, mar./abr. 2009.

SOUZA, Celina. Modernização do estado e construção da capacidade burocrática para implementação das políticas públicas federalizadas. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 51, n. 1, p. 27-45, jan./fev. 2017.

SUNSTEIN, Cass; HOLMES, Stephen. *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. Nova York: W.W. Norton & Company, 1999. *EJL*. Joaçaba, v. 17, n. 2, p. 681-688, maio/ago. 2016.

O NOVO MARCO LEGAL PARA REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA E PARA AS POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL

Marcus Aurelio Neves Reis¹

¹ Mestrando em Direito no Programa de Mestrado em Direito da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). Registrador substituto do Ofício dos Registros Públicos. E-mail: <marcusreis10@hotmail.com>.

Resumo

Este artigo apresenta as inovações trazidas com a alteração legislativa do instrumento jurídico utilizado para implementação de políticas públicas no Brasil – a regularização fundiária. Aborda o direito fundamental à moradia, expondo o seu surgimento no direito internacional e o seu reconhecimento no ordenamento jurídico brasileiro. Adentra na regularização fundiária como política pública para a contemplação do direito constitucional de moradia. Apresenta a importante influência da Lei do Parcelamento do Solo Urbano na ocupação irregular do solo (Lei nº 6.766/79). Aborda a prática governamental de fomento ao direito à moradia, resultado da criação da Lei do Programa Minha Casa, Minha Vida (PMCMV) e a aplicabilidade da regularização fundiária nos moldes da Lei nº 11.977/2009, incluindo o papel desempenhado pela Corregedoria-Geral de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul pela elaboração do chamado Projeto MORE LEGAL. Ao final, aborda o novo marco legal para a regularização fundiária e para as políticas públicas no Brasil, buscando demonstrar os impactos que essa alteração legislativa trará para a realidade socioeconômica e para as ocupações irregulares.

Palavras-chave: Lei nº 13.465/2017. Novo Marco Regulatório. Políticas Públicas. Regularização fundiária.

Abstract

The article presents the innovations brought with the legislative amendment of the legal instrument used for the implementation of public policies in Brazil – land regularization. It addresses the fundamental right to housing, exposing its emergence in international law and its recognition in the Brazilian legal system. It enters specifically into land regularization as a public policy for the contemplation of the constitutional right of housing; Presents the important influence of the Urban Land Installment Law on the irregular occupation of the land (Law No. 6,766 / 79); (PMCMV) and the applicability of land regularization in settlements located in urban areas, in accordance with Law 11,977 / 2009, including the The role played by the Legal Department of Justice of the State of Rio Grande do Sul for the elaboration of the legal-administrative rule called MORE LEGAL. In the end, it addresses the new legal framework for land regularization and public policies in Brazil, seeking to demonstrate the impacts that this legislative change will bring to the socio-economic reality and irregular occupations.

Keywords: The land regularization. Public Policies. New regulatory framework. Law 13.465/2017.

1. Introdução

Inicia-se o estudo citando um trecho do voto do desembargador relator Magalhães Coelho, do Tribunal de Justiça de São Paulo, prolatado no Agravo de Instrumento nº 0135989-27.2013.8.26.0000, julgado no dia 26 de agosto de 2013: “Desalojar diversas famílias de moradias há tempo construídas, sem que a área seja de risco e sem que haja um estudo de ‘regularização fundiária’, ofende o princípio da dignidade da pessoa humana”. (TJSP, AI 2150504-28.2016.8.26.0000, 24 Câmara de Dir. Privado, Relator Des. Salles Vieira, julgado em 22/09/2016).

Nessa decisão observa-se o importantíssimo papel da regularização fundiária de interesse social para a implementação de políticas públicas voltadas para contemplação do direito à moradia e, conseqüentemente, o respeito ao princípio da dignidade de pessoa humana, o que, na definição de Comparato (1999, p. 30), é uma qualidade intrínseca e inerente à condição de vida das pessoas, sendo que sua existência e valor independem de fatores externos.

Os direitos humanos e os direitos fundamentais consistem em valores primordiais de uma sociedade, os quais, no Brasil, se encontram constitucionalmente tutelados. Reconhecendo determinados direitos naturais ao cidadão, o direito constitucional da dignidade humana se apresenta como um dos pilares de sustentação do Estado democrático de direito (MONTEIRO, 2015, p. 21). Nesse contexto, um grande desafio do Estado social atual, marcado pelo crescimento desenfreado da população urbana, é respeitar os direitos dos habitantes de forma democrática, a fim de propiciar habitações dignas e combater qualquer modo de desigualdade social (SAULE JÚNIOR, 2007, p. 201).

Em todos os países, a implementação do direito humano e fundamental à moradia digna e adequada passa por experiências e lutas sociais, na busca por planejamento e desenvolvimento adequados, para que todos os habitantes possam usufruir de modo equânime da riqueza econômica e cultural, existindo, as-

sim, um processo de construção de cidades justas, democráticas e humanas (SAULE JÚNIOR, 2007, p. 201).

Dessa forma, no presente trabalho será abordado o surgimento do direito à moradia no ordenamento jurídico brasileiro, dando-se ênfase a algumas leis marcantes na história, que buscaram assegurar o direito à moradia adequada através da implementação de políticas públicas estatais.

2. O direito à moradia nos principais documentos internacionais e seu surgimento no ordenamento jurídico pátrio

Dentre os direitos sociais assegurados e reconhecidos internacionalmente, o direito à moradia passou a ser distinguido mais visivelmente a partir da publicação da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), que dispôs que “Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação [...]”. Dessa forma, em 1948, o cenário internacional vê surgir o direito à moradia² como um direito socialmente reconhecido (ONU, 2009, p. 13).

A partir da Declaração Universal, o direito à moradia – assim como os direitos sociais à alimentação, ao vestuário, à educação e à saúde – passou a ser reconhecido internacionalmente e a constar em outros escritos e tratados, como no Pacto Internacional dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais de 1966; na Declaração de Vancouver de Assentamentos Humanos de 1976; e na Agenda Habitat II de Istambul, em 1996. Todos esses documentos vieram assegurar diversos direitos sociais, dentre eles o direito à moradia como um direito básico da pessoa humana, sendo o Brasil signatário de todos eles (SARLET, 2010, p. 10).

² A nomenclatura utilizada pela ONU foi “direito à habitação”.

Até a publicação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, vivia-se num sistema global amplo e genérico, não havendo detalhamento para a efetivação desses direitos. A partir de sua edição, observa-se a busca por mais efetividade dos direitos garantidores da dignidade da pessoa humana, agora internacionalmente reconhecidos (DUDH, art. XXVIII), firmados em dois pactos internacionais: o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (MONTEIRO, 2015, p. 38).

Foi o Pacto Internacional de 1966 que estabeleceu que cada Estado-parte deveria tomar as medidas apropriadas para assegurar a consecução dos direitos previstos pela DUDH (art. 2º); dispondo que cabe aos Estados reconhecer e promover o direito à moradia adequada (art. 11º), surgindo, pela primeira vez, a denominação “moradia” nos documentos internacionais (SOUZA, 2013, p. 56).

Atualmente, há mais de 12 (doze) textos emitidos pela ONU que reconhecem o direito à moradia, como o Comentário Geral nº 4, que se refere à interpretação do art. 11 do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), formulado pelo Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, e o Comentário nº 7, sobre o Direito à Moradia Adequada: Despejo Forçado, os quais visam a assegurar a moradia para todos, por meio de um planejamento participativo, a fim de conquistar uma urbanização sustentável (CARMONA, 2015, p. 275).

A partir de então, ocorreram diversos movimentos e mobilizações para a efetivação do direito à moradia. Em 1978, foi criado o Programa das Nações Unidas para Assentamentos Humanos, denominado ONU-Habitat, o qual, dentre os objetivos para o desenvolvimento do milênio, elencou a finalidade de melhoria de vida de pelo menos 100 milhões de moradores de favelas, ou seja, o equivalente a cerca de 10% de toda a população de moradores de favelas em todo o mundo, até o ano de 2020 (MONTEIRO, 2015, p. 128).

Em 1996, realizou-se uma segunda conferência sobre cidades, a Habitat II, em Istambul, na Turquia, para avaliar duas

décadas de progresso desde a Habitat I e definir novas metas para o novo milênio. Adotada por 171 países, a Agenda Habitat contém mais de cem compromissos e seiscentas recomendações. Além disso, em 1º de janeiro de 2002, o mandato da Agência foi reforçado e seu status elevado ao de programa de pleno direito do Sistema da ONU. Depois dessas modificações de foco, alcançou-se entendimento mais avançado sobre o direito à moradia adequada como um dos elementos do direito a um padrão de vida adequado e também sobre os demais direitos que intimamente se relacionam a ele (CARMONA, 2015, p. 274).

Em 2016, no Equador, ocorreu a terceira conferência da Agenda Habitat, chamada de Habitat III Nova Agenda Urbana – Declaração de Quito sobre cidades e assentamentos humanos sustentáveis para todos (AFTER..., 2016). Dentre os objetivos e planos de implementação da Agenda III está o desafio da ocupação do solo e dos centros urbanos, tendo como princípio e compromisso, por exemplo, economia sustentável, sustentabilidade ambiental, desenvolvimento e implementação de políticas públicas urbanas³ (CONGRESSO..., 2017).

Todos os documentos internacionais citados, em especial a DUDH, os quais priorizam o bem-estar e a igualdade social, foram importantíssimos vetores para o surgimento do direito à moradia na ordem jurídica brasileira. Destaca-se que esse preceito passou a constar expressamente na Constituição Federal a partir da Emenda Constitucional nº 26/2000 (SARLET, 2010, p. 11).

Dessa forma, embora o direito à moradia não fosse algo novo no ordenamento brasileiro, uma vez que o Brasil já era signatário de documentos internacionais como a Convenção de Direitos Humanos de 1948, bem como já havia dispositivos constitucionais que consideravam fundamental o direito à moradia, após 2000, por força do art. 6º da Constituição Federal, o direito à moradia foi declaradamente incorporado à ordem jurídica interna.

Como exemplos de implementação de política social positiva no Brasil, Sarlet (2000, p. 38) cita a criação de linhas de financiamento para construção de casas de famílias de baixa

3 Nova Agenda Habitat III: item 14, alíneas b e c, e item 15, alínea c.

renda, pagamento das despesas com habitação como a quitação de aluguéis, usucapião coletiva, concessão de direito real de uso e concessão de uso especial para fins de moradia prevista no Estatuto da Cidade. Todos esses instrumentos têm como objetivo a satisfação da moradia para a população e amparo legal na Lei da “Regularização Fundiária” (Lei nº 11.977/2009, atualmente modificada pela Medida Provisória nº 759/2016), no Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001, art. 12, IX) e no Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social (Lei nº 11.124/2005, art. 12, § 6º). Assim, observa-se a importância do instituto da “regularização fundiária” para implementação de políticas estatais voltadas para a efetivação do direito fundamental social de moradia.

3. A influência da lei do parcelamento do solo urbano, da lei do Programa Minha Casa, Minha Vida (PMCMV) e do estatuto da cidade na regularização fundiária para ocupação irregular do solo no Brasil

Foi na década de 1930, pelo Decreto-lei nº 58/37 e pelo Decreto nº 3.079/38, que o Brasil esboçou interesse em regulamentar a ocupação do solo urbano, passando a disciplinar sobre os projetos de parcelamento de solo. Porém, somente a partir de 1967, pelo Decreto-lei nº 271, se iniciou o clamor por uma legislação que contemplasse a nova realidade urbana. Assim, em 1977, foi apresentado o projeto de lei que veio a se tornar a atual Lei do Parcelamento do Solo Urbano – Lei nº 6.766/79 (ROMANINI, 2011, p. 161).

Antes mesmo da Constituição de 1988, o governo já buscava alternativas para o aprimoramento da legislação, a fim de resolver o problema do aumento do número de loteamentos irregulares e clandestinos (favelas) que passou a ocorrer em todo o território brasileiro. Assim, surge a Lei nº 9.785/99, que alterou significativamente o parcelamento do solo urbano, objetivando a facilitação do acesso à moradia digna, inclusive dispondo acer-

ca da regularização fundiária de imóveis urbanos (ROMANINI, 2011, p. 168-172).

A Lei do Parcelamento do Solo autorizou e transferiu aos municípios a competência para a regularização de loteamentos irregulares ou clandestinos. Nesse ponto, vale esclarecer que é considerado irregular aquele loteamento aprovado pelo município, porém desprovido do registro imobiliário ou executado em desacordo com a licença municipal; enquanto loteamento clandestino é aquele executado sem a prévia aprovação municipal. A lei não os diferenciou, apenas os equiparou sob a denominação de “loteamento não regularizado – não autorizado ou executado sem observância das determinações do ato administrativo de licença”. Isso significa que o poder público municipal, de modo administrativo, pode e deve regularizar as ocupações irregulares ou que estejam aguardando transmissão (SILVA, 2007, p. 61).

Contudo, apenas a partir da década de 1980, fomentada pela Lei do Parcelamento do Solo Urbano, se iniciou a regularização urbana no Brasil, possibilitando que o poder público passasse a criar programas para o enfrentamento da informalidade que as cidades e os grandes centros urbanos enfrentavam (FERNANDES, 2004, p. 247). Esse processo ganhou força em 1988, por força do art. 182 da Constituição Federal, que passou a traçar os objetivos da política de desenvolvimento urbano a ser implementada pelo poder público municipal, dispondo como competência do Estado “[...] ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes” (SILVA, 2007, p. 40).

Em 2001, foi editado o Estatuto da Cidade, que veio a regulamentar os arts. 182 e 183 da CF/88, trazendo como uma de suas diretrizes mestras o planejamento e o desenvolvimento das cidades, de modo a evitar e corrigir as distorções do crescimento urbano (BRASIL, 1988). Ao dispor sobre os instrumentos de políticas públicas, dentre estes a regularização fundiária, o Estatuto também veio disciplinar o crescimento urbano informal e desordenado. Dessa forma, atualmente, a regularização fundiária é um instrumento de política pública com capacidade jurídica, urbanística, ambiental e social competente para a implementação do

direito à moradia e do desenvolvimento das funções sociais da cidade (RIOS, 2013, p. 26).

Obedecendo aos objetivos traçados pelo Estatuto da Cidade – que tem por objeto o desenvolvimento social e a função social da cidade –, em 2009, foi publicada a Lei que institui e regulamenta o “Programa Minha Casa, Minha Vida” (PMCMV – Lei nº 11.977). Novamente ficou estabelecido que cabe, preponderantemente, ao poder público iniciar o procedimento regulatório, e, mesmo que iniciado por um particular ou entidades civis, obrigatoriamente é de competência municipal a sua aprovação, conforme consta no art. 53 da Lei nº 11.977/09.

Dessa forma, com início na década de 1930, a legislação brasileira sobre regularização urbana foi fortemente marcada pela edição do Estatuto da Cidade de 2001, pela lei sobre o PMCMV e, recentemente, pela edição da Lei nº 13.465/2017. Embora as duas primeiras leis tenham tido por objetivo promover o desenvolvimento urbano e a regularização de assentamentos, não significa que se tenha alcançado melhora na situação das cidades (metrópoles brasileiras) durante esse período de aproximadamente setenta anos. Além disso, mesmo com o aporte de grandes valores financeiros a partir de 2003, destinados a programas governamentais de inclusão social e fomento à moradia, os rumos do crescimento das construções urbanas permanecem delineados pelo mercado imobiliário predatório, cuja atitude é potencializada pelas oportunidades de investimentos financiados pelo próprio governo, através de políticas públicas aparentemente e emergencialmente resolutivas – como o caso do PMCMV –, mas que, ao fim e ao cabo, mantêm o crescimento das cidades brasileiras vinculado à lógica dos investimentos, onde os fundos públicos subsidiam a produção e a expansão do mercado imobiliário, fomentando a especulação imobiliária e as doações de campanhas eleitorais milionárias (MARICATO, 2014, p. 89).

Tendo em vista tal situação, Souza Neto (2015, p. 1) argumenta que o Brasil vive um presidencialismo de coalizão em crise:

Para além das críticas que se possam dirigir à moralidade desse tipo de atuação, é preciso reconhecer que esses parlamentares também exercem funções no sistema. A ausência de compromissos ideológicos profundos permite que tais parlamentares integrem blocos governamentais majoritários de diferentes orientações ideológicas. Como não possuem uma orientação programática marcada, acabam contribuindo para garantir a governabilidade.

Nesse círculo de continuidade governamental, favorável para todos os políticos eleitos, se difundem as práticas viciosas, principalmente de financiamentos de campanhas, com interesse tão somente no aprimoramento do sistema, ou seja, na expansão e solidificação desse vicioso presidencialismo de coalizão. Para Souza Neto (2015, p. 1), o presidencialismo de coalizão e o financiamento empresarial de campanhas eleitorais integram uma mistura tóxica, que não pode se perpetuar.

4. A importância do regramento administrativo denominado *more legal*

Sobre a história do registro de imóveis no Brasil, Carvalho (1998, p. 7) ressalta que:

O registro de imóveis só poderia aparecer no Brasil quando o território se encontrasse povoado a tal ponto que começasse a ganhar interesse o conhecimento da extensão de cada gleba particular, bem como a certeza de sua propriedade, a fim de protegê-la contra eventual usurpação e utilizá-la ainda como base natural de crédito.

Considerando a atual importância da atividade do Registro de Imóveis para a implementação de políticas públicas, a Corregedoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, então órgão de fiscalização e organização estatal dos bancos imobiliários do estado, iniciou em 1995 um trabalho denominado Projeto *More Legal*, que persiste até a data de hoje.

O procedimento extrajudicial-administrativo denominado *More Legal* tem como objetivo principal promover o registro

de loteamento, desmembramento, fracionamento ou desdobro de imóveis urbanos ou urbanizados, incluindo situações de condomínio, ainda que localizados em zona rural, em todas as comarcas do estado do Rio Grande do Sul, em situações consolidadas.⁴ Desde a sua primeira edição, divulgada no Provimento nº 39/1995 da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (CGJ/RS), o programa sofreu quatro alterações, trazidas pelos provimentos nº 17/99 e 28/04, que instituíram os More Legal 2 e 3. Atualmente, o programa está positivado no Provimento CGJ/RS nº 21 de 2011, chamado de More Legal IV.

Para Paiva (2005, p. 1), o denominado Projeto More Legal tem grande relevância para o estado do Rio Grande Sul, eis que visa à regularização fundiária de inúmeras áreas clandestinas e em situação consolidada. Além disso, o projeto também foi marco regulatório importantíssimo e influenciador na fixação das diretrizes de elaboração da Lei nº 9.785 de 1999, que alterou a Lei de Parcelamento do Solo Urbano, e ainda traz inúmeros benefícios para a sociedade, como coibir a formação e aglomerações de propriedades informais; regularizar qualquer imóvel, ainda que rural ou em condomínio; viabilizar a regularização total ou parcial de uma área, como quadra ou lotes; conferir o direito de propriedade para posseiros, via de regra, irregulares, transformando o imóvel em patrimônio alienável, possibilitando o acesso ao crédito; e, por fim, incrementar a economia, pela inserção e circulação de novos negócios imobiliários.

Uma das inovações desse regramento administrativo foi o pioneiro art. 512, § 3º e seguintes, o qual, a partir da Lei nº 11.977/09 e, recentemente, com a Lei nº 13.465/17, passou a sofrer restrições na sua aplicabilidade, posto que a matéria atinente à regularização de interesse social, como apresentado no tópico anterior, passou a ser disciplinada e a conter procedimento próprio, ou seja, aquele disciplinado pelo art. 28 e seguintes da Lei nº 13.465/17.

Ao contrário do que a legislação vigente disciplina, ou seja, de que os loteamentos devem ser legalizados, mediante a aprovação prévia municipal, por meio de pessoa responsável (um

loteador), o primeiro More Legal, editado em 1995, portanto anteriormente às alterações legislativas pertinentes à regularização fundiária – Lei nº 9.785/99, a Lei do Estatuto da Cidade de 2001 e a Lei nº 11.977/09 –, objetivava regularizar situações consolidadas, independentemente da origem e da situação jurídica da ocupação da área. Tal situação encontra-se definida no § 1º, do art. 512 da CNNR-CGJ/RS, que assim dispõe:

Considera-se situação consolidada aquela em que o prazo de ocupação da área, a natureza das edificações existentes, a localização das vias de circulação ou comunicação, os equipamentos públicos disponíveis, urbanos ou comunitários, dentre outras situações peculiares, indique a irreversibilidade da posse titulada que induza ao domínio. (RIO GRANDE DO SUL, 2016).

Contudo, conforme observado por Maricato (1995, p. 278), em 1995, coincidentemente no mesmo ano da edição do primeiro projeto More Legal no estado gaúcho – medida de grande valia para a urbanização e a regularização do solo –, a Lei do Parcelamento do Solo Urbano não refletia apenas consequências positivas para a cidade, mas, ao revés, essa lei diminuiu a oferta de imóveis para a população de baixa renda nos grandes centros urbanos. Pois, na mesma medida que fortaleceu o mercado capitalista formal, evitando ocupações irregulares de solo urbano, trouxe para a população trabalhadora e mais carente a inviabilidade econômica de adquirir lotes regulares e diminuiu a oferta de lotes irregulares, aqueles com certa facilidade de aquisição por trabalhadores menos favorecidos economicamente.

Do mesmo modo que o estado do Rio Grande do Sul, outros estados federativos, através da administração pública indireta, também passaram a disciplinar regramentos referentes à regularização fundiária. Em São Paulo, a Corregedoria-Geral de Justiça editou As normas de serviço, apresentando duas peculiaridades formais: primeiro, que o loteamento irregular comprovadamente tenha sido parcelado antes da Lei nº 6.766/79; segundo, que todos os lotes já tivessem sido alienados (SILVA, 2007, p. 47). Atualmente, As normas extra-

4 Arts. 511 e 512 da Consolidação Normativa Notarial e Registral do Estado do Rio Grande do Sul.

judiciais da Corregedoria-Geral de Justiça de São Paulo têm texto similar ao disposto na Consolidação normativa da Corregedoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul. No entanto, deixaram de apresentar as duas restrições citadas e passaram a dispor sobre o registro da regularização fundiária de assentamentos consolidados sobre imóveis urbanos por destinação, ainda que cadastrados como rurais, e a conferir titulação a seus ocupantes. Dessa forma, os atos normativos editados buscam garantir o direito social à moradia, o pleno desenvolvimento das funções sociais da propriedade urbana e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

5. A regularização fundiária no Brasil e o novo marco legal

Segundo pesquisa das Nações Unidas, até o ano de 2030, cerca de 60% da população mundial estará vivendo em centros urbanos. Estudos do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) mostraram que no ano de 2001, devido ao fenômeno da urbanização, conciliado com o êxodo rural, aproximadamente 80% da população brasileira já residia em centros urbanos. Esse processo de urbanização acelerado é característica de todo o território brasileiro, o que favorece o crescimento desordenado e o surgimento de mercados de terras especulativos.

O Brasil é marcado pela ocupação irregular em grandes centros urbanos, sendo que muitas dessas ocupações irregulares são realizadas pela população de alta renda, a exemplo da capital, Brasília, onde loteamentos fechados ocupam áreas de preservação e terras da União (GOUVÊA; ÁVILA; RIBEIRO, 2014, p. 319-321).

Um dos grandes marcos para a regularização fundiária foi a edição das leis nº 11.977/2009 e nº 11.952/2009, enquanto aquela apresentou diversos avanços jurídico-administrativos, como a demarcação e a legitimação de posse, propiciando aos municípios instrumentos para a implementação de políticas pú-

blicas eficientes; esta trouxe agilidade e desburocratização para a regularização de terras urbanas e rurais de propriedade do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (Incra) na Amazônia Legal.

Para Gouvêa, Ávila e Ribeiro (2014, p. 336), embora essas alterações legislativas sejam importantes para a regularização de ocupações irregulares, também se deve atentar para alguns desafios que emergem juntamente com esses avanços legislativos, como a preservação dos direitos dos terceiros de boa-fé, o controle da especulação imobiliária nas áreas beneficiadas pelos projetos e a manutenção da responsabilização dos loteadores irregulares, ou seja, daqueles denominados grileiros de terras.

Quanto à regularização de loteamentos fechados, em dezembro de 2016, surgiu a Medida Provisória nº 759 que, dentre inúmeras inovações legislativas, trouxe o chamado loteamento de acesso controlado, que não trata propriamente do “loteamento fechado”, mas permite ao poder público municipal a regulamentação do controle de acesso, sem que haja, no entanto, “o impedimento de acesso a pedestres ou a condutores de veículos, não residentes, devidamente identificados ou cadastrados” (MP nº 759/2016).

Essa medida provisória passou a estabelecer novas regras para a regularização de terras da União ocupadas na Amazônia Legal e a disciplinar novos procedimentos para a regularização fundiária urbana. Seu texto revogou regras das leis nº 11.977/2009, nº 6.015/73 e nº 6.766/79, dentre outras, sendo convertida na Lei nº 13.465/2017, aprovada em 31 de maio de 2017. Entre a série de vetos realizados pelo presidente da República Michel Temer, um deles diz respeito à extensão a todos do perdão de dívidas de crédito de instalação, que é o financiamento para produtores assim que se instalam na terra; esse perdão foi mantido apenas para assentados da reforma agrária, como prevê a Lei nº 13.003/2004. Outros trechos vetados dizem respeito à competência e à divisão dos poderes, o primeiro referente ao financiamento para aquisição de imóvel rural com recursos do Fundo de Terras e da Reforma Agrária (FTRA), defendendo que caberia ao Executivo a regulamentação

das operações com recursos do FTRA; e o segundo referente à implementação do Sistema de Registro Eletrônico de Imóveis (SREI), à criação do Operador Nacional do Sistema de Registro Eletrônico de Imóveis (ONR) e a sua administração pelo Instituto de Registro Imobiliário do Brasil (IRIB), alegando que a organização administrativa é de competência do Poder Judiciário, não cabendo delegar sua criação e administração a uma entidade privada.

Com isso, em 2017, surge um novo marco legal para a regularização fundiária e para as políticas públicas delineadas pelas novas perspectivas, tanto para os assentamentos rurais como para os urbanos, traçadas pela Lei nº 13.465/2017. Para alguns autores, como Rachel Leticia Curcio Ximenes, Tiago de Lima Almeida e Marco Aurélio de Carvalho, essa grande alteração legislativa surgiu para amenizar os problemas existentes em relação à regularização fundiária, na medida em que a legislação existente não se mostrava eficiente em proporcionar segurança jurídica, tanto para o sistema registral brasileiro como para os ocupantes de áreas irregulares.

Para o ministro-chefe da Casa Civil, Eliseu Padilha, a lei moderniza e facilita a emissão dos títulos das propriedades, fazendo com que cerca de 460 mil títulos rurais sejam distribuídos até 2018, beneficiando mais de 150 mil famílias de baixa renda que vivem em áreas da União, possibilitando converter situação de evidente precariedade do exercício da cidadania na melhor expressão de dignidade do cidadão. Essa emissão de títulos rurais, resultado da regularização de domicílios urbanos irregulares, propiciará que mais imóveis sejam registrados, dando abertura aos serviços oferecidos pelos municípios e aquecendo o mercado imobiliário (MARQUES, 2017).

Com isso, visivelmente, o Brasil, assim como os países europeus na década de 1990, ingressa no projeto de privatização da habitação, com notório aumento da propriedade privada. Nas palavras de Rolnik (2015, p. 36-41), isso transforma a moradia própria em uma espécie de caixa eletrônico, sendo eficiente para garantir empréstimos para financiar o sustento e o consumo familiar, o que significa uma dívida disfarçada de riqueza,

uma vez que o estoque (casa) nada mais é do que o acumulado de dívidas. Esse fenômeno da facilitação de financiamento imobiliário para compra da moradia própria, e o conseqüente fluxo excedente de capital sobre os imóveis residenciais, já apresentou exemplo negativo conhecido mundialmente, a chamada bolha imobiliária, sofrida nos Estados Unidos, onde famílias sujeitam sua própria vida ao serviço da dívida (hipoteca) e passam de famílias endividadas a famílias sem-teto.

Esse modelo de Estado brasileiro – imobiliário-financeiro –, marcado por um processo de combate à pobreza e à exclusão social, com implementação de políticas públicas, que se utiliza da via de consumo para a efetivação do direito à moradia, apenas vem a reiterar a geografia da desigualdade social brasileira (ROLNIK, 2015, p. 36-41).

Observa-se, nas palavras do ministro das Cidades Bruno Araújo, a mesma retórica econômica negativa governamental já praticada por outros países e que passa a incorporar a política brasileira com o advento da publicação da Lei nº 13.465/2017, como se fosse um avanço para a economia. Apresenta como maior vantagem o fato de que o título de propriedade regularizado, resultado da edição das novas regras fundiárias, seja instrumento garantidor para alocar milhões de ativos na economia brasileira, passíveis de ser utilizados no mercado interno e no acesso ao crédito (MARQUES, 2017).

Isso faz com que a edição da Lei nº 13.465/2017 venha sendo criticada por inúmeros autores⁵ e por grandes entidades

5 Como exemplo, Luciana Bedeschi, Paulo Romeiro e Edésio Fernandes.

representativas brasileiras⁶, inclusive, gerando um manifesto chamado A carta ao Brasil.⁷

Para a Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão (PFDC), do Ministério Público Federal, as propostas ignoram a concepção de cidade assegurada pela Constituição Federal, a qual tem o objetivo de ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes (PROCURADORIA..., 2017).

Para Pinto (2017), as inovações trazidas pela n° Lei 13.465/2017 mantêm o sistema instituído a partir de 2009, com a Lei PMCMV, mas promovem alterações com o intuito de facilitar a regularização. Porém, agora o saldo final é negativo, na medida em que foram revogados desnecessariamente dispositivos de lei, os quais poderiam ter sido especificamente alterados, e ainda foram excluídos procedimentos fundamentais para a gestão pública eficiente e transparente.

6 Alguns órgãos e associações que firmaram a carta ao Brasil: Associação Brasileira de Ensino de Arquitetura e Urbanismo Acesso (ABEA); Acesso - Cidadania e Direitos e Humanos; ActiOnaid Brasil; Associação dos Geógrafos Brasileiros (AGB); Conselho Nacional das Populações Extrativistas (CNS); Confederação Nacional de Associações de Moradores (CONAM); Coordenação Nacional de Articulação das Comunidades Negras Quilombolas (CONAQ); Confederação Nacional dos Trabalhadores Rurais Agricultores e Agricultoras Familiares (CONTAG); Confederação Nacional dos Trabalhadores e Trabalhadoras na Agricultura Familiar do Brasil (CONTRAF/BRASIL); Coordenação Estadual das Promotoras Legais Populares do Estado de São Paulo; Democracia Corinthiana; Direitos Urbanos; Instituto Brasileiro de Análises Sociais e Econômicas (IBASE); Instituto Brasileiro de Direito Urbanístico (IBDU); Instituto Socioambiental (ISA); Laboratório do Espaço Público e Direito à Cidade (LabCidade); Laboratório de Habitação e Assentamentos Humanos (LabHa); Rede Nacional de Advogadas e Advogados Populares do Rio Grande do Sul (RENAP); União das Lutas de Cortiço e Moradia (ULCM); União Municipal de Entidades Comunitárias de Campinas (UMECC); União dos Movimentos de Moradia de São Paulo (UMMSP); União de Mulheres de São Paulo; Unificação das Lutas de Cortiços e Moradia – SP.

7 A CARTA AO BRASIL. Medida Provisória n° 759/2016: A desconstrução da Regularização Fundiária no Brasil. Introdução. A presente carta tem o objetivo de convocar ao engajamento os movimentos sociais brasileiros e todas e todos que acreditam na luta pela Reforma Urbana e Agrária, para que pressionemos o Governo Federal, exigindo que seja retirada da pauta do Congresso Nacional a Medida Provisória n° 759/2016 e que se promova um amplo debate sobre o direito à posse e à propriedade, pautado nos princípios constitucionais, nas garantias individuais e coletivas de trabalhadores rurais e urbanos, e no princípio da função social da propriedade, na cidade, no campo e na floresta. Política Nacional de Regularização Fundiária: uma construção democrática. Desde a década de 1970 os grandes centros urbanos foram alvo de notável crescimento populacional, e com ele o surgimento de assentamentos informais em todo o país, que se incorporaram nas favelas, áreas públicas ocupadas, loteamentos informais e conjuntos habitacionais implantados pelo poder público de forma irregular. Na época, a Lei n° 6.766/1979 deu os primeiros passos para o reconhecimento do direito à regularização fundiária dos loteamentos populares das periferias urbanas. (CARTA..., 2016).

Para Vasconcelos e Miranda (2017), o novo marco da regularização fundiária transporta para o Brasil as ideias frustradas do economista peruano Hernando de Soto, defensor do acesso à ordem fundiária formal para consequente acesso ao crédito, no intuito de fomentar o desenvolvimento econômico, combater a pobreza e aquecer a economia. Além disso, os autores consideram que se está diante de uma regulamentação fundiária inconstitucional que visa a manter a relação de dominação estatal sobre as maiorias através do endividamento da população.

Para a maioria da população – ou seja, para aqueles mais necessitados e que permanecem morando em aglomerações urbanas desprovidas de infraestrutura mínima – não haverá alteração significativa que possa beneficiá-la diretamente; ao contrário, segundo constou em alguns pontos negativos levantados e descritos em A carta ao Brasil, firmada por inúmeras entidades de classe e órgãos governamentais, o que passará a ocorrer será a insegurança jurídica, além do beneficiamento de ocupações irregulares pela população de alto potencial econômico.

Além disso, outros efeitos nocivos serão implementados, por exemplo, o rompimento de vários regimes jurídicos de acesso à terra, construídos com participação popular; a liquidação do patrimônio da União, colocando em risco a Floresta Amazônica; o favorecimento dos ricos, eis que flexibiliza a regularização de loteamentos e condomínios fechados de alto padrão; a extinção do tratamento prioritário das áreas de interesse social por parte do Poder Público e respectivo investimento em obras de infraestrutura; a extinção do licenciamento ambiental diferenciado para as áreas de interesse social, inviabilizando a regularização fundiária desses casos pelo município; a revogação de mecanismos para obrigar os loteadores irregulares e grileiros de terras públicas a promover a adoção de medidas corretivas, repassando ao Poder Público o encargo dos investimentos e impedindo seu ressarcimento; a criação do instrumento da legitimação fundiária, que permite a privatização sem nenhum critério legal, por mero ato discricionário do Poder Executivo, possibilitando a regularização de condomínios de alto padrão, loteamentos fechados

em áreas federais, sem a devida exigência de contrapartidas ambientais, a entrega do patrimônio público nacional ao mercado imobiliário e aos grandes empreendedores público-privados; sem esquecer da permissão à anistia para desmatadores e grileiros na Amazônia, uma vez ampliado o prazo para regularizar invasões e grilagens, inclusive tolerando o desmatamento como prova de ocupação (VIDAL, 2017).

Apesar de inúmeras críticas, autores como Braga Júnior (2017) acreditam que a MP nº 759/2009, atualmente convertida em lei, constitui avanço legislativo. No decorrer do tempo, surtirá efeitos positivos na sua implementação, uma vez que a intenção do Estado é regularizar as áreas informais e criar fontes de arrecadação e de movimentação econômica, regularizando as propriedades dos centros urbanos, tornando-as alvo de tributação municipal e produtos de arrecadação pública, passíveis de oneração para a garantia de operações financeiras na busca de crédito.

6. Conclusões

Importante se atentar para o fato de que, no Brasil, o mercado residencial legal atende a cerca de 30% da população; que em grandes centros urbanos, como Belo Horizonte, Porto Alegre, Rio de Janeiro, Salvador e Recife, algo em torno de 20% a 30% da população reside em favelas, e 40% a 50% das moradias são ilegais, significando que quase metade da população das metrópoles brasileiras encontra-se em condições de permanente insegurança (MARICATO, 2014, p. 184).

Não diferente dos assustadores índices da ocupação urbana e de sua baixíssima regularidade, segundo o Instituto Nacional da Reforma Agrária (Incra), apenas 4% do território da Amazônia legal é regularizado, situação que fomenta a atuação dos invasores e fraudadores (grileiros de terras). Além disso, estudos indicam que a ilegalidade de propriedade urbana não atinge somente a população pobre, uma vez que inúmeros loteamentos fechados – classificados como ilegais, já que não há

legislação que os abarque –, se difundem no território brasileiro. Dentre esses, se pode citar o loteamento/condomínio Alphaville Barueri, que tem grande parte de suas mansões construídas em terreno da União, usufruindo das terras e das áreas verdes públicas, fazendo com que o patrimônio público desperte irresistível interesse de privatização no mercado de alta renda (MARICATO, 2014, p. 186).

Nesse cenário, onde a ilegalidade é mais regra que exceção, no Brasil, seguindo sua tradição de aplicação da lei de acordo com as circunstâncias e o interesse dos poderosos, prefeituras e câmaras municipais aprovam leis ilegais no interesse particular de alguns grupos econômicos que satisfazem o mercado local, privatizando e regularizando áreas públicas (MARICATO, 2014, p. 186-187).

Nesse contexto, o Congresso Nacional, em 31 de maio de 2017, através da edição da Lei nº 13.465, aprovou inúmeros dispositivos que passaram a disciplinar a regularização fundiária e outros instrumentos jurídicos de implementação e de segurança da posse no Brasil. Embora se vislumbre a aparente inconstitucionalidade de tal lei – uma vez que foi submetida à aprovação do Congresso Nacional sem prévia consulta pública das populações atingidas e do Conselho Nacional das Cidades, bem como do Ministério Público e da Defensoria Pública, sem qualquer oitiva dos movimentos sociais e dos profissionais multidisciplinares da União, de estados e de municípios que trabalham com as políticas de regularização fundiária rural e urbana – ela trouxe significativas alterações nos direitos fundamentais de moradia, de função social da propriedade e de direito ao meio ambiente que merecem ser analisadas com isenção técnica a tal ponto de se confirmar a suposta violação de direitos e garantias fundamentais a partir dessa mudança de tratamento normativo (SAULE JÚNIOR, 2017).

7. Referências

AFTER Quito: implementation of the New Urban Agenda following Habitat III. **Lincoln House Blog: News**, 15 July 2016. Disponível em: <<http://www.lincolninst.edu/news/lincoln-house-blog/after-quito-implementation-new-urban-agenda-following-habitat-iii>>. Acesso em: 2 ago. 2017.

BRAGA JUNIOR, Adilson Fernandes. Uma análise da Medida nº 759/2016 sob o enfoque da legitimação fundiária e a criação do direito real de laje. **Jus**, 5 jan. 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/54937/uma-analise-da-medida-provisoria-759-2016-sob-o-enfoque-da-legitimacao-fundiaria-e-a-criacao-do-direito-real-de-laje>>. Acesso em: 3 ago. 2017.

BRASIL. Constituição (1998). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 20 set. 2016.

_____. Estatuto da Cidade. **Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001**. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Brasília, DF, 11 jul. 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm>. Acesso em: 20 fev. 2017.

_____. **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 [...]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13465.htm>. Acesso em: 2 ago. 2017.

_____. **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 [...]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/Mpv/mpv759.htm>. Acesso em: 10 jul. 2017.

_____. Senado Federal. **Parecer ao Projeto de Lei nº 6.025, de 2005, ao Projeto de Lei nº 8.046, de 2010, ambos do Senado Federal, e outros, que tratam do “Código de Processo Civil”** (Revogam a Lei nº 5.869, de 1973). Brasília, 2012. Deputado Sérgio Barradas Carneiro. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=103057>. Acesso em: 2 ago. 2017.

CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. **Curso de direito urbanístico**. Salvador: Editora Juspodivm, 2015.

CARTA ao Brasil: Medida provisória nº 759/2016: A desconstrução da Regularização Fundiária no Brasil. 2016. Disponível em: <https://media.wix.com/ugd/3afe0e_c70c43fe98fc41ac99dc00d2ffb3131c.pdf>. Acesso em: 4 ago. 2017.

CARVALHO, Afrânio de. **Registro de imóveis**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999.

CONGRESSO Internacional irá abordar solo urbano e políticas públicas; CNM recomenda participação. **Confederação Nacional de Municípios: Notícias**, Brasília, 24 abr. 2017. Disponível em: <<http://www.cnm.org.br/comunicacao/noticias/congresso-internacional-ira-abordar-solo-urbano-e-politicas-publicas-cnm-recomenda-participacao>>. Acesso em: 2 ago. 2017.

FERNANDES, Edésio. Política nacional de regularização fundiária: contexto, propostas e limites. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, v. 56, p. 241-256, jan./jul. 2004.

GOUVÊA, Denise de Campos; ÁVILA, Paulo Coelho; RIBEIRO, Sandra Bernardes. A regularização fundiária urbana na Amazônia legal. **Revista Brasileira de Estudos Urbanos e Regionais**, v. 11, n. 2, 2009. Disponível em: <<http://rbeur.anpur.org.br/rbeur/article/view/221>>. Acesso em: 27 jul. 2012.

MARICATO, Erminia. **O impasse da política urbana no Brasil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2014.

_____. O urbanismo na periferia do capitalismo: Desenvolvimento da desigualdade e da contraversão sistemática. In: GONÇALVES, Maria Flora (Org.). **O novo Brasil urbano: impasses, dilemas e perspectivas**. Porto Alegre: Mercado Aberto, 1995.

MARQUES, Gilberto. Conheça o novo plano de regularização fundiária. **Portal Brasil: Cidadania e Justiça**, Brasília, 11 jul. 2017. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2017/07/conheca-o-novo-plano-de-regularizacao-fundiaria>>. Acesso em: 4 ago. 2017.

MONTEIRO, Vitor. **Direito à moradia adequada**: perspectiva de efetivação como direito humano fundamental. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2015.

ONU. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948**. Rio de Janeiro: UNIC, 2009. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2016.

PAIVA, João Pedro Lamana. **Fórum Social Mundial: Projeto "More Legal"**. Porto Alegre, 2005. Disponível em: <<http://registrodeimoveis1zona.com.br/?p=220>>. Acesso em: 1 ago. 2017.

PINTO, Victor de Carvalho. Mitos e verdades sobre a lei de regularização fundiária urbana. **Caos Planejado**, São Paulo, 31 jul. 2017. Disponível em: <<https://caosplanejado.com/mitos-e-verdades-sobre-a-nova-lei-da-regularizacao-fundiaria-urbana/>>. Acesso em: 3 ago. 2017.

PROCURADORIA Federal alerta que "MP 759 agrava problemas da regularização de terras no Brasil". **Justificando**, 19 abr. 2017. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2017/04/19/procuradoria-federal-alerta-que-mp-759-agrava-problemas-da-regularizacao-de-terras-no-brasil>>. Acesso em: 4 ago. 2017.

RIO GRANDE DO SUL. Corregedoria-Geral da Justiça. **Consolidação normativa notarial e registral**: instituída pelo Provimento nº 32/06-CGJ. Atualizada até o Provimento nº 002/2016-CGJ (janeiro/2016). Disponível em: <<https://www.tjrs.jus.br/export/>>

legislacao/estadual/doc/CNNR_CGJ_Janeiro_2016_Provimento_002_2016.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2017.

RIOS, Arthur. **Regularização fundiária urbana**: procedimento administrativo de regularização de áreas pela Lei nº 11.977/2009. Curitiba: Juruá, 2013.

ROLNIK, Raquel. **Guerra dos lugares**: colonização da terra e da moradia na era das finanças. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2015.

ROMANINI, Anicoli. Parcelamento do solo urbano e loteamentos urbanísticos: Lei nº 6.766/79 e PL nº 3.057/2000. In: MUSSI, Andréa Quadrado; GOMES, Daniela (Orgs.). **Estatuto da cidade**: os desafios da cidade justa. Passo Fundo: IMED, 2011.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado. **AI nº 2150504-28.2016.8.26.0000**. 24ª Câmara de Direito Privado. Relator Des. Salles Vieira, julgado em 22/09/2016. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/387743776/agravo-de-instrumento-ai-21505042820168260000-sp-2150504-2820168260000/inteiro-teor-387743794>>. Acesso em: 5 fev. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto conteúdo e possível eficácia. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, n. 20, dez. 2009/fev. 2010. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/rere-20-dezembro-2009-ingo-sarlet.pdf>>. Acesso em: 14 jul. 2016.

_____. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SAULE JÚNIOR, Nelson. Por que ser contra a MP nº 759 e defender o Marco Legal Urbano que temos? **Justificando**, São Paulo, 10 fev. 2017. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2017/02/10/por-que-ser-contra-mp-759-e-defender-o-marco-legal-urbano-que-temos>>. Acesso em: 3 ago. 2017.

SILVA, José Marcelo Tossi. Registro de parcelamento regularizado (no estado de São Paulo). **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, v. 30, n. 62, p. 38-61, jan./jun. 2007.

SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Direito à Moradia e de Habitação**: análise comparativa e seu aspecto teórico e prático com os direitos da personalidade. 3. ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Presidencialismo de coalização em crise. **Jota**, Rio de Janeiro, 13 mar. 2015. Disponível em: <<https://jota.info/artigos/presidencialismo-de-coalizacao-em-cri-se-13032015>>. Acesso em: 2 jul. 2017.

VASCONCELOS, Luiz Fernando; MIRANDA, Isabella Gonçalves. **Medida Provisória nº 759**: gestão capitalista das cidades, estado de exceção e o sistema do golpe de 2016. São Paulo, 3 maio 2017. Disponível em: <<http://indebate.indisciplinar.com/2017/05/03/medida-provisoria-759-gestao-capitalista-das-cidades-estado-de-excecao-e-o-sistema-do-golpe-de-2016/>>. Acesso em: 2 ago. 2017.

VIDAL, Joana. Medida Provisória nº 759: a desconstrução da regularização fundiária no Brasil. **Terramar**, 16 fev. 2017. Disponível em: <<http://terramar.org.br/2017/02/16/mp-759-a-desconstrucao-da-regularizacao-fundiaria-no-brasil/>>. Acesso em: 3 ago. 2017.

O PAPEL DA JUNTA COMERCIAL NO COMBATE AOS CRIMES DE LAVAGEM DE DINHEIRO

Mario Ederich Filho¹

¹ Mestrando em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público - FMP. Advogado e Analista Técnico de Registro do Comércio da Junta Comercial do Rio Grande do Sul. Especialista em Direito Empresarial e Societário pela FMP. Especialista em Direito Público pela FMP. E-mail: ederich.mario@gmail.com

Resumo

O presente artigo pretende abordar o papel da Junta Comercial no combate aos crimes de lavagem de dinheiro a partir da edição da Lei 12.683/2012, a qual tornou mais eficiente a persecução penal dos crimes econômicos. Essa lei determinou que algumas pessoas estão obrigadas a passar por mecanismos de controle e identificação de operações suspeitas de lavagem de dinheiro. Dentre as pessoas sujeitas às regras de *compliance* estão as Juntas Comerciais. Essas pessoas obrigadas ao *compliance* devem ser treinadas por pessoas que saibam as novas regras dentro do cenário de delinquência econômica, sendo utilizadas suas estruturas e seu pessoal como forma de dar a aparência de licitude aos recursos oriundos de atividades ilícitas.

Palavras-chave: Compliance. Junta Comercial. Lavagem de Dinheiro.

Abstract

This article intends to address the role of the Board of Trade in the fight against money laundering crimes since the enactment of Law 12.683 / 2012, which has made the criminal prosecution of economic crimes more efficient. This law determined that some people are obliged to control and identify suspicious money laundering operations and within the people subject to the rules of compliance are the Business Boards. These compliance enforcers must train people with the new rules within the scenario of economic delinquency with the use of structures and personnel as a way to make the appearance of lawfulness of the proceeds from illicit activities appear to be lawful.

Keywords: Compliance. Board of Trade. Money Laundering.

1. Considerações iniciais

O tema de *compliance* teve a sua importância ressaltada devido aos casos de corrupção que surgiram no cenário nacional, principalmente nos últimos dois anos. Estes possuem a sua existência legal dentro da norma sobre crimes de lavagem de dinheiro, no entanto, com a alteração legislativa desses crimes promovida pela Lei 12.683/2012, ocorreram grandes mudanças.

O objetivo dessa lei modificadora é tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro, ampliando um sistema nacional de antilavagem de dinheiro, trazendo modificações, as quais serão tratadas no presente artigo, em especial, em relação às obrigações de *compliance* das entidades sensíveis com a inclusão de novos personagens obrigados a manter estruturas de colaboração com o combate aos crimes de lavagem de dinheiro.

A última alteração legislativa da lei de lavagem de dinheiro modificou diversos preceitos, como veremos, transformando a lei de lavagem de capitais em uma lei de terceira geração, retirando a taxatividade do rol de crimes antecedentes, incluindo qualquer infração penal e atingindo as contravenções penais.

Dentre as pessoas obrigadas aos mecanismos de controle estão as Juntas Comerciais. Essas novas pessoas inseridas nas obrigações de controle devem preparar-se para o cumprimento de regras de *compliance* com formação de cultura. Porém, deve haver um treinamento das pessoas a partir das novas regras e, contextualizando o cenário de delinquência econômica, em relação à utilização de estruturas e pessoal como forma de aparentarem lícitos os recursos oriundos de atividades ilícitas. Onde efetua-se um recorte? A Junta Comercial do Rio Grande do Sul cumpre com as obrigações de *compliance*?

2. Cenário das obrigações de compliance

A primeira geração da lei de lavagem de dinheiro previa somente a punição como lavagem de dinheiro em caso do crime precedente ser o do tráfico de drogas, conforme proposto na Convenção de Viena, concluída em 20 de dezembro de 1988, a qual foi aprovada pelo Congresso Nacional, pelo Decreto Legislativo nº 162, de 14 de junho de 1991, entrando em vigor internacionalmente em 11 de novembro de 1990, e sendo promulgada pelo Presidente da República pelo Decreto nº 154, de 26 de junho de 1991. Esta trata sobre o tráfico ilícito de entorpecentes e substâncias psicotrópicas

A Convenção de Viena reconhece os ganhos financeiros vultosos com a atividade de tráfico de entorpecentes, possibilitando que as organizações transnacionais criminosas invadam, contaminem e corrompam as estruturas da Administração Pública, as atividades comerciais e financeiras lícitas, e toda a sociedade. A partir da Convenção de Viena, há a influência no ordenamento jurídico com a necessidade de prevenir os crimes de lavagem de dinheiro.

Na Convenção existia um mandado de criminalização para o caso de conversão e transferência de bens, caso esses sejam oriundos do crime de tráfico de entorpecentes, ou que tenham o objetivo de ocultar ou encobrir a origem de bens. Nesse momento inicia a primeira geração de leis de lavagem de capitais.

Conforme Anselmo, o Brasil iniciou o processo de inclusão no contexto internacional de combate e prevenção aos crimes de lavagem de dinheiro a partir do momento da internalização da Convenção de Viena:

O processo de inserção do Brasil no combate à lavagem de dinheiro pode ser resumido a três iniciativas principais: a internalização da Convenção de Viena sobre o tráfico de substâncias entorpecentes, a introdução no ordenamento pátrio da Lei 9.613/1998, que tipifica o crime de lavagem de dinheiro e cria o sistema nacional de prevenção e, finalmente, a sua inserção como membro do Gafi, cujo início se deu a partir de correspondência do então Ministro da Fazenda ao organismo, em 26.04.1999, dando conta da

estruturação do combate à lavagem de dinheiro no país e do interesse do Brasil em integrá-lo. (ANSELMO, 2015, p. 349-378).

O combate aos crimes de lavagem de capitais pode ser observado nas gerações de leis que tratam do assunto, em sua evolução legislativa:

A tipificação do delito de lavagem de dinheiro, defendida e proposta desde a Convenção de Viena, foi fundamental para a ideia de *compliance*, pois, gerou inúmeras medidas de prevenção e controle, que abrangiam o dinheiro oriundo exclusivamente do narcotráfico. As legislações que utilizavam o crime de tráfico de entorpecentes como crime precedente vieram a se denominar legislação de primeira geração. Diante da necessidade de tratamento diverso para delitos tidos como graves, e da utilização de outras técnicas, aparecem as leis de lavagem de dinheiro de segunda geração, que passaram a contemplar um rol de crimes precedentes. Já a legislação tida como de terceira geração desvincula o crime de lavagem de dinheiro a crime anterior específico, estabelecendo a lavagem de dinheiro como a ocultação/dissimulação sem qualquer delito específico. (MORAIS, 2016, p. 93-113).

Salienta-se que o Brasil nunca teve uma lei de primeira geração. No surgimento da lei 9.613/98 já houve a inclusão de mais crimes antecedentes, além do de tráfico de drogas, sendo esta, então, caracterizada como uma lei de segunda geração. A lei brasileira de lavagem de capitais foi melhorada por meio do destaque de oito pontos: ampliação do rol de crimes antecedentes; reconhecimento do dolo eventual em crimes de lavagem de capitais; ampliação de pessoas obrigadas a identificação dos clientes e manutenção dos registros, bem como a comunicação das operações financeiras; obrigatoriedade de *compliance* a essas pessoas; desnecessidade de ordem judicial para que as instituições forneçam as informações ao Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF); obrigatoriedade de declaração de que não houve operações suspeitas; aumento das sanções administrativas; e acesso aos dados pelas autoridades (BOTTINI, 2015, p. 163-195).

Dentre as inovações existentes na lei de lavagem de dinheiro passaremos a apresentar o *compliance*, tendo em vista que houve uma ampliação das pessoas obrigadas a identificarem os seus clientes e manter os seus cadastros, bem como a comunicarem operações financeiras ao COAF.

3. Conceito de *compliance*

A lei de lavagem de capitais aumentou a responsabilidade do combate à lavagem de dinheiro com as entidades privadas, retirando a ideia de que o Estado deve ser o único agente responsável pelo combate desses crimes. Transferindo o dever de vigilância para as pessoas no âmbito privado, relativiza-se os deveres de manutenção de sigilo nas relações entre essas entidades e os seus clientes, já que somente a repressão a esse tipo de delito não tem surtido efeito (LIMA, 2014, p. 57).

As funções de *compliance* previnem também que empresas sejam utilizadas como instrumentos para o cometimento desses crimes, já que essas têm suas estruturas e seu pessoal utilizados para a prática de lavagem de dinheiro, o que coloca em risco a continuidade dos negócios da empresa (LIMA, 2014, p. 57).

Nesse caminho percebeu-se que a melhor forma de combate ao crime organizado seria a identificação do resultado do ilícito e o impedimento que este entrasse no mercado como dinheiro limpo, levando a Comunidade Internacional a desenvolver políticas para afastar o autor do crime, impedindo que pessoas façam negócios com ele, mesmo com aspectos lícitos e legais (BOTTINI, 2015, p. 163-195).

Em razão disso a legislação estabeleceu estruturas específicas com a finalidade de vincular empresas e profissionais de setores que são usados para a lavagem de dinheiro, determinando alguns deveres, como o de manter registro das atividades desenvolvidas pelos seus clientes, e a obrigação de comunicar atos suspeitos às autoridades públicas. Essas obrigações significam a transferência de responsabilidade do Estado com a

prevenção para determinados setores, determinando que estes sigam algumas normas de colaboração, que, se não cumpridas, resultam em sanções administrativas e até penais (BOTTINI, 2015, p. 163-195).

Segundo Bottini (2015, p. 163-195), o *compliance* é caracterizado pelo conjunto de mecanismos decorrentes da política empresarial com a finalidade de prevenção à lavagem de dinheiro. Resgata o conceito de *compliance*:

Compliance – do termo inglês *comply* – significa o ato ou procedimento voltado à implementação de procedimentos para assegurar o cumprimento das normas reguladoras de determinado setor, o monitoramento constante para assegurar seu cumprimento e a aplicação de sanções disciplinares diante de atos falhos ou de má-fé. (BOTTINI, 2015, p. 163-195).

Esclarece que o conceito de *compliance* é oriundo da economia, sendo colocado no Direito Empresarial, como sendo a posição, observância e cumprimento das normas, as quais não são somente as de natureza jurídica, podendo significar como o programa de produção e integração de normas internas. Em um conceito mais amplo seria a formação de cultura de apoio à prática de condutas éticas. Bottini sintetiza:

A ideia de *compliance* é garantir, sob uma perspectiva ex ante, o cumprimento das normas direcionadas à área de atuação de determinada instituição, a fim de evitar problemas políticos e jurídicos decorrentes de falhas de organização interna que coloquem a empresa em situação de conflito com os atos regulatórios. (BOTTINI, 2015, p. 163-195).

O *compliance* iniciou a partir das instituições financeiras, desenvolvendo-se de forma mais forte a partir de escândalos de governança e da crise financeira de 2008, na qual órgãos internacionais orientaram que as políticas de *compliance* deveriam ser estimuladas e tonificadas pelas leis domésticas de cada país, instituindo a obrigatoriedade desses mecanismos em diversas instituições (BOTTINI, 2015, p. 163-195).

O *compliance* tem uma grande importância na proposição de boas práticas de governança corporativa e na precaução

da existência de casos de corrupção (BLOK, 2014, p. 263-318). Quanto ao termo de governança corporativa:

[...] sua origem como conhecemos hoje está datada da metade de 1980 e início dos anos 1990, já que no ano de 1991 foi usado pela primeira vez o termo *corporate governance* pelo estudioso da área Robert Monks, que viria a lançar uma obra acerca do tema em 1995, nos Estados Unidos. O primeiro código de práticas de governança, chamado de Cadbury Report, foi publicado em 1992 na Inglaterra. (TEIXEIRA; AZEVEDO, 2017, p. 73-96).

O surgimento da governança corporativa nos Estados Unidos da América deve-se ao denominado “conflito de agência”. Considerando a separação da propriedade das grandes companhias com o seu controle, durante a qual, em virtude do conflito de interesses, os administradores buscam seus usufrutos pessoais em detrimento da maximização dos lucros e do valor da companhia (TEIXEIRA; AZEVEDO, 2017, p. 73-96).

A governança corporativa aparece com o objetivo de tutelar esses conflitos, pretendendo reduzi-los até torná-los inexistentes. Com o fulcro de conciliar interesses e de ser guardião de valores corporativos, houve grande evolução após a criação estadunidense da Lei Sarbanes-Oxley, conhecida como SOx, em razão dos escândalos de fraude contábil que envolveram as empresas Enron Corporation, Tyco International PLC e Worldcom. Estas colocaram o sistema financeiro americano em quase colapso, resultando na perda da confiança dos investidores nos registros contábeis e na governança corporativa (TEIXEIRA; AZEVEDO, 2017, p. 73-96).

Nesse mesmo contexto de prevenção de práticas antiéticas encontra-se o *compliance*:

O *compliance* ou conformidade (com as leis) aparece no mercado pela primeira vez em 1906, com a criação de um conjunto de regramentos vinculados à saúde alimentar e ao comércio de medicamentos nos Estados Unidos, o chamado Food and Drug Act. O seu alcance global é marcado

pelo Acordo de Haia e a criação do Bank for International Settlements (BIS)²¹, em Basileia, na Suíça, na década de 1930. É em 1934 que de fato há a intensificação deste instituto, já que é o ano de criação da SEC. (TEIXEIRA; AZEVEDO, 2017, p. 73-96).

Nesse mesmo contexto, o Brasil edita a Lei 9.613/1998, a qual criou o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF) e, ainda no âmbito das instituições financeiras, o Banco Central do Brasil editou a Resolução 2.554/1998, a qual estabeleceu a exigência das Normas de Controles Internos, direcionando as instituições financeiras para a necessidade de criação de *Compliance* (TEIXEIRA; AZEVEDO, 2017, p. 73-96).

Teixeira e Azevedo (2017, p. 73-96) ressaltam a importância da Norma Australiana AS 3806:1998, a qual estabelece os princípios de *compliance* e define a sua função, afirmando que um programa de conformidade é um elemento importante para a governança corporativa e para a devida diligência de uma organização, devendo este (a) visar prevenir e, quando necessário, identificar e responder a violações de leis, regulamentos, códigos ou padrões organizacionais que ocorram no organização; (b) promover uma cultura de conformidade dentro da organização; e (c) ajudar a organização a permanecer ou se tornar um bom cidadão corporativo.

Gloeckner e Silva estabelecem a relação entre *compliance* e governança corporativa:

A *compliance* está também associada àquilo que se pode denominar de corporate governance, que pode ser compreendida como um sistema de direção e organização empresarial. A governança corporativa envolve mecanismos regulatórios de mercado bem como as relações existentes entre a direção da empresa, os stakeholders e acionistas no que concerne à atividade-fim para a qual foi criada a empresa. A *compliance*, assim, é elemento essencial das práticas negociais, como uma espécie de mandamento ético, passando a ser tema regulado pelo direito econômico. (GLOECKNER; SILVA, 2014, p. 147-172).

O oposto de *compliance* é o *non-compliance* que pode ser visualizado como sendo dois casos: a contrafaticidade do

comando legal e o *non-compliance* como procedimento. A segunda situação de *non-compliance* figura duas situações diversas: a primeira é uma conduta fora do âmbito de regulação, a qual é identificada imediatamente, permitindo o controle da agência fiscalizadora (*compliance officer*) e da autoridade judiciária ou investigadora (Polícia Judiciária ou Ministério Público); a segunda decorre de uma crise no procedimento de *compliance*, com a inobservância sistemática dos comandos normativos, mesmo após a manifestação do agente controlador (GLOECKNER; SILVA, 2014, p. 147-172).

O Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento da AP - 470, Caso Mensalão, entendeu que a violação dos deveres de *compliance* acarretaria na condenação.

Basicamente, houve uma subsunção automática na qual a violação do dever de informar as operações suspeitas determinava a condenação, pela qual o descumprimento de deveres (*non-compliance*) seria incriminado. Esta interpretação automática "infração de dever = prática de delito" se confirmou não apenas nas condenações, mas também nas absolvições. (SAAD-DINIZ, 2013, p. 151).

O STF adotou um modelo dito punitivista, já que o descumprimento das regras de *compliance* motivaram a incriminação, mesmo as teses de defesa fundamentando-se na demonstração da ausência de irregularidades nos programas de *compliance* e de comunicação às autoridades (SAAD-DINIZ, 2013, p. 151).

4. Criminal compliance

No âmbito do Direito Penal, reconhece-se a existência de relações sociais complexas e dos processos de globalização que proporcionaram a aparição de crimes transnacionais. Estes exigem do direito penal econômico que este possua uma nova aparência nas categorias, em especial considerando os deveres de informação e atuação de determinados responsáveis em relação ao mercado e às condutas dos seus agentes (GLOECKNER; SILVA, 2014, p. 147-172).

Esse cenário de globalização da criminalidade econômica também é percebido por Saad-Diniz:

A concentração de poder econômico das organizações empresariais promoveu uma série de transformações nas formas de se interpretar e aplicar o direito penal econômico, especialmente a partir dos anos 1990, com a intensificação do processo de globalização econômica. Em face do novo contexto econômico, as teses tradicionais do direito penal liberal viram-se questionadas pela perda de eficácia frente aos problemas de responsabilização no âmbito empresarial. O problema do direito penal econômico passa a ser não mais os postulados clássicos de legalidade e individualização da culpabilidade, mas sim a descrição bem acabada do comportamento complexo dos agentes econômicos e o novo regime de necessidade de intervenção penal no âmbito das organizações empresariais. (SAAD-DINIZ, 2013, p. 151).

Nesse contexto surge a *criminal compliance*, na qual há a possibilidade de cometimento de condutas e atividades ilícitas acobertadas ou relacionadas às práticas econômicas e financeiras de determinados agentes. Na cultura preventiva desses crimes, cria-se uma gestão de riscos da persecução penal com procedimentos padronizados e controlados por uma agência fiscalizadora, a qual é constituída por instituições econômico-financeiras de capital aberto (GLOECKNER; SILVA, 2014, p. 147-172).

A *criminal compliance* tem como escopo o acolhimento de um sistema de prevenção da criminalidade empresarial e a efetivação de mecanismos de controle interno e externo, bem como o suporte ao incentivo para que os deveres de colaboração sejam cumpridos conforme a lei (SAAD-DINIZ, 2013, p. 151).

A criação de procedimentos para o setor permite o controle de práticas conforme o manual de procedimentos, possibilitando identificar se uma conduta encaixa-se fora da regra, vigiando para evitar que esta torne-se endêmica, já que cada vez mais torna-se difícil a distinção entre as condutas lícitas e as ilícitas, devendo as organizações priorizarem constantemente suas ferramentas de *compliance* para as atividades criminosas potenciais a luz dos riscos identificados. Essa atividade deve

distinguir os graus de riscos, avaliando cada um deles de acordo com a atividade da instituição, classificando o patamar dos controles internos, testando sua frequência e estabelecendo os recursos necessários para gerir o risco (GLOECKNER; SILVA, 2014, p. 147-172).

Segundo Gloeckner e Silva,

O risco *compliance* nada mais é do que a possibilidade de aplicação de sanções jurídicas ou regulatórias, de perdas financeiras ou da credibilidade da agência financeira no mercado, decorrentes do descumprimento de leis, regulamentos, códigos de conduta ou de boas práticas em determinado setor. Certamente, também, uma das funções *compliance* é a identificação e prevenção das condutas de lavagem de dinheiro, que está na origem dos regramentos da criminal *compliance* no Brasil. (GLOECKNER; SILVA, 2014, p. 147-172).

Blok (2014, p. 263-318), em artigo sobre a lei anticorrupção, comenta que o artigo que estabelece que deverá ser considerada a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e conduta no âmbito da pessoa jurídica destaca que essa previsão consolidará a cultura de *compliance* no país, incentivando os empresários a mitigar os riscos e evitar o comprometimento da entidade em atividades ilícitas, bem como fortalecendo sua imagem perante a sociedade.

Segundo Santos (2012, p. 231-234), "o programa de *compliance* é a ferramenta mais adequada para se diminuir os riscos decorrentes das atividades empresariais e com isso minimizar as possibilidades de ocorrência de situações capazes de gerar prejuízo à empresa".

Quanto ao gerenciamento de riscos, esclarecem Saad-Diniz e Martinelli:

Em função dos riscos inerentes à atividade empresarial e das oportunidades para as infrações econômicas geradas na própria organização empresarial, as formas jurídicas diferenciaram-se para desenvolver estratégias que pudessem ir além da mera cisão entre o comportamento proibido e

o permitido. O principal desenvolvimento do direito se deve à incorporação de planejamento funcional e gestão de liberdade de ação arriscada, antecipando os focos de perigo no ambiente empresarial pelas vias da antecipação da responsabilidade individual (individual accountability), pela posição que se ocupa na hierarquia da organização. É precisamente em função disso que se desenvolveram as formas jurídicas do “vigia”, aquele que protege e assegura à empresa de que suas operações não serão vulneradas por suspeitas de ilícito. (Saad-Diniz; Martinelli, 2017, p. 69-89).

O surgimento dos deveres de *compliance* surgem com a lei de lavagem de dinheiro, crime caracterizado pela prática de transformação da origem ilegal de determinados bens/valores em outros aparentemente lícitos, razão pela qual essa conduta deveria ser detectada antes do mascaramento, já que após este aumenta a dificuldade de obter-se provas e recuperar os ativos oriundos do ilícito.

Lavagem de dinheiro engloba crimes que acobertam outras infrações penais. Sua criminalização é justificada pela fragmentação da prova com a criação de obstáculos para comprovar a materialidade do crime, sendo que, pelo caráter transnacional desses crimes evidenciado pelo uso de operações em cascata com a utilização do mercado financeiro que se desdobra em outros países, há a necessidade de cooperação jurídica internacional.

Nesse cenário há o auxílio de empresas lícitas e a utilização de recursos de origem lícita, dificultando a demonstração do uso de valores de natureza ilícita, prejudicando a materialização do crime por ser necessário comprovar o dolo e embaraçando a prova do elemento subjetivo do tipo.

Para evitar a prática dos crimes de lavagem de dinheiro, o Estado determinou a sujeitos sensíveis à prática desse crime que assumam o ônus do cumprimento de deveres estabelecidos pelas boas práticas negociais para permitir a prevenção prévia do delito de lavagem de capitais, estipulando consequências jurídicas da inobservância das regras legais de *compliance* e de comunicação das operações financeiras.

A lei 12.683/2012 incluiu como sujeito sensível as Juntas Comerciais, sendo assim, passamos a debater o papel desse ente no combate aos crimes de lavagem de dinheiro.

5. A Junta Comercial do Rio Grande do Sul e o *compliance*

O Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins não é objeto de estudo aprofundado em matérias de ordem acadêmica, sendo estudado como instrumento auxiliar do empresário para o exercício da atividade empresária, uma das obrigações do empresário. O Registro de Empresas é organizado pela Lei nº 8.934/1994, através do Sistema Nacional de Registro de Empresas Mercantis (Sinrem), o qual é composto pelo Departamento de Registro Empresarial e Integração (DREI), órgão central com função supervisora, orientadora, coordenadora e normativa no plano técnico, e supletiva no plano administrativo; e pelas Juntas Comerciais, como órgãos locais com função executora e administradora dos serviços de registro.

DREI é a nomenclatura atual do antigo Departamento Nacional de Registro do Comércio (DNRC), nome que está presente na Lei 8.934/1994 e no Decreto 1.800/1996, que regulamenta a execução dos serviços. No entanto, aquele teve a nomenclatura modificada pelo Decreto nº 8.001/2013, repetida pelo atual Decreto nº 8.917, de 29 de novembro de 2016, com a alteração promovida pelo Decreto nº 9.067, de 31 de maio de 2017.

A função precípua do Registro Público de Empresas compreende matrículas e cancelamentos de leiloeiros oficiais, tradutores públicos e intérpretes comerciais, administradores de armazéns-gerais e trapicheiros; o arquivamento dos atos constitutivos, alterações e extinções de firmas mercantis individuais, das declarações de microempresas e de empresas de pequeno porte, dos atos constitutivos e das atas das sociedades anônimas, bem como os de sua dissolução e extinção, dos atos constitutivos e das respectivas alterações das demais pes-

soas jurídicas organizadas sob a forma empresarial mercantil. Do mesmo modo, esta compreende a dissolução e extinção dos documentos relativos à constituição, a alteração, dissolução e extinção de cooperativas, os atos relativos a consórcios e grupos de sociedades, os atos relativos à incorporação, cisão, fusão e transformação de sociedades mercantis, de comunicação, segundo modelos aprovados pelo DREI, a paralisação temporária das atividades e de empresa mercantil que deseja manter-se em funcionamento, no caso de, nessa última hipótese, não ter procedido a qualquer arquivamento na Junta Comercial no período de dez anos consecutivos. O Registro também é responsável pelos atos relativos a sociedades mercantis estrangeiras autorizadas a funcionar no País, pelas decisões judiciais referentes a empresas mercantis registradas, pelos atos de nomeação de trapicheiros, administradores e fiéis de armazéns-gerais, pelos demais documentos que, por determinação legal, sejam atribuídos ao Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins ou por aqueles que possam interessar ao empresário ou à empresa mercantil, assim como pela autenticação dos instrumentos de escrituração das empresas mercantis registradas e dos agentes auxiliares do comércio, na forma da lei própria.

A competência do Registro Público de Empresas encontra-se no artigo 32 da Lei 8.934/1994, sendo que o objeto do artigo não trata de tecer comentários sobre a atividade das Juntas Comerciais, já que o Código Civil estabelece para aqueles que desejarem exercer atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços é necessário inscrever-se no Registro de Empresas antes da exploração e do início de suas atividades.

Ocorre que a Lei 12.683/2012 incluiu as Juntas Comerciais como sujeito ao mecanismo de controle para a identificação dos clientes e manutenção de registros e a comunicação de operações financeiras. Esta lei entrou em vigor na data de sua publicação, em 09 de julho de 2012. Assim, foi estabelecida uma nova atribuição a esse ente público, devendo comunicar as operações suspeitas, identificando-as.

Tal alerta é realizado por Lima:

Da mesma forma, a lei antilavagem, no mesmo art. 9º, inciso XIII, acrescentou para as Juntas Comerciais, além do exame do conteúdo e formalidade dos atos empresariais a serem arquivados (art. 35 e 39 da Lei nº 8.934/94), a obrigação de vigilância de operações suspeitas, incluindo aqui certamente, como também aos notários, um especial dever de identificação dos reais envolvidos nas operações submetidas. (LIMA, 2014, p. 71-72).

Apesar da norma ter entrado em vigor em 09 de julho de 2012, o DREI, como órgão regulador das Juntas Comerciais, somente editou Instrução Normativa em 04 de junho de 2014 – IN/24 – concedendo um prazo máximo de 18 meses para que as Juntas Comerciais implementassem integralmente as disposições dessa normativa.

Ocorre que a Junta Comercial do Rio Grande do Sul, apesar da lei existir há 5 anos e o prazo da Instrução Normativa vigendo desde 06/12/2015, ainda não tomou as precauções para o cumprimento das normas de *compliance* a ela imposta pela Lei de Lavagem de Capitais, demonstrando a inexistência de uma cultura *compliance*, que seria uma nova ética ou um mandamento ético em razão da transferência da responsabilidade do controle a grupos que antes não possuíam essa responsabilidade, a qual era própria do Ministério Público e da Polícia Judiciária (GLOECKNER; SILVA, 2014, p. 147-172).

Acontece que para a ausência do cumprimento de normas legais de *compliance* por sujeitos sensíveis ao crime de lavagem de dinheiro imposto legalmente não há explicação plausível, especialmente por ser esse sujeito parte da Administração Pública, caso da Junta Comercial do Rio Grande do Sul, a qual é uma Autarquia do Poder Executivo. Supõe-se que por isso não há a preocupação com o treinamento dos servidores para identificarem condutas que possam mascarar crimes de lavagem de dinheiro.

A falta de treinamento é clara quando o próprio servidor da Receita Federal, o qual foi destacado para fazer o treinamento, não consegue identificar quais são os atos que deveriam ser considerados suspeitos pelos servidores responsáveis pela análise dos documentos submetidos ao registro. A Junta Comercial

do Rio Grande do Sul deveria promover um salto de cultura organizacional da mesma forma que as empresas obrigadas ao *compliance* foram ou estão sendo obrigadas a fazê-lo, com a responsabilização administrativa prevista na Lei de Lavagem de Capitais.

Há um grande problema na busca de fontes para subsidiar o comportamento de um sujeito que faz parte da Administração Pública a seguir regras de *compliance*, já que o maior problema de implantação em empresas privadas obrigadas é a sua imagem perante os seus clientes, bem como o custo de treinamento e a criação de setor específico para análise *compliance*. Buscaglia identifica a responsabilidade pela não implementação da prática das convenções internacionais como sendo culpa de burocracias com a presença de funcionários desvinculados de controle social e sem a necessidade de prestação de contas:

Por ejemplo, cada día es más evidente que las diversas convenciones de la ONU contra la delincuencia organizada y la corrupción no han servido porque no existe ningún mecanismo internacional vinculante y "con dientes" que permita implementarlas en la práctica; las burocracias encargadas de hacerlas cumplir se componen de funcionarios totalmente desligados de cualquier mecanismo de representatividad o de control social, carentes de adecuados sistemas de rendición de cuentas. Dichos funcionarios, técnicamente mediocres en su mayoría, se hallan incrustados en burocracias internacionales que durante años han mantenido lujosos trenes de vida con obscenos ingresos sin vínculo al desempeño y que recitan las convenciones internacionales de país en país desde hoteles de cinco estrellas. Esta patética situación contribuye a comprender una de las paradojas arriba señaladas. (BUSCAGLIA, 2016, p. 37).

A Instrução Normativa nº 24 editada pelo DREI estabelece que em caso de sério indício dos crimes previstos na Lei de Lavagem de Dinheiro incumbe ao técnico, analista ou vogal do Registro Empresarial responsável solicitar o encaminhamento ao COAF. Estes serão encaminhadas ao Presidente da Junta Comercial que, facultada a análise, deverá comunicar o COAF no

prazo de 24 horas, aquele ainda podendo utilizar da Procuradoria para análise das informações.²

Dá-se que a Instrução Normativa somente repetiu partes da Lei nº 9.613/1998 quanto à existência de sérios indícios dos crimes previstos nessa Lei. No entanto, quais seriam esses indícios? Essa resposta pretende-se buscar com a utilização de alguns casos específicos colhidos pela Análise Técnica daquele órgão.

Na análise de documentos submetidos ao registro, muitas vezes, existem operações de compra e venda realizadas por menores de idade. Os analistas estão atentos ao mau uso dessas negociações e ao prejuízo que pode ser causado aos menores, muitos tornados insolventes antes de atingir a maioridade, ou sendo testas-de-ferro para negócios obscuros de seus representantes legais. Porém, os analistas, somente pela análise das formalidades, nada podem fazer para obstar tal arquivamento, em especial, as previstas no art. 974, §3 do Código Civil, que determina que o capital social deve estar totalmente integralizado, além de que o incapaz não pode exercer a administração da sociedade, devendo ser assistido ou representado por seus representantes legais, em caso de ser relativamente ou absolutamente incapaz, respectivamente.

Ocorre que a compra e venda para sócio incapaz possui um sério indício de uma doação simulada, já que muitas vezes esses não possuem recursos financeiros para aquisição de determinados bens. Isto é, aquelas estão mascarando uma sonegação fiscal por deixar de recolher o ITCD – Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação –, referente à transferência de bens ocorrida de forma gratuita, mascarada sob uma

2 Art. 3º Havendo sério indício dos crimes previstos na Lei nº 9.613, de 1998, caberá ao técnico, analista ou vogal do Registro Empresarial responsável pelo procedimento solicitar o encaminhamento ao COAF.

§ 1º As informações colhidas pelo responsável serão encaminhadas ao Presidente da Junta Comercial que, facultada a análise, deverá comunicá-las ao COAF no prazo de vinte e quatro horas.

§ 2º O Presidente da Junta Comercial poderá utilizar-se da respectiva Procuradoria para a análise das informações.

§ 3º O prazo de vinte e quatro horas a que se refere o parágrafo primeiro, contará da apreciação das informações pelo Presidente da Junta Comercial, após análise da respectiva Procuradoria, se for o caso.

§ 4º O procedimento previsto no caput não obsta o arquivamento do ato.

compra e venda. Ademais, trata-se de uma presunção legal de doação tratando-se de transmissão de bem ou direito em favor de pessoa sem capacidade financeira, inclusive de pessoa relativamente ou absolutamente incapaz, conforme o §5º do artigo 2º da Lei Estadual do Rio Grande do Sul nº 8.821/1989, incluído pela Lei Estadual 14.136/2012.

Assim, em caso de transferência de quotas para sócio incapaz sob a forma de compra e venda, deverá essa ser comunicada ao COAF?

Outro caso corriqueiro é o de aumento de capital social das empresas com bens ou em dinheiro. Em quais casos poderia haver um sério indício de lavagem de dinheiro? O órgão de registro público de empresas mercantis, apesar de ter convênio para exercer algumas atividades da Receita Federal do Brasil, como inscrição, alteração e extinção de empresas no CNPJ – Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas – não tem como ver se determinada pessoa possui bens/valores e renda para efetuar os aumentos de capital, motivo pelo qual a Junta Comercial não teria que informar ao COAF sobre operações que a própria Receita Federal teria acesso.

A não comunicação dessas operações de aumento de capital social poderá acarretar nas sanções previstas na Lei de Lavagem de Capitais. Salienta-se que as informações de aumento de capital são comunicadas à Receita Federal, a qual possui maiores condições de análise dos dados, mas dispensa a obrigação de comunicação. Mas, e se não dispensa a comunicação, qual o valor de aumento que deve ser considerado um sério indício? A resposta varia, já que a origem ilícita de recursos pode estar em uma operação de milhões ou em uma operação de mil reais, portanto, deve ser analisada a obrigação *compliance* das Juntas Comerciais nesses vácuos normativos.

Outro caso comum são as operações com imóveis, já que as obrigações dos sócios perante o Registro Público de Empresas Mercantis são as de descrição e identificação do imóvel com o número de matrícula e a titularidade do bem, e a outorga conjugal quando necessária, não podendo vislumbrar-se quem são os reais proprietários, posto que nenhum documento a mais

pode ser exigido, sendo uma mera declaração dos sócios. Portanto, operações com imóveis e ingresso e saída de sócios no mesmo exercício deveriam ser comunicadas ao COAF, visto que, aparentemente, haveria uma simulação de operações societárias ou negociais como uma forma de atrapalhar ou embaraçar a investigação dos órgãos fazendários e judiciais.

A quantidade de problemas apontados decorre da ausência de uma cultura de *compliance* na Junta Comercial do Rio Grande do Sul, fato que deve ser corrigido com o treinamento e a preparação dos servidores, os quais devem ser alertados sobre os efeitos dessa criminalidade econômica que passou a organizar-se em forma de negócios lícitos. Do mesmo modo, deve haver a criação de um setor específico, nos mesmos moldes dos de empresas privadas para acompanhar o cumprimento das normas *compliance*, facilitando a detecção de riscos cotidianos e colaborando de forma efetiva com a prevenção dos crimes de lavagem de dinheiro.

A Junta Comercial possui recursos humanos especializados em Direito Empresarial para a identificação de condutas mascaradas nas relações mais complexas das operações societárias – cada vez mais sofisticadas – e, combinando com o desenvolvimento de uma cultura *compliance*, podem ser uma importante ferramenta de combate aos crimes de lavagem de dinheiro.

6. Conclusões

A lei sozinha não tem como modificar os comportamentos, mesmo que esta preveja sanções para condutas ela ainda depende de modificações na cultura da sociedade e dos agentes envolvidos para que as leis sejam aplicadas. A lei que instituiu o *compliance* é uma transferência de responsabilidade do Estado para que algumas pessoas mantenham os cadastros de seus clientes e comunique o Estado sobre operações suspeitas. Apesar das críticas por parte da doutrina, esta é uma ferramenta de supervisão das empresas, adequando-se à modernização da

economia com maior participação das empresas, por meio das quais surgem novos riscos que devem ser contidos por aquela.

O funcionamento da legislação de *compliance* depende da mudança da cultura dos sujeitos obrigados a adoção de políticas, procedimentos e controles internos, com a preparação de todos os profissionais envolvidos nas atividades dos sujeitos sensíveis às regras de *compliance*. A ampliação de sujeitos sensíveis ao *compliance*, realizada pela Lei 12.683/2012, trouxe uma realidade para essas pessoas que não estavam anteriormente submetidas a essas obrigações. Estas aumentarão os custos com o treinamento das pessoas envolvidas nas atividades da empresa, com a criação de setor específico para o *compliance* para análise dos indícios dos crimes previstos na lavagem de dinheiro e com a identificação de onde estão os pontos mais vulneráveis a esse ilícito.

Dentre as pessoas obrigadas ao *compliance* encontra-se a Junta Comercial, que é um órgão público subordinado administrativamente ao Poder Executivo Estadual e, tecnicamente, ao DREI. Como já tratado, as Juntas Comerciais não estão preparadas para o exercício das atividades de *compliance*.

As corporações empresariais são mais dinâmicas que os órgãos públicos, porém, não é possível que decorridos 5 anos da entrada em vigor da obrigação às Juntas Comerciais essas ainda não tenham se adaptado, criando um setor específico e políticas, procedimentos e controles internos para prevenir os crimes de lavagem de capitais.

As Juntas Comerciais possuem em seu corpo de servidores pessoas com conhecimento de direito empresarial que podem identificar operações e transações suspeitas e com indícios de crime de lavagem de dinheiro, sendo que também podem colaborar com as informações encaminhadas ao COAF. Por outro lado, há uma mudança de paradigma que deve ser divulgada aos servidores de que houve sim a inclusão de uma maior responsabilidade ao órgão de registro de empresas e de que este deve adequar-se à estrutura do ente público para que comporte essa competência.

Com a mudança dessa cultura e com o novo treinamento, devem ser catalogados quais tipos de atos, operações e transações arquivadas no Registro de Empresas que carecem receber maior atenção, sendo os casos expostos alguns problemas pontuais. Deve-se, também, ser resolvida a questão de que quando esses atos também chegam ao conhecimento da Receita Federal deve-se não comunicar e aguardar a Receita Federal, ou o ato poderá ser comunicado por ambos os órgãos públicos.

A Junta Comercial ainda não está preparada para as regras de *compliance*, porém, esta deve tomar providências imediatamente para que o setor seja criado juntamente com os mecanismos necessários para a detecção dos sérios indícios de lavagem de dinheiro, sob pena de ser responsabilizada pelas sanções administrativas previstas na Lei de Lavagem de Dinheiro.

7. Referências

- ANSELMO, Marcio Adriano. Compliance e Lavagem de Dinheiro: O papel dos novos reguladores. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, v. 69, p. 349-378, jul./set. 2015.
- BUSCAGLIA, Edgardo. **Lavado de Dinero y Corrupción Política: El arte de la delincuencia organizada internacional**. Mexico: Penguin Random House, 2016.
- BLOK, Marcella. A nova Lei Anticorrupção e o Compliance. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, v. 65, p. 263-318, jul./set. 2014.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Prevenção à lavagem de dinheiro: Novas perspectivas sob o prisma da lei e da jurisprudência. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, v. 67, p. 163-195, jan./mar. 2015.
- BRASIL. DREI. **Instrução Normativa nº 24/2014**. Disponível em: <<http://drei.mdic.gov.br/clientes/drei/drei/legislacao/instrucoes->

normativas/titulo-menu/pasta-instrucoes-normativas-em-vigor-03/in242014a.pdf>. Acesso em: 05 set. 2017.

GLOECKNER, Ricardo; SILVA, David Leal da. Criminal compliance, controle e lógica atuarial: a relativização do nemo tenetur se detegere. **Revista de Direito da Universidade de Brasília**, v. 01, n. 01, p. 147-172, jan./jun. 2014. Disponível em: <<http://revistadireito.unb.br/index.php/revistadireito/article/view/22>>. Acesso em:

LIMA, Carlos Fernando dos Santos. O sistema nacional antilavagem de dinheiro: as obrigações de compliance. In: DE CARLI, Carla Veríssimo (Org.). **Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal**. 2. ed. p. 51-125. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2014.

MORAIS, Flaviane de Magalhães Barros Bolzan de; BONACCORSI, Daniela Villani. A colaboração por meio do acordo de leniência e seus impactos junto ao processo penal brasileiro – Um estudo a partir da “Operação Lava Jato”. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 122, p. 93-113, set./out. 2016.

SAAD-DINIZ, Eduardo; MARTINELLI, Sofia Bertolini. Gatekeepers e soluções de compliance. **Revista dos Tribunais**, v. 979, p. 69-89, mai. 2017.

SAAD-DINIZ, Eduardo. O sentido normativo dos programas de compliance na APN 470/MG. **Revista dos Tribunais**, v. 933, p. 151, jul. 2013.

SANTOS, Mauricio Januzzi. Criminal compliance: o direito penal aplicado em seu viés preventivo. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, v. 29, p. 231-234, jan./jun. 2012.

TEIXEIRA, João Victor Olmos Aleixo; AZEVEDO, Charles Stevan Prieto de. O mercado de capitais como incentivador das práticas de Governança Corporativa e Compliance nas empresas brasileiras. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, v. 76, p. 73-96, abr./jun. 2017.

O TERRORISMO E O NOSSO TEMPO

Eduardo de Lima Veiga¹

¹ Graduado em Direito. Procurador de Justiça junto ao Tribunal de Justiça do RS. Mestrado da FMP (Fundação Escola Superior do Ministério Público). Email: veiga@mprs.mp.br.

Resumo

O presente estudo aborda a questão do terrorismo enquanto problema internacional e suas consequências no panorama mundial atual. Partindo da ideia de que o desenvolvimento científico e tecnológico foi elemento crucial para a derrubada de fronteiras e universalização de ideias e conceitos. Abordar-se-á a questão do terrorismo desde sua conceituação até sua evolução histórica. Este analisa o terrorismo como política, trazendo sua definição e procurando traçar a identidade do terrorista. Quanto ao terrorismo contemporâneo, são identificados seus diferentes ciclos, apontando suas características, até chegar à realidade atual. Por fim, busca-se mostrar as diferentes abordagens utilizadas pelo terror, apontando as diferenças apresentadas pelo terrorismo moderno e enfatizando a necessidade de estudo e compreensão desse fenômeno.

Palavras-chave: Estado. Violência internacional. Terrorismo.

Abstract

This study addresses the issue of terrorism as an international problem and its consequences in the current world panorama. Starting from the idea that scientific and technological development was a crucial element for the overthrow of frontiers and universalization of ideas and concepts, it addresses the question of terrorism from its conception and historical evolution. It analyzes terrorism as politics, bringing its definition and seeking to trace the identity of the terrorist. As for contemporary terrorism, it identifies its different cycles, pointing out its characteristics, until it reaches the current reality. Finally, it seeks to show the different approaches used by terror, pointing out the differences presented by modern terrorism, emphasizing the need to study and understand this phenomenon.

Keywords: State. International violence. Terrorism.

1. Introdução

Atualmente, o mundo vive uma realidade na qual as fronteiras físicas foram vencidas pela tecnologia, pelos recursos de telemáticos, pelos meios de transporte, pelo mercado de consumo. Esses venceram as barreiras da distância e da comunicação. Hoje temos cidadãos do mundo, negócios globalizados, consumo internacional e, juntamente com essa evolução, a violência atravessou fronteiras e encontrou um novo significado: o terrorismo.

Qualquer olhar que se lance sobre o panorama mundial atual fará com que “se constate a existência de diversidades culturais, em diversas partes do mundo, e sugere a necessidade de sua harmonização” (AZEVEDO, 2014, p. 29). Para tanto é necessário que se perquiria, ainda que não profundamente, a origem da divergência, da desarmonia e da desagregação social dos Estados entre si e da sociedade que afligem o ser humano, tanto internamente (no âmbito de seus Estados) quanto externamente (internacionalmente) (AZEVEDO, 2014, p. 29). Diante de tal constatação, o presente estudo tem por finalidade tentar entender como o terrorismo se insere neste contexto.

Partindo de uma breve abordagem sobre a evolução tecnológica de produção e comunicações, este trabalho busca demonstrar a influência dessas mudanças na forma de relacionamentos entre pessoas de diferentes sociedades e países, já que as fronteiras físicas deixaram de representar um obstáculo para interação social e econômica. Nesse contexto, abordar-se-á o terrorismo sob o enfoque histórico e conceitual, analisando os diversos ciclos do terror e sua fase atual e finalizando com uma reflexão sobre seus efeitos no mundo.

2. O panorama contemporâneo

No panorama contemporâneo, sem dúvida, “o dado mais facilmente perceptível consiste no extraordinário desenvolvimento científico e tecnológico” (AZEVEDO, 2014, p. 31) dos últimos tempos. É indubitável o vertiginoso progresso alcançado pela humanidade nos últimos 100 anos: penicilina, eletricidade, viagens a jato, telecomunicações, computadores e viagens espaciais são apenas alguns dos exemplos.

Porém, conforme observa Azevedo, todo esse avanço tecnológico só tem sentido quando posto a serviço da dignidade humana. Segundo o autor, em frente de tanta evolução e descobertas, esperou-se que todo esse avanço fosse capaz de solucionar inclusive os problemas “inerentes à vida em sociedade”, porém a realidade mostra que “[...] enquanto a moderna tecnologia propiciou miraculosas realizações, as sociedades humanas ainda se defrontam com problemas que bem evidenciam a crise em que se encontram imersas” (2014, p. 31).

Ocorre que o avanço da ciência também produziu novos problemas e com eles novas angustias moldam o homem contemporâneo, agora em uma realidade infinitamente mais complexa e em constante mutação. “Hoje, cada um de nós sabe que o estado do mundo no qual vivemos não é definitivo” (AZEVEDO, 2014, p. 32).

Durante muito tempo o mundo e a vida apresentaram-se como um dado posto e imutável no qual restava ao homem apenas colocar-se e esforçar-se para melhorar sua condição dada a imutabilidade das circunstâncias que o rodeavam. Essas circunstâncias faziam com que o homem se sentisse “ligado ao céu e à terra”. A transcendência em que repousava a segurança do homem agora mostra-se abalada pelo vertiginoso progresso científico, o qual introduz uma nova variante: a “necessidade de realização terrena.” (AZEVEDO, 2014, p. 32-33).

A eliminação do divino, a dominação técnica do mundo, a rapidez do processo social no qual tudo é instável, questionável e mutável proporcionou que comunidades ou civilizações, que durante séculos sequer souberam da existência umas das

outras, agora interagissem umas com as outras, influenciassem mutuamente suas culturas e fossem permeáveis de tal modo que “tudo se encontra em relação com tudo” (AZEVEDO, 2014, p. 34).

Essas mudanças, esses choques, colocaram o homem em estado de perplexidade e em busca de “significação em sua vida e no mundo em que existe, objetivando também compreender o sentido de sua conduta, origem e destino”. As mudanças foram tão profundas e em velocidade tão assustadora que, antes do fim do século XIX, promoveram alterações fundamentais “em todos os níveis da existência e em praticamente todas as regiões do mundo” (AZEVEDO, 2014, p. 36-37), mudando o equilíbrio das potências mundiais e das estruturas sociais. A política assumindo dimensões planetárias e os Estados associando-se em blocos econômicos.

O vertiginoso crescimento populacional, o prolongamento da vida humana, a proximidade econômica e financeira dos mercados globalizados (AZEVEDO, 2000) – como demonstrou a crise financeira de 2008 – passam a exigir produção em larga escala, demandando concentração populacional em determinadas áreas urbanas, submetendo a condição de vida humana às exigências da técnica necessária à produção (AZEVEDO, 2014, p. 38). A produção em larga escala, a automação, a repetição de processos idênticos (admite-se, de inegável relevância social), sob a ótica do indivíduo lhe retiram a opção de escolher atividades para as quais talvez fosse mais apto e aniquilaram, quase que irremediavelmente, sua criatividade.

O formidável avanço das telecomunicações rompeu todas as barreiras do tempo e do espaço. Em poucas décadas o mundo tornou-se um “bloco único e convulsivo”, o qual rompeu as fronteiras nacionais. Os acontecimentos passaram a ser bombardeados como chuva torrencial e, em um segundo, todo o mundo está informado do acontecido. As escalas valorativas de diferentes sociedades, algumas amadurecidas por séculos, são confrontadas cotidianamente com fatos distantes, de realidades distintas e, às vezes, opostas. Nos diferentes pontos da terra estabelecem-se padrões valorativos diversos para um mesmo

fato e, “confiantes, julgamos o mundo inteiro segundo nossos próprios padrões domésticos” (AZEVEDO, 2014, p. 40). Conforme pondera Soljenitsyne

Desta atitude mental resulta a mútua incompreensão, de que testemunham as brutalidades cometidas no nosso século, em que ‘a primitiva recusa em aceitar qualquer transação tornou-se um princípio teórico e a ortodoxia passou a ser considerada uma virtude’. (SOLJENITSYNE apud AZEVEDO, 2014, p. 40).

Nesse cenário, a violência ganha terreno, ao mesmo tempo em que “o mundo é dominado pela convicção cínica de que a força é todo-poderosa e a justiça nada vale” (SOLJENITSYNE apud AZEVEDO, 2014, p. 40). De forma que Azevedo considera que resta à humanidade contar que “tal estado de espírito traz uma perturbadora interrogação: até quando poderá sobreviver o homem?” (2014, p. 40).

3. O terrorismo como política

Toda essa complexidade, esse confronto, essa diversidade, essa mútua e reiterada incompreensão e intolerância faz, com maior frequência do que pode-se imaginar, que grupos políticos, étnicos ou religiosos tentem impor sua vontade, etnia ou religião sobre outros e a violência e o terror são, no mais das vezes, o método escolhido.

3.1. Definição de terrorismo

A tarefa de definir terrorismo é complexa, mas também necessária para entender-se esse fenômeno. Sua complexidade deriva de múltiplos aspectos, como, por exemplo, a extensa variedade de partes envolvidas no uso de violência, em diferentes graus de intensidade, para impor o terror. Também existem violências que, por sua magnitude ou extensão, intuitivamente são chamadas de terrorismo e outras tantas, que por interesses

políticos locais ou momentâneos, também são assim rotuladas, embora possam não constituir terrorismo propriamente dito.

Não é por outra razão que estudiosos do tema arrolam mais de uma centena de definições de terrorismo (RECORD, 2003), entre as quais destaca-se a atual definição adotada pela agência de estratégia nacional de segurança dos Estados Unidos da América, a qual afirma que “o inimigo é o terrorismo – violência premeditada, politicamente motivada e perpetrada contra inocentes” (UNITED STATES, 2002, p. 5).² Apenas para pontuar um exemplo de discrepância, no próprio governo americano o Departamento de Defesa define terrorismo como “o uso deliberado de violência ilegal para imprimir temor, com a intenção de coagir ou intimidar governos ou sociedades na intenção de atingir objetivos que são geralmente políticos, ideológicos ou religiosos” (UNITED STATES, 2016).³

Pelo lado etimológico, a palavra terrorismo tem sua origem no latim *terror*, “medo, terror”, de *terrere*, “assustar, causar medo” e atingiu sua forma moderna durante o regime do terror na França (1793-1794). Segundo Robespierre,

Terror não é nada mais que justiça, pronta, severa, inflexível; é portanto a emancipação da virtude; não é um princípio especial mas sim a consequência do princípio geral da democracia aplicado às necessidades mais urgentes do nosso país. (apud BURGESS, 2003).⁴

O que se pode afirmar é que o terrorismo “geralmente envolve violência física ou psicológica contra alvos não combatentes, selecionados ou aleatórios. É uma forma instrumental de impor medo sobre um povo, um governo ou um Estado” (GALITO, 2013). Por outro lado, o terrorismo é sempre, e antes de mais nada, um fenômeno social de resistência violenta ao

Estado ou aos interesses do Estado, pois os objetivos políticos são precisamente o seu significado.

Reconhecendo que não há consenso sobre uma definição de terrorismo e que a própria Organização das Nações Unidas (ONU) enumera atos terroristas, mas não define terrorismo, opta-se pela seguinte definição:

Terrorismo é um método para inspirar ansiedade por repetidas ações violentas aplicadas por atores individuais semi-clandestinos, por grupos ou Estados, por razões idiosincráticas, criminais ou políticas, através das quais – ao contrário do assassinato – os alvos diretos da violência não são os principais alvos. As vítimas humanas imediatas da violência são geralmente escolhidas aleatoriamente (alvos de oportunidade) ou seletivamente (alvos simbólicos) de uma população selecionada, e servem como geradores de mensagens. É um processo de comunicação baseado em violência e ameaça de violência que se estabelece entre os terroristas (organização) e as vítimas (em perigo), onde a meta principal é manipular o principal alvo (público) transformando-o em um alvo de terror, um alvo de demandas, ou um alvo de atenção, dependendo se o objetivo principal é a intimidação, a coerção, ou a propaganda. (MÄNNIK, 2017).⁵

No Brasil, a preocupação com a segurança em relação aos atos de terrorismo fez com que fosse aprovada a Lei 13.260/2016, a qual “Regulamenta o disposto no inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal, disciplinando o terrorismo, tratando de disposições investigatórias e processuais e reformulando o conceito de organização terrorista”. Segundo o texto legislativo:

O terrorismo consiste na prática por um ou mais indivíduos dos atos previstos neste artigo, por razões de xenofobia,

2 Do original: “The enemy is terrorism— premeditated, politically motivated violence perpetrated against innocents”.

3 Do original: “Calculated use of unlawful violence to inculcate fear; intended to coerce or intimidate governments or societies in pursuit of goals that are generally political, religious, or ideological”.

4 Do original: “Terror is nothing other than justice, prompt, severe, inflexible; it is therefore an emanation of virtue; it is not so much a special principle as it is a consequence of the general principle of democracy applied to our country’s most urgent needs”.

5 Do original: “Terrorism is an anxiety-inspiring method of repeated violent action, employed by (semi-) clandestine individual, group or state actors, for idiosyncratic, criminal or political reasons, whereby – in contrast to assassination – the direct targets of violence are not the main targets. The immediate human victims of violence are generally chosen randomly (targets of opportunity) or selectively (representative or symbolic targets) from a target population, and serve as message generators. Threat- and violence-based communication processes between terrorist (organization), (imperilled) victims, and main targets are used to manipulate the main target (audience(s)), turning it into a target of terror, a target of demands, or a target of attention, depending on whether intimidation, coercion, or propaganda is primarily sought”.

discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião, quando cometidos com a finalidade de provocar terror social ou generalizado, expondo a perigo pessoa, patrimônio, a paz pública ou a incolumidade pública. (BRASIL, 2016).

Dessa forma são considerados atos de terrorismo e penalizados com reclusão de doze a trinta anos as seguintes ações:

- a) usar ou ameaçar usar, transportar, guardar, portar ou trazer consigo explosivos, gases tóxicos, venenos, conteúdos biológicos, químicos, nucleares ou outros meios capazes de causar danos ou promover destruição em massa;
- b) sabotar o funcionamento ou apoderar-se, com violência, grave ameaça a pessoa ou servindo-se de mecanismos cibernéticos, do controle total ou parcial, ainda que de modo temporário, de meio de comunicação ou de transporte, de portos, aeroportos, estações ferroviárias ou rodoviárias, hospitais, casas de saúde, escolas, estádios esportivos, instalações públicas ou locais onde funcionem serviços públicos essenciais, instalações de geração ou transmissão de energia, instalações militares, instalações de exploração, refino e processamento de petróleo e gás e instituições bancárias e sua rede de atendimento; [...].
- c) atentar contra a vida ou a integridade física de pessoa. (BRASIL, 2016).

Conforme observam Pagliarini e Socorro, toda a questão que envolve atos de terrorismo, assim como sua definição, sua prevenção e seu combate traz “implicações não só jurídicas, políticas, econômicas e religiosas”, pois também envolve questões “de ordem *psicológica e psicanalítica*”, de forma que consideram que “o Direito não tem respostas suficientes para a definição do terrorismo, nem do terrorista” (2015, p. 95-96).

Ao falar sobre terrorismo político, os autores lembram que Bobbio, Matteucci e Pasquino correlacionavam: (a) terrorismo e terror – sendo o segundo resultado do primeiro, considerando que Maquiavel já falava em valer-se do terror como forma de controle do Estado; (b) terrorismo e revolução – evocando situações históricas nas quais o terror revolucionário teve por justificativa sobrepor a tirania da burguesia; (c) terrorismo internacional – no qual o terror encontra justificativa nas lutas de

libertação nacional e fatores ideológicos. (PAGLIARINI; SOCORRO, 2015, p. 98-99).

3.2. Identidade do terrorista

Conforme observam Pagliarini e Socorro, a “ocultação da identidade” (2015, p. 107) é requisito básico do terrorismo, de forma que o terrorista pode ser qualquer um, não sendo prerrogativa ser “branco, negro, católico, grego ou judeu” (2015, p. 107). Também não é requisito que o terrorista necessariamente seja alguém disposto a dar sua vida pela causa eleita. Para alguns, o terrorista é aquela pessoa promotora de atentados, devendo sofrer as penas da lei; “para outros, é um patriota e torna-se mártir de uma causa [...]” (PAGLIARINI; SOCORRO, 2015, p. 107).

Dessa forma, os autores identificam duas classes de terroristas: (a) os praticantes do terror de coação – aqueles que dispõem-se a matar por uma causa, “seja ela qual for”; e (b) os praticantes do terror de agitação – aqueles que têm objetivos de cunho mais político, como visto em revoltas contra sistemas de governo ou questões de Estado (PAGLIARINI; SOCORRO, 2015, p. 107).

Por fim, independentemente da identidade e motivação do terrorista, o certo é que o objetivo a ser alcançado é a divulgação, a comunicação do ato de terror, de forma que provoque o medo, o horror e o terror psicológico.

3.3. Breve histórico do terrorismo

Quando começou o terrorismo? Difícil dizer, mas a primeira referência escrita remonta aos *Sicarii-Zealots* (HUDSON, 1999)⁶, “judeus extremistas separatistas, que impunham o terror para

⁶ This tactic is not new. Beginning in 48 A.D., a Jewish sect called the Zealots carried out terrorist campaigns to force insurrection against the Romans in Judea. These campaigns included the use of assassins (sicarii, or dagger-men), who would infiltrate Roman-controlled cities and stab Jewish collaborators or Roman legionnaires with a sica (dagger), kidnap members of the Staff of the Temple Guard to hold for ransom, or use poison on a large scale. The Zealots justification for their killing of other Jews was that these killings demonstrated the consequences of the immorality of collaborating with the Roman invaders, and that the Romans could not protect their Jewish collaborators.

instigar a mudança de comportamento na sociedade judaica de então, contra a imoralidade dos que colaboravam com os invasores romanos". Para os romanos estes eram apenas criminosos (GALITO, 2013).

Como fenômeno histórico, entretanto, importa mais, ainda que brevemente, relatar o terrorismo moderno ou dos nossos tempos.

4. O terrorismo na atualidade

Embora o terrorismo seja um "fenômeno antigo", Guerra salienta que o terrorismo moderno tomou novas dimensões, "revestindo-se de um caráter de algo novo" (2006, p. 28), marcado por "atos de extrema selvageria, de barbárie, procurando atingir milhares de pessoas inocentes, dilacerando lares, família, causando revolta, espanto, sofrimento [...]" (GUERRA, 2006, p. 28).

O terrorismo moderno pode ser dividido em quatro ciclos⁷ distintos. Evidentemente os ciclos invadem uns os espaços dos outros, já que nada é estanque. A escolha dessa expressão é para focar no ciclo que inspira, por algum tempo, as diversas organizações terroristas que surgem, ciente de que as motivações podem ser mistas: nacionalistas e religiosas, por exemplo. O ciclo terrorista, portanto, não é necessariamente puro. Também é preciso ter-se em mente que o tempo de vida de um ciclo e de uma organização terrorista difere e que a organização pode sobreviver ao seu ciclo, como é o caso do Exército Republicano Irlandês (IRA), que surgiu em 1916 e existe ainda nos dias atuais, embora tenha deposto armas (RAPOPORT, 2016).

4.1. O ciclo anarquista

O Ciclo Anarquista, surgido na Rússia, foi o primeiro movimento terrorista global e verdadeiramente internacional,

iniciado na década de 1880 e findado na década de 1920. Este é uma reação contra a insuficiência das reformas do Czar Alexandre II (RAPOPORT, 2016, p. 47).

Os criadores do moderno terrorismo conheciam a tradição revolucionária (francesa, americana) dos discursos e dos panfletos e pretendiam uma nova forma de comunicação, uma que demonstrasse o seu profundo engajamento e envolvesse risco pessoal do ativista e, por isso, imporia profundo respeito, admiração e se faria ouvir. A essa nova forma de comunicação foi dado o nome de "Propaganda pelo Ato" (RAPOPORT, 2016, p. 50).

Na ótica anarquista, a sociedade estava repleta de ambivalências, ressentimentos e hostilidades e as convenções sociais tinham o papel de abafar e amenizar esses sentimentos que geravam grandes culpas e insatisfações. Essas demonstramos que tais convenções sociais eram construções históricas, atos uma vez considerados imorais, no futuro seriam reconhecidos como nobres esforços para libertar a humanidade. Nesse contexto, o melhor "ato de propaganda" para destruir as convenções era o terror (RAPOPORT, 2016, p. 50).

O terror era violência além das convenções morais usadas para regular violência, nos tratados de guerra ou nas leis que regulavam qualquer tipo de punição. Acabava a distinção entre combatentes e não combatentes e não importava se estes eram culpados ou inocentes. O Terrorismo é uma estratégia e não um fim. Os rebeldes Russos passaram a encorajar e a treinar grupos de outras nacionalidades, poloneses, armênios e de novos Estados oriundos do antigo Império Otomano. Por fim, eles próprios refugiaram-se nas colônias da diáspora russa pelo mundo (RAPOPORT, 2016, p. 51).

Os anarquistas usaram o assassinato como propaganda. Em 1881 assassinaram o Czar Alexandre II; em 1908, o Rei D. Carlos e o Príncipe herdeiro Luis Filipe, ambos de Portugal; em 1900, Humberto I, Rei da Itália; sem falar no Arquiduque Francisco Fernando, em 1914, que deu azo à Primeira Guerra Mundial (GALITO, 2013, p. 9).

⁷ Rapoport consagra a expressão wave para designar quatro grandes movimentos terroristas modernos e seguiremos esta linha. Optamos pela expressão ciclos. (RAPOPORT, 2016).

4.2. O ciclo anti-colonial

O segundo ciclo ou ciclo anticolonial é fruto da paz de Versailles, tratado que pôs fim à Primeira Guerra Mundial. Este iniciou em 1920 e durou aproximadamente 40 anos. Com o objetivo de enfraquecer os impérios derrotados, os vencedores invocaram o princípio da “autodeterminação dos povos” (RAPOPORT, 2016, p. 53). Aqui se tem os movimentos nacionalistas por excelência.

Não está claro se os vitoriosos entenderam as implicações dessa decisão porque esta enfraqueceu, também, seus impérios e, já em 1920, o Exército Republicano Irlandês (IRA) obtinha suas primeiras vitórias contra o Reino Unido e grupos terroristas se instalaram em todos os impérios ocidentais. Tais ações foram cruciais para o estabelecimento dos novos Estados de Israel, Chipre, Irlanda, Argélia, entre outros (GALITO, 2013, p. 9).

As organizações terroristas desse segundo ciclo entenderam que necessitavam de uma nova linguagem. Se os anarquistas tinham orgulho de autoproclamar-se terroristas, este termo já estava estigmatizado e sem glamour algum. Dessa forma, a organização Israelense *Lehi* foi a última a autoproclamar-se terrorista. A *Irgun*, liderada por Begin, se proclamava “combatentes da liberdade” (RAPOPORT, 2016, p. 54).

Neste ciclo houve tentativas, por parte dos terroristas, de poupar a população civil, pois as batalhas eram travadas no seu próprio território. O inimigo nada mais é do que uma tropa de ocupação a ser expulsa. Os alvos são preferencialmente militares. Este encerrou-se com o fim da era colonial e das guerras de independência, em especial no Oriente Médio e na África.

4.3. O ciclo esquerdista

O evento político a estimular este ciclo foi a agonizante guerra do Vietnã. Ele iniciou nos anos 1960, decaiu no fim do século XX, mas ainda é perceptível na Colômbia, no Peru e no Nepal (RAPOPORT, 2016, p. 54-56). A efetividade dos vietcongs e suas armas primitivas contra uma superpotência demonstrava

a vulnerabilidade de todo o sistema tecnológico e da estrutura capitalista ocidental. Grupos no Terceiro Mundo e no Ocidente, onde a guerra provocou profunda divisão e ambivalência, estimularam a descrença no sistema existente nos jovens. Muitas organizações do mundo ocidental, como *West German Red Army*, *Italian Red Brigades*, *Japanese Red Army* e *French Action Directe* viam-se como vanguarda das massas oprimidas do terceiro mundo e eram afiançadas moral, material e financeiramente pelos soviéticos (GALITO, 2013, p. 56).

Nesse turno são retomadas algumas características radicais do primeiro ciclo. Volta-se a ideia de “propaganda pelo ato” ou que chamem atenção da mídia e causem clamor público, agora chamados de “alvos teatrais” (GALITO, 2013, p. 56).

É a era dos sequestros de aviões em larga escala. Esta passou a ser uma forma de obter reféns para negociação e garantir a fuga posteriormente (ANDERSON, 2009)⁸. Aliás, gerar crises com reféns foi a grande especialidade deste ciclo. O mais memorável episódio talvez tenha sido o sequestro do primeiro ministro italiano, Aldo Moro, pelas Brigadas Vermelhas Italianas, que o assassinaram brutalmente ante a negativa de negociação pelo governo italiano (RAPOPORT, 2016, p. 57).

A lógica dos assassinatos deste ciclo difere das do primeiro. Naquele, qualquer servidor público poderia ser alvo; neste ele tem um caráter de punição. Aldo Moro foi morto porque o governo italiano não quis negociar. O Setembro Negro assassinou o primeiro ministro da Jordânia, em 1971, porque ele expulsou a Organização para Libertação da Palestina (OLP) do seu país, por exemplo (RAPOPORT, 2016, p. 57).

De outro lado, a expressão “terrorismo internacional” ganha nova extensão e significado quando Cuba e a OLP dispuseram-se a treinar e subsidiar diversos grupos terroristas em seus campos de treinamento. Do mesmo modo, a forma de atuação revela seu caráter transnacional. A OLP é muito mais ativa na Europa do que no Oriente Médio. Vários grupos coope-

⁸ In the decade of 1960s, hijacking – or “skyjacking” as it became popularly known – was the main form of terrorist attack on air traffic.

raram para o sucesso do ataque às olimpíadas de Munique, em 1972, e no sequestro dos ministros da Organização dos Países Produtores de Petróleo (OPEP), em 1975, entre outros (RAPOPORT, 2016, p. 58).

Embora tenha perdido força, muito pelo papel da ONU em conciliar interesses e costurar tratados internacionais de prevenção à pirataria aérea e combate ao terrorismo⁹, alguns grupos ainda permanecem ativos e a OLP recebeu status de membro da ONU.

4.4. O ciclo religioso

O marco inicial do ciclo religioso foi 1979, com a chegada de Aiatolá Khomeini ao poder no Irã. Este perdura até os dias atuais.

É inegável a força étnica e religiosa de todos os ciclos e sempre puderam ser percebidos e sentidos. Os esforços armênios, macedônios, irlandeses, cipriotas, franco-canadenses, israelenses e palestinos demonstram isto à sociedade. Entretanto, em todos estes casos o objetivo era o de criar um estado secular e laico (RAPOPORT, 2016, p. 61). Desta feita, ao tratar-se da criação de estados religiosos, o islamismo aparece no centro, sendo impulsionado por três grandes eventos.

O ano de 1979 marcou o início de um novo século no calendário muçulmano. No mesmo ano ocorreu a revolução Iraniana e a União Soviética invadiu o Afeganistão.

Sendo uma das tradições muçulmanas, havia a expectativa de que o novo século traria um redentor. Esta perspectiva causou euforia e alguns levantes religiosos. Na virada do ano e do século, em 1979, uma multidão incontida invadiu a grande mesquita em Meca e o resultado foi 10.000 mortos. Chama a atenção também que tenham acontecido ataques terroristas sunitas ao mesmo tempo no Egito, na Síria, na Tunísia, no Marrocos, na Argélia, nas Filipinas e na Indonésia (RAPOPORT, 2016, p. 61).

⁹ Cf. INTERNATIONAL, 1998.

A revolução Iraniana foi vitoriosa e o Aiatolá Khomeini proclamou que para o "islamismo não há fronteiras". Isto alterou definitivamente a relação dos muçulmanos entre si e deles com o resto da humanidade e com os demais Estados (RAPOPORT, 2016, p. 61).

Por fim, a União Soviética, no mesmo ano, invadiu o Afeganistão que recebeu combatentes de todo o mundo sunita, apoiados e armados pelos Estados Unidos que lograram oferecer desgastante resistência durante dez longos anos, os quais culminaram com a dissolução da União Soviética. Com a eliminação de um estado secular, surgiram vastas áreas de população muçulmana como Chechênia, Usbequistão, Quirguistão, Tadjiquistão e Azerbaijão, locais que tornaram-se refúgios terroristas. Treinados e confiantes, os combatentes afegãos são a ponta de lança nos futuros conflitos (RAPOPORT, 2016, p. 62).

O dado distintivo deste ciclo é que o público primário a ser atingido pela mensagem terrorista, seja de propaganda ou de recrutamento, é infinitamente maior na equação religião X nação, principalmente se for considerada uma religião da dimensão da muçulmana. Quando afirma-se que para o islã não há fronteiras, virtualmente, todos podem estar engajados na luta.

5. Conclusão

O vertiginoso progresso experimentado pela humanidade, ao mesmo tempo em que trouxe possibilidades extraordinárias, criou profundas desigualdades e confrontou realidades antes impensadas. Esse progresso obrigou a sociedade a conviver com realidades, costumes, hábitos e práticas estranhas e, por vezes, inaceitáveis.

As respostas institucionais nem sempre são dadas a tempo ou são as mais adequadas. Surgem destas as insatisfações, frustrações, inconformidades e incompreensões sociais que, em algumas oportunidades, acabam sendo canalizadas na forma de violência aleatória para atingir o Estado ou os seus interesses.

As insatisfações pessoais vão somando-se e ganham reflexo no outro à medida e que vão adquirindo características sociais, até que instale-se um sentimento generalizado de insatisfação quanto à intensidade e rapidez de reformas sociais. Como visto, essas insatisfações podem estar ligadas à questões políticas, religiosas, raciais ou sociais, o certo é que o limite entre a manifestação ideológica e a prática terrorista pode ser tênue. Diante disso, definir terrorismo não se mostra tarefa simplista, até mesmo porque o terror adquire diversas faces e atinge diferentes realidades, desde o nazismo até os atentados modernos cujas autorias são reivindicadas por grupos terroristas. Um longo caminho foi percorrido, variadas motivações foram apresentadas e diferentes táticas foram utilizadas.

Atualmente, o terrorismo parece encontrar nas tecnologias de comunicação um grande aliado, uma vez que seu principal objetivo é a divulgação dos atos praticados com a finalidade de promover a dominação por intermédio da implantação do medo e do terror. Identificar os terroristas e prevenir seus atos têm sido uma busca constante dos Estados, porém, o terror tem no anonimato o seu maior aliado, assim como a convicção que move seus militantes.

O terrorismo moderno é um fenômeno novo, de 125 anos, e como a pobreza e o crime aquele parece estar destinado a acompanhar a humanidade. O certo é que o terrorismo abandonou as escalas locais, as fronteiras domésticas de um Estado, atingindo uma escala global, o que faz necessário que o Direito Internacional e os direitos humanos cada vez mais ocupem-se em estudar esse fenômeno, buscando sua compreensão e, ao mesmo tempo, cuidando para que não ocorram atos lesivos às liberdades individuais.

6. Referências

ANDERSON, Sean. **Historical Dictionary of Terrorism**. 3. ed. Lanham, Maryland: The Scarecrow Press, 2009. Disponível em: <https://uscrow.org/download/warfare/terrorism_and_counterter-

<rorism/Hystorical%20Dictionary%20of%20Terrorism.pdf>>. Acesso em: 28 ago. 2016.

AZEVEDO, Plauto Faraco. **Direito, justiça social e neoliberalismo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

AZEVEDO, Plauto Faraco. **Limites e Justificação do Poder do estado**. 2. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2014.

BRASIL. Lei nº 13.260, de 16 de março de 2016. Regulamenta o disposto no inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal, disciplinando o terrorismo, tratando de disposições investigatórias e processuais e reformulando o conceito de organização terrorista; e altera as Leis nºs 7.960, de 21 de dezembro de 1989, e 12.850, de 2 de agosto de 2013. **Diário Oficial da União**, 17 mar. 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13260.htm>. Acesso em: 05 jul. 2017.

BURGESS, Mark. **A Brief History of Terrorism**. CDI – Center for Defense Information. 02 jul. 2003. Disponível em: <http://cdi.org/friendlyversion/printversion.cfm?documentID=1502&from_page=../program/document.cfm>. Acesso em: 20 ago. 2016.

DEFINITION of Terrorism. **United Nations Office on Drugs and Crime**, 2016. Disponível em: <<https://www.unodc.org/unodc/search.html?q=definition+of+terrorism>>. Acesso em: 20 ago. 2016.

GALITO, Maria Souza. **Terrorismo Conceptualização do Fenômeno**. Lisboa: Instituto Superior de Economia e Gestão, 2013. Disponível em: <https://pascal.iseg.ulisboa.pt/~cesa/files/Doc_trabalho/WP117.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2016.

GUERRA, Bernardo Pereira de Lucena Rodrigues. O terrorismo contra o terror e o direito internacional dos direitos humanos. **Revista de Direito e Política**, São Paulo, v. 9, p. 21-39, abr./jun. 2006.

HUDSON, Rex A. **The Sociology And Psychology of Terrorism: Who Becomes a Terrorist And Why?** Washington, D.C: The Library of Congress, 1999. Disponível em: <https://www.loc.gov/rr/frd/pdf-files/Soc_Psych_of_Terrorism.pdf>. Acesso em: 27 ago. 2016.

INTERNATIONAL Convention for the Supression of Terrorist Bombing. New York, 12 jan. 1998. Disponível em: <<http://www.un.org/>

en/sc/ctc/docs/conventions/Conv11.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2016.

MÄNNIK, Erik. **Terrorism: its past, present and future prospects**. 2016. Disponível em: <http://www.ksk.edu.ee/wp-content/uploads/2011/03/KVUOA_Toimetised_12-M%C3%A4nnik.pdf>. Acesso em: 26 ago. 2016.

RAPOPORT, David C. **The four Waves of Modern Terrorism**. 2016. Disponível em: <<http://international.ucla.edu/media/files/Rapoport-Four-Waves-of-Modern-Terrorism.pdf>>. Acesso em: 27 ago. 2016.

RECORD, Jeffrey. **Bounding the Global War on terrorism**. Carlisle, PA, dez. 2003. Disponível em: <<http://www.iwar.org.uk/cyberterror/resources/gwot/bounding.pdf>>. Acesso em: 26 ago. 2016.

UNITED STATES. **The National Security Strategy**. Washington, DC, 2002. Disponível em: <<http://www.state.gov/documents/organization/63562.pdf>>. Acesso em: 26 ago. 2016.

PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; SOCORRO, Tatiana de Carvalho. O terror e seus efeitos contra os direitos humanos: estudo interdisciplinar. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, v. 15, n. 59, p. 93-111, jan./mar. 2015.

PACTO FEDERATIVO E O (SUB) FINANCIAMENTO DAS AÇÕES E DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE SAÚDE NOS MUNICÍPIOS: REFLEXÕES ACERCA DA GESTÃO DA ATENÇÃO BÁSICA

Ana Helena Scalco Corazza¹
João Felipe Lehmen²

- 1 . Mestranda do PPGD – Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Auditora Pública Externa junto ao TCERS. E-mail: ahelenacorazza@gmail.com.
- 2 . Advogado e consultor na Delegação de Prefeituras Municipais – DPM. Ex-assessor jurídico Municipal. Membro do Instituto Gaúcho de Direito Eleitoral – IGADE. Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários – IBET e pós-graduando em Direito Público. E-mail: joao@dpm-rs.com.br.

Resumo

A prestação dos serviços públicos de saúde no Brasil está estruturada em um Sistema Único (SUS), para o qual aportam recursos e têm competências próprias, tanto União quanto estados-membros e municípios, em um complexo conjunto de relações federativas, gerenciais e normativas. No que tange aos Municípios, diga-se que a estes resguardam-se a organização de redes de atenção básica à saúde, as quais devem possuir diversos atributos, dentre eles a de serem estruturadas como principal e primeira porta de entrada do cidadão ao sistema. Nesse sentido, o presente ensaio visa lançar algumas luzes sobre o seguinte questionamento: a atual estruturação normativa e de financiamento do SUS permite que os Municípios possam atuar de maneira efetiva e autônoma em políticas de Atenção Básica à saúde? Esta análise terá como panorama final uma interface com a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul no Recurso de Apelação nº 70071191233, a qual determinou ao Município de Santa Maria o envio de projeto de lei à Casa Legislativa para a criação de 29 equipes de estratégia de saúde da família. O cotejo das verificações operadas neste trabalho permite concluir que a interface entre pacto federativo e o dever do Estado de assegurar o acesso à saúde básica são de difícil equalização, inclusive pelo Poder Judiciário.

Palavras-chave: Apelação nº 70071191233. Atenção básica. Municípios. Pacto federativo. Saúde.

Abstract

Health public services in Brazil are structured in a Single System, for which resources come, and the State together with states and towns and cities have their own rights, in a complex set of federative, managerial and normative relationships. The towns are accountable for organising a basic health system, so that the citizen may use it easily and free of charge. Thus, this paper aims to shed light on the following question: does the present SUS normative and financing structure enable towns to work effectively and with certain autonomy in programmes for the basic healthcare. This analysis will follow a panorama of the interface given by the decision passed by the Court of Law of Rio Grande do Sul in the Appeal no. 70071191233 which established the creation of 29 family health strategy teams for Santa Maria (RS). The comparisons conducted in this work have allowed us to conclude that the interface between the federative pact and the State's obligations to guarantee the access to basic health is very difficult to solve even for the Judicial Branch.

Keywords: Appeal no. 70071191233. Basic healthcare. Towns. Federative act. Health.

1. Introdução

A saúde foi albergada na dicção constitucional da Lei Fundamental de 1988-CF/88 como sendo um direito de todos – universalizado, dentro de uma rede regionalizada e hierarquizada (art. 198, CF) – a ser garantido pelo Estado por meio de políticas sociais e econômicas. Desta feita, a institucionalização do Sistema Único de Saúde (SUS) – também no texto da CF/88 – representou um marco para as políticas públicas de saúde no país. Operou-se, a partir de então, uma ruptura em relação ao modelo de prestação de saúde pública anterior à redemocratização, o qual excluía significativa parte da sociedade do acesso aos serviços públicos de saúde.

Com efeito, o destaque e incremento de posições jurídicas aos cidadãos, a partir da universalização do direito à saúde pela CF/88, no entanto, exigiu que se estabelecesse um financiamento estatal mínimo, assim como competências governamentais distintas para a execução dessas prestações, o que operou-se normativamente em um sistema de responsabilidade compartilhada pelos três níveis federativos: União, estados e municípios.

Ao último, então, cumpriu a atuação financeira e gerencial em âmbito local, no primeiro nível de atenção à saúde, disciplinada pela Portaria nº 2488/2011, do Ministério da Saúde, que aprovou a Política Nacional de Atenção Básica³. Como procurar-se-á mostrar neste ensaio, diversas ações e serviços de saúde competem aos Municípios, notadamente, como a prestação direta de serviço ao cidadão. Tal fato é contrastado com a reconhecida participação reduzida que estes entes federativos têm na repartição dos tributos arrecadados.

Dada essas brevíssimas considerações, o objetivo geral do presente estudo consiste em lançar algumas luzes sobre um pro-

blema complexo, aqui abordado a partir da seguinte pergunta: a atual estruturação normativa e financeira do SUS permite que os Municípios possam atuar de maneira efetiva e autônoma em políticas de atenção básica à saúde?

Parte-se da hipótese negativa, de que os Municípios hoje não dispõem de condições de atuação plena nas competências as quais lhe foram atribuídas, em especial em face das insuficiências de financiamento do sistema de saúde como um todo.

A pesquisa ora exposta justifica-se socialmente devido à centralidade do direito à saúde no contexto das políticas públicas no Brasil, o qual vem deparando-se corriqueiramente com retrocessos amparados em argumentos financeiro-orçamentários. Nesse sentido, uma análise metódica das categorias que envolvem o direito à saúde e as formas de assegurá-lo pode auxiliar na redefinição dos termos em debate e de noções preconcebidas, sujeitando a matéria ao constante escrutínio crítico.

Para o desenvolvimento desta pesquisa, as diretrizes metodológicas partirão do método de abordagem hipotético-dedutivo, visando ao processo de confirmação da hipótese lançada e sugerindo um (re) olhar para as formas de financiamento e de gestão das ações e serviços de saúde, em especial no que tange à atenção básica. Por fim, para a execução do método de procedimento, far-se-á uso da decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS) nos autos do Recurso de Apelação do Ministério Público do Estado nº 70071191233, julgado pelo 3ª Câmara Cível, que determinou ao Município de Santa Maria o encaminhamento de projeto de lei à Câmara de Vereadores para a criação de 29 equipes de estratégia de saúde da família.

3 Pela relevância, destaca-se excerto da referida Portaria: “A atenção básica tem a Saúde da Família como estratégia prioritária para sua organização de acordo com os preceitos do Sistema Único de Saúde. Na infraestrutura necessária para a atenção básica, destaca-se a unidade básica de saúde, com ou sem saúde da família, com equipe multiprofissional composta por médico, enfermeiro, cirurgia dentista, auxiliar de consultório dentário ou técnico em higiene dental, auxiliar de enfermagem ou técnico de enfermagem e agente comunitário de saúde, entre outros”.

2. A saúde como direito fundamental social na constituição federal de 1988 e as suas regras de (sub) financiamento

Conforme expõe Pivetta (2013), por deliberação inarredável do legislador constituinte, o direito à saúde foi imantado como cláusula pétrea, alçado como direito fundamental social na Constituição Federal de 1988, o que imprime uma verdadeira feição jurídica à saúde pública (e não apenas política). Essa conjuntura exige, assim, dos estudiosos do direito o desenvolvimento de uma teoria e dogmática que permita a sua adequada compreensão a partir da ordem jurídica brasileira:

A Lei Fundamental de 1988 [...] operou verdadeira revolução no Direito Público nacional. Afinado com as transformações experimentadas pelo Direito Constitucional na Europa continental a partir da segunda metade do século XX, em um fenômeno denominado por alguns de “neoconstitucionalismo”, o constitucionalismo brasileiro também muda de feição. Da superioridade da lei formal passa-se à supremacia da Constituição, que se converte em parâmetro de validade do conteúdo material de todas as demais normas, por condensar valores sociais mais importantes, correspondentes aos princípios de justiça compartilhados pela sociedade, de observância obrigatória não só ao legislador, mas também ao juiz e à Administração”. (HACHEM, 2013, p. 348).

Desse modo, a estrutura jurídica conferida ao SUS por conta da promulgação da Constituição Cidadã foi de imenso significado histórico, eis que este passou de um modelo privatista e excludente “para um sistema público de acesso universal, com diretrizes expressas que orientam a atuação do legislador infraconstitucional e do administrador público” (PIVETTA, 2013, p. 15). Mais minudentemente:

A Constituição Federal de 1988 modifica radicalmente o panorama da saúde pública brasileira. [...] Vale dizer, com a Constituição Cidadã todos os indivíduos, independentemente de suas condições pessoais, são protegidos pelo sistema de saúde. Não é mais preciso, portanto, possuir

carteira assinada e contribuir para o órgão previdenciário para ter acesso às políticas sanitárias. Todo e qualquer cidadão brasileiro, inclusive estrangeiro que resida no Brasil, tem o direito de ser atendido pela rede do SUS. (PIVETTA, 2013, p. 118).

Com efeito, a política pública de saúde, conforme arranjo constitucional disposto na CF/88, “revela-se como produto maturado – embora inconcluso [...] de um longo e construtivo processo de transformação social, com fundas raízes democratizantes” (PINTO; FLEURY, 2012, p. 65). E, em não constando o detalhamento necessário do arranjo do financiamento público do SUS junto ao texto constitucional originário, este foi sendo construído por uma sucessão de normas em paralelo com reajustes orçamentários

Isto é, o texto original da CF/88 nada dispunha sobre os percentuais mínimos a serem investidos em saúde, tendo sido a matéria disciplinada apenas a partir da Emenda Constitucional nº 29, de 2000, que incluiu no texto o art. 198, parágrafo 2º. Outrossim, com a vigência da EC nº 29/2000⁴, criou-se uma regra temporária, tendo em conta a redação do art. 77 do Ato de

4 Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: [...] § 1º O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes. (Parágrafo único renumerado para § 1º pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000) § 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000) I - no caso da União, a receita corrente líquida do respectivo exercício financeiro, não podendo ser inferior a 15% (quinze por cento); (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 86, de 2015) II - no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000) III - no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000) § 3º Lei complementar, que será reavaliada pelo menos a cada cinco anos, estabelecerá: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000) I - os percentuais de que tratam os incisos II e III do § 2º; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 86, de 2015) II - os critérios de rateio dos recursos da União vinculados à saúde destinados aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, e dos Estados destinados a seus respectivos Municípios, objetivando a progressiva redução das disparidades regionais; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000) III - as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas esferas federal, estadual, distrital e municipal; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000) IV - (revogado). (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 86, de 2015).

Disposições Constitucionais Transitórias, qual seja, de que entre a vigência da Emenda até o exercício financeiro de 2004 seria necessário aplicar recursos mínimos da receita corrente líquida em saúde pública por parte de Estados e Municípios.

Em verdade, até 2004 estas duas esferas de governo seriam obrigadas a investir, no mínimo, 12% e 15%, respectivamente da arrecadação de seus impostos próprios nas ações e serviços de saúde. A União, desde então, deveria gastar nesse fim o correspondente ao que desembolsou no ano anterior, corrigido pela variação nominal do Produto Interno Bruto. Na ausência da referida lei complementar, a CF/88 determinou ainda que fossem mantidas as regras transitórias vigentes até 2004 (art. 77, §4º, do ADCT).

Ou seja, pela dicção primeira da CF/88 estabeleceu-se somente que o financiamento para a saúde fosse integrado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social⁵, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes, sem estabelecer percentual mínimo, de sorte que a Emenda Constitucional nº 29, de 2004, discriminou a origem dos recursos que financiariam a saúde e dispôs acerca da necessidade de edição periódica de lei complementar para fixar e revisar os percentuais de vinculação dos recursos destinados às ações e serviços públicos de saúde⁶.

5 Destaca-se que a inserção do orçamento da saúde como integrante do orçamento da seguridade social determinou que tal direito competisse diretamente por recursos com a assistência social e com a previdência social. Esse arranjo logo revelou-se instável, pois já em 1993 o desequilíbrio financeiro foi de tal monta que deixaram de haver recursos no orçamento para a saúde. Como primeira forma de resolver essa situação foi editada a Medida Provisória n. 364/93, convertida na Lei Federal n. 8.736/93, por meio da qual os recursos do Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT) foram transferidos para saúde em troca da emissão de títulos da dívida pública para aquele Fundo; tal situação viria a prolongar-se ainda por muitos anos.

6 Cumpre pontuar sobre o tema do financiamento da saúde pública, de forma demasiado sintética, a experiência de criação de tributo específico para custeio da saúde. Dada a grave situação de falta de recursos em 1996 se decidiu adotar a Contribuição Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira (CPMF). Ocorre que a medida adotada não ocasionou o incremento de recursos na saúde, pois o estudo da evolução das despesas aplicadas nessa área mostra apenas que, havendo uma fonte segura de recursos vinculados, os gestores públicos deixaram de alocar recursos livres para tal fim, de forma que a instituição da CPMF foi mais efetiva para assegurar a estabilidade de financiamento do SUS do que para a ampliação de seus recursos, uma vez que se retraíram de outras fontes de financiamento da saúde.

Em face da crise econômica premente em 1999 e 2000, soou como circunstancialmente justificável a falta de disposição direta no texto permanente da Constituição dos patamares mínimos de gasto público em saúde, na forma do parágrafo 2º do Art. 198, introduzido pela EC nº 29. Passados dez anos da promulgação dessa Emenda e cinco anos depois de esgotada a fórmula transitória do Art. 77 do ADCT, o financiamento estatal das ações e serviços públicos de saúde ainda se ressentia da técnica legislativa adotada na circunstância histórico-política da edição da Emenda nº 29. (PINTO; FLEURY, 2012, p. 66).

Por meio da Lei Complementar nº 141/2012, regulamentou-se a EC 29/2000, a qual reiterou os percentuais estabelecidos pela Emenda aos Estados-membros e Municípios, ratificando, ademais, a não vinculação da União a um percentual de investimento em saúde. A LC nº 141/2012, ainda, descreveu quais despesas poderiam ser consideradas como sendo de “ações e serviços públicos de saúde”, resolvendo outra celeuma que vinha arrastando-se. Essa normatização importou na aplicação do piso constitucional, podendo-se, a partir de então, conferir eficácia à EC nº 29/2000, garantindo um mínimo de financiamento permanente para o setor.

Destarte, apenas a partir do exercício de 2016, com a Emenda Constitucional nº. 86, a União passou a ter o compromisso de gastar percentual incidente sobre sua receita corrente líquida e, mesmo assim, haverá escalonamento de índices mínimos ditos progressivos, para que – em 2020 – seja possível chegar ao novo patamar de 15% da receita corrente líquida federal para a política pública de saúde (PINTO, 2015).

Isto é, entre a EC nº 29/2000 e a edição da EC nº 86/2015 não houve nenhuma correlação entre o comportamento progressivo da receita federal com o seu volume de gastos no SUS, haja vista que o critério normativo de gasto mínimo a ser vertido pelo Governo Federal para as ações e serviços públicos de saúde (ASPS) sempre cuidou de manter o patamar do ano anterior corrigido tão somente pela variação nominal do PIB, o que teve como consequência o estabelecimento de uma vinculação estagnada do gasto federal em saúde.

O que pretende-se mostrar, portanto, é que o SUS não detém fontes suficientes de custeio, especialmente em face do subfinanciamento federal, restando aos Municípios, dada a sua estrutura local, financiar patamares de gasto no setor da saúde significativamente acima do piso constitucionalmente determinado. Acerca do aporte financeiro da União no financiamento das ASPS:

Tal regressividade (que é relativa, já em que em termos nominais houve expansão formal do gasto federal em saúde) pode ser estatisticamente aferida à luz de qualquer dos seguintes quesitos de análise:

participação relativa da União no volume total de recursos vertidos pelo Poder Público ao SUS (caiu de 59,8% em 2000 para 44,7% em 2011, segundo estudo do IPEA); peso proporcional do gasto da União em saúde em face da sua própria receita global caiu de 8% para 6,9%; peso proporcional do gasto da União em saúde em face do total de recursos aplicados no Orçamento da Seguridade Social (OSS), o que corresponde ao critério de proporcionalidade estabelecido no artigo 55 do ADCT (conforme notícia a Associação Nacional do Ministério Público de Defesa da Saúde – AMPA-SA). (PINTO, 2015).

Assim, conforme exposto, conclui-se que, desde a EC 29/2000, a participação da União no custeio do SUS tem caído proporcionalmente tanto em face do quanto os demais entes federados aportam quanto em relação ao quanto ela mesma arrecada (PINTO, 2015). Via de consequência, em termos práticos, o ente público que está mais próximo da população (Município) e que mantém o primeiro e permanente contato com o cidadão na prestação dos serviços de saúde acaba sobrecarregado, principalmente porque o sistema abre espaço para essa circunstância, quer seja pela forma de financiamento estabelecida na República ou até mesmo pela questão estrutural do sistema.

Nessa toada, como resultado daquela dissociação da realidade, no mais das vezes, o Município, para atender uma demanda que não é sua, acaba comprometendo a eficiência das atividades que lhe são próprias.

3. As competências municipais de prestação de serviços públicos de saúde: sobrecarga no financiamento e os repasses federais

O caput do art. 198 da CF/88 estabelece que as ações e serviços públicos de saúde integram um sistema único, por meio de uma rede regionalizada e hierarquizada. Dessa forma, embora o SUS não seja dotado de personalidade jurídica própria, ele permite a racionalização da gestão do sistema de saúde brasileiro, articulando as ações e serviços de saúde prestados em todos os níveis da federação.

Na estruturação de divisão de competências entre os Entes federados no âmbito do SUS, diga-se que aos Municípios compete eminentemente prestar serviços de atenção básica (prevenção, primeiros socorros e procedimentos ambulatoriais e hospitalares simples, como, por exemplo, PSF, ACS, Farmácia Básica, Imunização, Vigilância em Saúde). A proposta por trás dessa divisão é de que a administração local, conhecedora dos problemas de sua região e com a experiência das práticas lá já adotadas, pode melhor exercer a gestão, sobretudo em um país com dimensões continentais, como é o caso do Brasil (art. 18 da Lei nº 8.080/1990):

O atendimento primário, chamado de “atenção básica” envolve as ações de baixa complexidade (como consultas simples nas unidades básicas de saúde). Trata-se da “porta de entrada” do Sistema, que funciona como “referência” e “contrareferência”: o cidadão sempre acessa o nível primário, que não apenas executa as atividades de menor complexidade, como também “referencia”, quando necessário, o paciente para os níveis mais complexos (secundário ou terciário). (PIVETTA, 2013, p. 120).

No que tange aos demais Entes, à União, em termos gerais, cumpre planejar e fiscalizar a política nacional de saúde; repassar verbas aos Estados e Municípios; coordenar os atendimentos de alta complexidade e os laboratórios públicos; e

transferir medicações complexas. Aos Estados-membros cabe adaptar a política nacional de saúde às peculiaridades regionais, coordenando as ações em seus municípios; repassando verbas aos municípios; gerenciando e prestando os atendimentos de alta e média complexidades.

Ou seja, União e Estados, por meio do Ministério da Saúde e das Secretarias Estaduais, com maior conhecimento técnico e uma visão ampla, desenhariam as melhores respostas em abstrato e dariam apoio aos municípios em sua implantação e especificação local, podendo, assim, atendimentos de média e alta complexidades serem realizados pelos municípios mediante pactuação.

Em suma, a atenção básica ou primária constitui o primeiro nível de atenção à saúde, conforme a Portaria nº. 2488/2011 do Ministério da Saúde, sendo que os serviços da atenção primária são prestados principalmente nas Unidades Básicas de Saúde e têm o objetivo de atender a maioria dos problemas de saúde da população sem que haja a necessidade de encaminhamento para outros serviços de maior complexidade.

Com efeito, conforme já exposto, desde a edição da EC 29/2000, a participação da União no custeio dos serviços e ações de saúde demonstra-se em queda em face de sua regressividade, aliada à tendência da manutenção dos gastos dos Estados-membros nos patamares mínimos estipulados constitucionalmente.

Nesse sentido, o incremento dos gastos municipais para além do mínimo e proporcionalmente maiores que os demais Entes, não se reveste, no mais das vezes, em uma opção da gestão municipal, mas é o resultado de esta se ver compelida a tal medida, seja por estar diante da realidade local, das demandas judiciais por medicamentos e procedimentos ou “dos próprios custos subestimados das transferências voluntárias feitas pela União para a execução descentralizada de ações e serviços públicos de saúde” (PINTO, 2015).

Veja-se, por exemplo, o caso dos gastos em saúde do Executivo Municipal de Porto Alegre no exercício financeiro de 2015. Naquele ano, os gastos em saúde no município atingiram 26,72% do total de despesas realizadas na ótica da despesa por

Função de Governo. Tal montante, que alcançou a cifra de R\$ 1,45 bilhão, é superior, inclusive, à despesa com educação do Ente – que atingiu 15,82% no mesmo ano –, sendo, assim, a maior despesa do Município no exercício financeiro (RIO GRANDE DO SUL, 2015, p. 31).

No que tange aos repasses federais de valores aos Municípios, considerando o recorte do presente trabalho, pode-se sintetizar que estes operam até o momento, em regra, de duas maneiras distintas: mediante convênios e/ou transferências de fundo a fundo⁷. Nos primeiros são pactuadas avenças entre União e Municípios, nas quais são estipulados os valores de repasse e o objeto da pactuação mediante posterior prestação de contas. Como crítica a esta medida tem-se o direcionamento da União aos programas que a nível federal se pense necessário, os quais deveriam ser usados como exceção, portanto.

Com relação às transferências fundo a fundo, trata-se de um repasse do Fundo Nacional de Saúde aos Fundos Municipais. Em 2007, a Portaria MS nº 204/2007 estabeleceu os seis blocos de financiamento (seis contas únicas e específicas diferenciadas por bloco de financiamento – atenção básica, atenção de média e alta complexidade, vigilância em saúde, assistência farmacêutica, gestão do SUS e investimentos na Rede de Serviços de Saúde), sendo que o bloco I – Atenção Básica é composto por um componente Fixo e outro variável, considerando-se que o PAB Variável é constituído por recursos financeiros destinados ao financiamento de estratégias realizadas no âmbito da atenção básica em saúde.

Ocorre que, mesmo no sistema de repasse direto entre os fundos, a existência de seis contas específicas de repasses significa um notável gerenciamento da União sobre a gestão da saúde nos Municípios, eis que, por exemplo, estes não podem alocar recursos de investimentos ou assistência farmacêutica para atenção básica ou vigilância.

⁷ Os Estados também são responsáveis, de forma complementar, pelo financiamento das ações da Atenção Básica, o que geralmente se realiza mediante transferências aos municípios com base em incentivos adicionais aos programas federais.

Nesse sentido é que a recentíssima alternativa de repasse, proposta no início do exercício de 2017, vem sendo debatida nos três níveis governamentais, o denominado "SUS Legal". Por meio desse modelo de repasse apenas subsistiriam dois blocos de repasse: capital e custeio. Esta proposta, segundo os seus defensores, formalizaria o planejamento ascendente do SUS, dando maior autonomia aos gestores municipais para planejarem e gerenciarem ações de acordo com as realidades locais, já que no modelo de seis blocos recursos federais acabavam paralisados.

Entretanto, por inevitável, as eventuais consequências negativas que esse novo modelo possa gerar em termos práticos nos Municípios (que podem ir desde uma redução ainda maior de recursos destinados à atenção básica em favor de alta e média complexidade até à abertura a fraudes diante da não vinculação de despesa) só serão tangíveis após a sua efetiva implantação. Em suma, conforme já visto, os problemas de insuficiência no financiamento do SUS são de longa data, o qual acentuou-se pelo reiterado descompromisso da União em despendere um percentual mínimo incidente sobre a sua receita corrente líquida.

Tal situação será regularizada somente a partir de 2020 – e, se as normas de reforma fiscal não disporem o contrário, haja vista a promulgação da EC 95/2016, que instituiu o Novo Regime Fiscal de limitação de gastos por vinte exercícios financeiros, limitando o incremento global das despesas, há forte receio de que serão insuficientes os recursos federais para a saúde.

Em síntese, preliminarmente depura-se que o atual cenário normativo-financeiro do sistema de saúde nacional não permite concluir que os Municípios possam ter autonomia para gerir as ações e serviços de saúde em âmbito local, conforme preceituam os ditames que orientam a atenção básica.

4. INTERFACE ENTRE OS (DES) CAMINHOS DO ATENDIMENTO À ATENÇÃO BÁSICA EM SAÚDE E O ACÓRDÃO Nº 7007119123

Dado o anteriormente exposto, vê-se que a implementação do direito à saúde significa, em última análise, uma decisão pública acerca da alocação de recursos governamentais e, portanto, uma escolha que projeta-se em termos orçamentários. Ademais, é inequívoca a íntima conexão existente entre a prestação de serviços de atenção básica em saúde pelos Poderes Executivos municipais e a garantia do direito fundamental à saúde. Isso é, "a satisfação desses direitos depende diretamente de ações estatais orientadas à criação de condições imprescindíveis para tornar real e efetiva a sua fruição pelos indivíduos" (HACHEM, 2014, p. 128).

Sobre a gestão municipal de saúde, Pivetta comenta que

[...] não há uma desvinculação com os demais níveis: pelo contrário, as atividades prestadas pelo Município devem estar concatenadas com o planejamento e a coordenação estadual e nacional. Aliás, o nível municipal é onde se inicia a estruturação e organização do sistema – a própria Lei nº 8.080/1990 estabelece que o planejamento do SUS será ascendente, partindo do nível local ao federal, de modo a se compatibilizar as políticas de saúde com a disponibilidade dos recursos (art. 36 da Lei nº 8.080/1990). (PIVETTA, 2013, p. 129).

Nessa seara, são os Municípios, por meio do Poder Executivo respectivo, os Entes que assumiriam ao longo dos últimos anos a maior parte do ônus fiscal com os gastos em saúde – em face, como exposto, da regressividade do gasto federal nesse fim –, inclusive considerando a pressão social à qual estão expostos e, notadamente, em face da judicialização de questões afetas ao direito à saúde, as quais afetam diretamente seu orçamento.

Com efeito, cumpre analisar o previamente exposto diante da decisão exarada pelo TJRS nos autos do Recurso de Apelação do Ministério Público do Estado nº 70071191233, julgado pelo 3ª Câmara Cível. Tal Acórdão determinou ao Município de Santa Maria o encaminhamento de projeto de lei à Câmara de Vereadores para a criação de 29 equipes de estratégia de saúde da família, nos termos da Lei Municipal nº 4.721/2003, no prazo de 60 dias. Com a inserção das despesas decorrentes da criação dos cargos na previsão orçamentária municipal e, uma vez aprovado referido projeto, este determinou a realização de seletivo público e os respectivos atos de nomeação e posse no prazo de 180 dias, sob pena de multa diária de R\$ 800,00.

Trata-se, como se vê, de uma ação civil pública originada de inquérito civil por meio da qual fora constatada a necessidade de implementação de 29 equipes do Programa Estratégia de Saúde da Família, a fim de atender à Lei Municipal nº 4.721/03 que previa a implantação de 44 equipes junto ao Município de Santa Maria. Dessa forma o projeto de lei a ser encaminhado à Casa Legislativa teria o condão de criar os cargos para formação posterior das equipes. O pleito foi negado pelo juízo a quo, tendo a sentença sido reformada pelo Órgão Colegiado, como já noticiou-se. Por oportuno, menciona-se excerto do decisum recorrido e reformado:

A própria Portaria n.º 648/GM do Ministério da Saúde expressamente ressalva que a inserção dos Municípios, na estratégia de Saúde da Família, deve ser feita “de acordo com sua capacidade institucional” (item 2.1, inciso III). Aliás, a instalação de nova equipe não se sujeita apenas à vontade do Chefe da Administração Pública Municipal, mas, também, à observância dos procedimentos estabelecidos na referida Portaria, os quais dependem da cooperação das diversas esferas dos Sistema Único de Saúde, assim como da previsão de fonte para custeio da despesa. (TJRS, 2016).

Com efeito, inobstante o mérito da decisão reformadora (a qual muito bem alberga a intangibilidade do direito à saúde e a necessidade do acesso ao referido direito ser garantido pelos Poderes instituídos), diante dos argumentos já expostos neste ensaio, que reportam a sobrecarga de financiamento e os ex-

cessos de ingerência na gestão das ações e serviços públicos de saúde de competência municipal, vê-se que os efeitos que derivam do Acórdão passam a ratificar a problemática exposta nos itens anteriormente desenvolvidos.

Nesse sentido, ainda que dentro dos limites de estudo que este ensaio comporta, o que é dado compreender é que a hipótese levantada de fato se confirma, no sentido de que a atual estruturação normativa, gerencial e financeira do SUS não permite que os Municípios atuem de maneira efetiva e, especialmente, autônoma na rede de atendimento de atenção básica em saúde.

Além disso, resta evidente que o Poder Judiciário tem colaborado significativamente para o rompimento da sistemática ideológica do Sistema Único de Saúde, principalmente quando, por exemplo, determina a implementação de determinada política pública sem sequer analisar o percentual já despendido para atendê-la durante o exercício financeiro e o resultado que esta provocará nos demais atos já programados orçamentariamente pela Administração.

Não se pode perder de vista, também, que as determinações judiciais, até certo ponto socialmente aceitas, corroboram de sobremaneira para o distanciamento do interesse público, sobretudo quando a consecução de demanda individual e o rigoroso cumprimento do princípio da legalidade comprometem recursos que seriam utilizados em políticas públicas que atenderiam a coletividade. Valendo-se do jargão popular, esta é a verdadeira política do “cobertor curto, ou seja, ele é puxado para cobrir o pescoço, mas, por consequência, desagasalha os pés”. Guardado o sentido figurado, a situação narrada assemelha-se à realidade em matéria de saúde pública na medida em que a determinação do implemento da política não é sopesada frente as consequências do ato face a outras ações e à programação financeira do ente.

Esse parece ser um cenário cada vez mais vicioso, pois o cidadão, desatendido pela política coletiva, dada a ausência de suporte financeiro para tanto, pressupõe que o único meio de alcançar seu objetivo é judicializando o caso. Porém, aquele

esquece-se que justamente de seu ato voluntário de invocar a tutela jurisdicional poderá resultar obrigação ao ente público, inviabilizando, por sua vez, o objetivo maior futuramente.

5. Conclusão

A despeito da institucionalização arrojada que se deu ao SUS a partir da Constituição Cidadã, o sistema público de saúde no Brasil ainda não foi suficientemente estruturado quanto ao seu viés financeiro, necessitando que insira-se ainda mais racionalidade a esta política pública e às suas formas de financiamento, mesmo que o recente modelo proposto, Programa SUS Legal, vá de encontro aos antigos anseios de autonomia por parte dos Gestores municipais.

O que procurou-se aqui demonstrar é que ao Ente governamental detentor da maior capacidade arrecadatória, a União, cumpriria uma atuação proporcional de custeio do SUS, desonerando os Municípios da sobrecarga de financiamento de ações e serviços de saúde junto à atenção básica, inclusive porque estes são onerados com outras demandas locais da saúde e com o notável ônus de custear a judicialização cada vez mais crescente nessa seara. Isto é, inobstante a digressão normativa feita anteriormente, no sentido de demonstrar a evolução das regras de financiamento do sistema, vê-se que todo o regramento operado e inserto na dicção constitucional não logrou corrigir o descompasso federativo no financiamento do direito à saúde.

Nesse sentido, entende-se que os Municípios deparam-se com fontes limitadas de suporte financeiro para atender as demandas primárias da população nas unidades de saúde locais, além de verem sua autonomia reduzida em face desse mesmo contexto. E, em cotejo com a decisão proferida nos autos da Apelação nº 70071191233, depreende-se que as situações alhures expostas são de difícil equalização, inclusive pelo Poder Judiciário, já que estas estão perante a emergência de assegurar o direito do acesso à saúde nos Municípios.

6. Referências

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 17 jul. 2017.

_____. Emenda Constitucional nº 29, de 13 de setembro de 2000. Altera os arts. 34, 35, 156, 160, 167 e 198 da Constituição Federal e acrescenta artigo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para assegurar os recursos mínimos para o financiamento das ações e serviços públicos de saúde. **Diário Oficial da União**, Brasília, 19 set. 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc29.htm>. Acesso em: 30 jun. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70071191233. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 30 jun. 2017.

HACHEM, Daniel Wunder. A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 13, n. 13, p. 340-399, jan./jun. 2013.

_____. Direito fundamental ao serviço público adequado e capacidade econômica do cidadão – Repensando a universalidade do acesso à luz da igualdade material. **A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 14, n. 55, p. 123-158, jan./mar. 2014.

PINTO; Élide Graziane; FLEURY, Sonia. Custeio do direito à saúde: em busca da mesma proteção constitucional pelo direito à educação. **RDisan**, São Paulo, v. 12, n. 3, p. 54-80. mar./jun. 2012.

PINTO, Élide Graziane. **Descompasso federativo no financiamento da saúde pública brasileira**. Portal Consultor Jurídico. 4 abr. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-abr-04/elida-pinto-descompassofederativo-financiamento-saude>>. Acesso em: 17 jul. 2017.

PIVETTA, Saulo Lindorfer. **Direito Fundamental à Saúde:** regime jurídico constitucional, políticas públicas e controle judicial. 2013. 270 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013.

RIO GRANDE DO SUL. Secretaria Municipal da Fazenda de Porto Alegre. Balanço das Finanças Públicas 2015. Porto Alegre, 2015. Disponível em: <http://lproweb.procempa.com.br/pmpa/prefpoa/smf/usu_doc/financas2015.pdf>.

