

Anízio Pires Gavião Filho
Rogério Gesta Leal
Organizadores

Coletânea do

**V SEMINÁRIO
NACIONAL**

**TUTELAS À
EFETIVAÇÃO DE
DIREITOS
INDISPONÍVEIS**



FMP

Fundação Escola Superior
do Ministério Público

2019



Anízio Pires Gavião Filho
Rogério Gesta Leal
Organizadores

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

Anízio Pires Gavião Filho

Fábio Roque Sbardellotto

Guilherme Tanger Jardim

Luis Augusto Stumpf Luz

Coletânea do

**V SEMINÁRIO
NACIONAL**

**TUTELAS À
EFETIVAÇÃO DE
DIREITOS
INDISPONÍVEIS**



2019

© FMP 2019

CAPA: Marcelo Mariante de Queiroz

DIAGRAMAÇÃO: Liquidbook | tecnologias para publicação

REVISÃO DE TEXTO: Liquidbook | tecnologias para publicação

EDITOR: Rafael Martins Trombetta | Liquidbook

RESPONSABILIDADE TÉCNICA Patricia B. Moura Santos

Fundação Escola Superior do Ministério Público

Inscrição Estadual: Isento

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

Porto Alegre – RS – CEP 90010-350

Fone/Fax (51) 3027-6565

E-mail: fmp@fmp.com.br

Website: www.fmp.edu.br

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

S471c Seminário Nacional Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis (5. : 2019 : Porto Alegre, RS)
Coletânea do V Seminário Nacional Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis [recurso eletrônico] / Anízio Pires Gavião Filho, Rogério Gesta Leal, organizadores. – Dados eletrônicos – Porto Alegre: FMP, 2019.
360 p.

Modo de acesso: <<http://www.fmp.edu.br/publicacoes>>
ISBN 978-85-69568-19-3

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

A indisponibilidade do estado democrático e a periclitación de direitos públicos indisponíveis e transindividuais

A quinta edição do Seminário Nacional Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis, promovido pelo programa de pós-graduação da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul vem à lume debatendo temas fulcrais as suas duas linhas de pesquisas (Tutelas à Efetivação de Direitos Públicos Incondicionados e Tutelas à Efetivação de Direitos Transindividuais).

Por incrível que possa parecer o debate sobre a necessidade de governos agirem sob os termos da Lei nas Democracias contemporâneas ganha cada vez mais relevo, justamente em face dos fenômenos de corrupção, improbidades administrativas e crimes praticados contra o interesse público por todas as partes.

Normas jurídicas regulam as ações do governo pelo simples fato de que, a partir do constitucionalismo moderno, este somente pode agir de acordo com o que aquelas permitem, e isto se deu por conta de muitas variáveis políticas, econômicas e também filosóficas que vamos abordar neste texto.

A relação que há entre normas jurídicas e ações governamentais, pois, dizem com obrigações, obediências a compromissos, finalidades e objetivos previamente traçados pelos sistemas jurídicos (constitucional e infraconstitucionais) vigentes, e mais que isto, evidencia escolhas estratégicas tomadas por procedimentos e processos legitimamente democráticos envolvendo múltiplos protagonistas do espaço público e privado, o que reforça os vínculos não facultativos em termos de efetivação de deveres e direitos.

Com base nestas premissas podemos exigir que eventuais conflitos entre os interesses envolvidos – interna e externamente – junto à administração pública devam ser solvidos igualmente sob a égide do sistema normativo em voga, sob pena de não serem legítimos.

O problema é quando no Estado de Direito o sistema jurídico é utilizado para perseguir fins mais privados do que públicos, o que revela desequilíbrios tanto na distribuição de poder como em seu exercício, permitindo que grupos sociais mais fortes de que outros assaltem o governo/Estado para efetivar projetos e metas descompromissadas com os interesses da Comunidade como um todo. Em tais circunstâncias, surge tensões entre maiorias e minorias que devem ser equacionadas de maneira a reestabelecer aqueles equilíbrios ameaçados ou violados.

De qualquer sorte o velho problema moral sobre o porquê as pessoas obedecem às leis, e com que motivações, volta sempre à mesa quando se debate a função dos sistemas normativos nos dias atuais. A despeito disto, de acordo com o que podemos chamar de formulação conceitual standard, as leis devem possuir certas características universais, devendo ser: gerais, promulgadas publicamente, não retroativas, claras e compreensíveis, consistentes sob o ponto de vista lógico, factíveis e estáveis ao longo do tempo.¹

Em face destes elementos e numa concepção normativa forte, a lei é fonte de sua própria normatividade, ou seja, se normas se qualificam como leis, então é obrigação de agentes públicos e privados seguirem o que elas determinam, mesmo que as motivações para o agir destes sujeitos de direito de acordo com tais dispositivos não sejam de cunho moral.² Por isto a

assertiva de que, independentemente da motivação para a observância do disposto em normas jurídicas, o mais valioso efeito do Estado de Direito é que ele possibilita a autonomia individual no âmbito das relações humanas e institucionais.

Por outro lado, as ações de governo que são previsíveis sob o ponto de vista da normatividade que as autoriza e as estabiliza no tempo, são também limitadas pelas condições da autonomia individual decorrente do reconhecimento normativo do mesmo Estado de Direito. Desta maneira, para podermos compreender melhor este Estado – e o sistema jurídico que o informa – devemos levar em conta as forças políticas que vão constituir aqueles comandos, os objetivos que veiculam, assim como os conflitos – aparentes e ocultos – próprios destes cenários, pois, para avançar em seus objetivos, os atores dos espaços públicos e privados sempre lançam mão de instrumentos (econômicos, militares, ideológicos) de que possam dispor (por vezes nem todos lícitos).

O Estado, então, é um sistema de instituições que possui, cada qual, prerrogativas, objetivos e funções normativamente estabelecidos, com as quais se vinculam sempre, e por eles podem ser controlados – interna e externamente. Assim sendo, é possível afirmarmos que estes configuram a verdadeira fonte institucional de poder do Estado de Direito. O problema é que estas fontes de poder, por sua vez, são constituídas no (e são o resultado do) embate de interesses públicos e privados, mesmo que respeitando o devido processo legal para tanto, o que coloca o *risco* de que eventuais distribuições desajustadas de poder entre os atores que participam destes processos deem causa a distorções que envolvam exclusões sociais impactantes, inclusive resultando na violação de Direitos Fundamentais.³

Por isto, se grupos organizados e hegemônicos de poder (econômico e político) não podem usar as leis para seus interesses exclusivos, eles terão de se valer dos mecanismos

1 FULLER, Lon. *The Morality of Law*. New Haven: Yale University Press, 1964, p.41.

2 Como nos diz Maravalle Przeworski: *As Holmes puts it, rule of law and rule by law occupy a single continuum and do not present mutually exclusive options. What distinguishes them is not the nature of the law, whether it operates as a tool or as a framework, but the power system to which they respond*. MARAVALL, José María; PRZEWORSKI, Adam. *Democracy and the Rule of Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, p. 03, grifo nosso.

Agrega ainda os autores: *Rule of law emerges when, following Machiavelli's advice, self-interested rulers willingly restrain themselves and make their behavior predictable in order to obtain a sustained, voluntary cooperation of well-organized groups commanding valuable resources. In exchange for such cooperation, rulers will protect the interests of these groups by legal means. Rule of law can prevail only when the relation of political forces is such that those who are most powerful*

find that the law is on their side or, to put it conversely, when law is the preferred tool of the powerful. MARAVALL; PRZEWORSKI, 2003, p. 04.

3 Ver o texto de HAMPTON, Jean. *Democracy and the Rule of Law*. In: SHAPIRO, Ian (ed.). *The Rule of Law*. New York: New York University Press, 1999.

institucionais e de direito que existem para tanto⁴ – os quais, em tese, se constituem e deveriam funcionar a partir de determinados equilíbrios sociais-, o que traz para a arena pública e mais controlada os embates de projetos privados/corporativos e sociais, oportunizando maior visibilidade e transparência a todos estes processos. Daí a correta expressão de Maravall e Przeworski: *The difference between rule by law and rule of law lies then in the distribution of power, the dispersion of material resources, the multiplication of organized interests; in societies that approximate the rule of law, no group becomes so strong as to dominate the others, and law, rather than reflect the interests of a single group, is used by the many.*⁵

Em outras palavras, o plano da institucionalidade normativa que regula ações individuais e institucionais cria ambientes de segurança e confiança dos protagonistas da política, economia e governo, assim como gera expectativas passíveis de serem cumpridas pelas pessoas (físicas e jurídicas), aumentando os níveis de estabilidade das relações. Então podemos afirmar que instituições orientam, por vezes, ações, justamente porque elas – em alguns cenários – podem constituir incentivos e expectativas, e o próprio conjunto destas iniciativas podem induzir forças políticas a portarem-se de acordo com diretrizes institucionais.

Mas tudo isto só pode acontecer se efetivamente existirem bases institucionais claras e consistentes para o funcionamento de regimes democráticos e para o exercício do poder político! Lembremos somente do caso chileno, quando o general Pinochet, em outubro de 1989, poucas semanas antes das primeiras eleições democráticas, depois do referendo de 1988, advertira em alto som que se a novel Democracia tocasse em algum de seus homes, o Estado de Direito voltaria a se extinguir.⁶ Neste exemplo resta claro que a existência do Estado de Direito

depende da vontade de uma pessoa – respaldada por muito setores hegemônicos -, o que fragiliza de forma letal as dimensões institucionais que deveriam constituir e manter a ordem democrática.

Por outro lado, seguidamente afirma-se que o importante é instituímos o governo das leis e não de homens, expressão esta demasiadamente ambígua, simplesmente porque os atos de governo não podem ser reduzidos as expressões gramaticais das normas jurídicas vigentes, e tal assertiva significa que os governantes estão vinculados ao que determinam as leis e, portanto, o governo operado por homens devem cumprir estas normas. Da mesma maneira as expressões *soberania da lei* e *supremacia da lei* não podem induzir que os elementos subjetivos e interpessoais dos atos de governo possam estar blindados de forma absoluta por tais premissas!

Ao contrário, as leis, enquanto criações humanas, estão sujeitas sempre a determinadas intenções e desejos privados que se mesclam (as vezes de forma ilícita) com os públicos, o que se evidencia, por exemplo, nos índices e casos de corrupção governamental em todo o mundo. Dai porque, como lembra Jon Elster, as leis não podem estar acima dos homens porque nada é externo à Sociedade, sendo possível inúmeras circunstâncias nas quais as leis podem ser ignoradas, desconsideradas, violadas ou suspensas.⁷

A ideia/premissa central que está por detrás do Estado de Direito, portanto, é a da universal observância das regras que definem o sistema político e regulam seu funcionamento. Se nada é externo a Sociedade, a Sociedade que é bem ordenada em termos institucionais é aquela na qual as regras de direito são de tal forma consideradas pelos cidadãos que ninguém encontra vantagens para agir contrário a elas. Mas esta é uma ideia regulativa, ou seja, constitutiva das condições e possibilidades da própria Democracia e Estado de Direito enquanto conquista civilizatória, mas não nega que os riscos e perigos de violação

4 Sustentam os autores, em tese, que: *In any institutional equilibrium, actions are predictable, understandable, stable over time, and limited. Hence, individuals can anticipate the consequences of their own behavior; everyone can autonomously plan one's life.* Idem, p. 05.

5 Idem.

6 Ver o texto de O'DONNELL, Guillermo. 1999. Polyarchies and the (Un)Rule of Law in Latin America. In: MÉNDEZ, Juan E.; O'DONNELL, Guillermo; PINHEIRO, Paulo Sérgio. (ed.). *The (Un)Rule of Law and the Underprivileged in Latin America*. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1999.

7 ELSTER, Jon. *Making Sense of Marx*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p.196.

deste princípio são constantes nos múltiplos espaços e tempos das relações sociais e institucionais contemporâneas.

Por tais percepções é que ganha relevo o tema da institucionalidade governativa, eis que:

One of the main characteristics of institutions is that they are impersonal, in the sense that their functioning does not depend on the idiosyncrasy of individuals. An institution is well designed when it is not affected by the replacement of the individuals who have to act in accord with its rules. Whatever the preferences of individuals who have to act institutionally, the institution survives when the incentives it creates induce individuals to comply with the rules. In this sense, there is rule of law when politics is fully institutional, that is, when every political act is done according to the institutional rules. The challenge posed by the rule of law is the design of a set of rules that guarantee their own survival because the incentives contained in these rules deter everyone from subversion.⁸

Estes aspectos são essenciais para qualquer regime democrático, e a nosso juízo indispensáveis para ultrapassarmos certas culturas patrimonialistas e paternalistas de atores políticos e modos de governança. Não que isto nos garanta estabilidades institucionais eternas, mas ao menos representações mais claras e passíveis de controles públicos eficientes, sempre tendo em conta que imprevisíveis mudanças sociais, decorrentes de forças políticas e econômicas distintas, transformam a todo o instante o equilíbrio entre os poderes e entre as instituições (públicas e privadas), por vezes destruindo modelos antigos e criando novos.

8 CUENCA, Ignacio Sánches. Power, Rules and Compliance. In: MARAVALL, José María; PRZEWOR-SKI, Adam. *Democracy and de Rule of Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, p.63. Diz o autor ainda – e com ele concordamos – que: *The idea of the rule of law can be easily connected with one of the oldest aspirations of political theory, the design of a stable institutional system, an institutional system that could survive indefinitely. A stable institutional system is a system in which there is always compliance with the rules. All conflicts have to be solved according to these rules.*

Então poderíamos perguntar: qual o objetivo da estabilidade institucional? Por que ela é tão importante? E tais interrogantes trazem outros ainda mais gerais: Por que o respeito e compromisso as leis é tão importante? O que ocorre se estas normas são subvertidas, fazendo com que o sistema não seja estável?

E uma das primeiras respostas de fundo que surge a tais questionamentos é a de que *o compromisso e observância as regras democráticas (e jurídicas) postas as relações sociais poderiam ser explicadas a partir do fato de que elas refletem a distribuição dos poderes de barganhas entre os diferentes segmentos sociais representados no espaço público*. Ou seja, se o exercício do poder sob determinadas normas públicas vinculantes coincide com as expectativas e demandas de forças sociais relevantes/hegemônicas conjuntamente, inexistirão incentivos eficientes e suficientes para que aquelas normas sejam rompidas. Por óbvio que isto desloca (e aqui temos um problema) – sob o ponto de vista filosófico – o fundamento de validade fático dos sistemas normativos vigentes do argumento da sua legitimidade axiológica e deontológica para o de sua sustentação pragmática social, política e econômica, o que se revela muito mais fugaz e instável – mas é assim mesmo que ocorre no mundo da vida.⁹

Ou seja, estamos sustentando que o Estado de Direito está constituído, fundamentalmente, pelo princípio de que toda a ação política tem consequências no que diz com o tema da distribuição do poder institucional dentro do sistema jurídico, razão pela qual não se pode aceita-la alicerçada sobre o exercício da força bruta – que deve ser domada pela força institucional. Ou seja, na medida em que todos sabem – por regras claras, públicas e universais – quem está autorizado a fazer algo em termos de política institucional e de acordo com que procedimentos específicos, tudo baseado na Lei, os sistemas institucionais constituem-se e mantêm-se estáveis, e o respeito a eles existe e

9 Ver o texto de CALVERT, Randall. Rational Actors, Equilibrium and Social Institutions. In: BANKS, Jeffrey S.; HANUSHEK, Eric A. (ed.). *Modern Political Economy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.

é garantido por instrumentos de responsabilização adequados, o que gera nos indivíduos expectativas confiáveis em termos de ações e reações governamentais e sociais no cotidiano de suas vidas, fortalecendo a Democracia e suas instituições operacionais.

Os artigos que compõem esta obra, direta e indiretamente, tratam destes temas, aprofundando topicamente, por conexão as linhas de pesquisa do PPGD da FMP, causas e consequências dos cenários anteriormente demarcados.

Uma boa leitura a todos.

Prof. Dr. Anízio Pires Gavião

Prof. Titular Dr. Rogério Gesta Leal

Coordenação do PPGD em Direito da FMP

Sumário

EFICIÊNCIA E GARANTIAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO EFFICIENCY AND GUARANTEES IN BRAZILIAN CRIMINAL PROCEDURE Miguel Wedy	17
POLÍTICAS INSTITUCIONAIS DO MINISTÉRIO PÚBLICO INSTITUTIONAL POLICIES OF THE PUBLIC PROSECUTION SERVICE Gianpaolo Poggio Smanio	27
A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS COMO INDUTORA DE POLÍTICAS PÚBLICAS: UMA ANÁLISE A PARTIR DO CASO GOMES LUND E OUTROS VS. BRASIL THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS AS AN INDUCTOR OF PUBLIC POLICIES: AN ANALYSIS OF THE CASE GOMES LUND AND OTHERS VS. BRAZIL Mônia Clarissa Hennig Leal Sabrina Santos Lima	45
FORMAS ALTERNATIVAS DE ENFRENTAMENTO E PREVENÇÃO DA CORRUPÇÃO: UMA ABORDAGEM A PARTIR DA JUDICIALIZAÇÃO DOS CONFLITOS SOCIAIS ALTERNATIVE WAYS OF COPING AND PREVENTION OF CORRUPTION: AN APPROACH ON THE JUDICIALIZATION OF SOCIAL CONFLICT Fábio Roque Sbardellotto	59
DESVIO DE VERBA PÚBLICA PRATICADO POR VEREADORES COMO CRIME CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: UM ESTUDO DE CASO Rogério Gesta Leal	71
O RECURSO À “NATUREZA DAS COISAS” NA CONCREÇÃO DAS NORMAS TRIBUTÁRIAS Maren Guimarães Taborda	87
FRANK E O ROBÔ: A ROBÓTICA E A HIPERVULNERABILIDADE DO IDOSO FRANK AND THE ROBOT: ROBOTICS AND THE HIPERVULNERABILITY OF THE ELDERLY Cristina Stringari Pasqual	103

O INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NOS LITÍGIOS ENVOLVENDO RELAÇÕES DE CONSUMO THE PROCEDURE OF PIERCING THE CORPORATE VEIL IN CONSUMER LAW	José Tadeu Neves Xavier	117
OS DILEMAS DE UM PROCESSO PENAL EM TRANSFORMAÇÃO	André Machado Maya	129
A (DES)CRENÇA NAS INSTITUIÇÕES DEMOCRÁTICAS EM TEMPOS DE ESCÂNDALOS DE CORRUPÇÃO	Bianca Medran Moreira Bárbara Guerra Chala	143
A DESCENTRALIZAÇÃO NO FEDERALISMO E A EFETIVIDADE DA PARTICIPAÇÃO NA GESTÃO PÚBLICA	Bruna Lietz	155
A DESCONSIDERAÇÃO INVERSA DA PERSONALIDADE JURÍDICA: BREVE ANÁLISE DO CASO CAOÁ	Paula Ferla Lopes José Tadeu Neves Xavier	165
A DURAÇÃO DAS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA PREVISTAS NA LEI MARIA DA PENHA	Eveline Bernardy Eduardo Ritt	179
A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE COMO CONSEQUÊNCIA DE PRÁTICAS CORRUPTIVAS NA PRESTAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE	Luiza Eisenhardt Braun Caroline Fockink Ritt	191
A LIBERDADE DE IMPRENSA COMO PRESSUPOSTO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	Pedro Henrique Carneiro Mosmann	205

A PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA SOB O PRISMA DO ATIVISMO JUDICIAL E DA VINCULATIVIDADE DOS PRECEDENTES THE PROVISIONAL DETENTION FROM THE PERSPECTIVE OF JUDICIAL ACTIVISM AND THE BINDING PRECEDENTS	Pedro Henrique Carneiro Mosmann	217
A RECLAMAÇÃO COMO INSTRUMENTO PARA MANUTENÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA ESTÁVEL, ÍNTEGRA E COERENTE À LUZ DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015	Fernanda Rosa Coelho Lucas Moreschi Paulo	229
COLONIALIDADE, SABER E PODER: O PAPEL DO ESTADO E DO DIREITO NAS RELAÇÕES FAMILIARES	Rodrigo Rosa de Lima Raquel Fabiana Lopes Sparemberger	241
COMPLIANCE NA ERA DIGITAL: UMA FERRAMENTA DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS	Guilherme Becker Diedrich Marina Gomes de Souza	257
COOPERATIVISMO POPULAR E ECONOMIA SOLIDÁRIA O PLURALISMO JURÍDICO DO TIPO DEMOCRÁTICO E PARTICIPATIVO POPULAR COOPERATIVISM AND SOLIDARITY ECONOMY A LEGAL PLURALISM OF THE TYPE DEMOCRATIC AND PARTICIPATE	Michael Almeida di Giacomo	269
PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS PELA ÓTICA DO DIREITO DO CONSUMIDOR: DIÁLOGO ENTRE O CÓDIGO DO CONSUMIDOR E A LGPD – LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS – LEI 13.709/2018, NO ÂMBITO DE TERMO DE AJUSTE DE CONDUTA ENVOLVENDO VAZAMENTO DE DADOS – CASO NETSHOES	Newton de Lavra Pinto Moraes	283
FORMAS DE CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E COMBATE À CORRUPÇÃO: UMA BREVE ANÁLISE	Ana Paula Cordeiro Krug Chaiene Meira de Oliveira	295

LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO ÂMBITO DAS UNIVERSIDADES E O PRINCÍPIO DA LIVRE AUTONOMIA UNIVERSITÁRIA
FREEDOM OF SPEECH UNDER THE UNIVERSITIES AND THE PRINCIPLE OF FREE UNIVERSITY AUTONOMY

Michael Almeida di Giacomo..... 307

O FIM DO LIBERALISMO DE IDENTIDADE E A ALTERNATIVA DO INTERCULTURALISMO: A “MENSAGEM” DAS ELEIÇÕES PRESIDENCIAIS NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA EM 2016

Flávia Miranda Falcão
Bruno Heringer Júnior 319

O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL (EFEITO CLIQUET) COMO GARANTIDOR DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Daniele Louise Kopp
Érica Veiga Alves..... 333

OS FUNDAMENTOS DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O DISCURSO DE ÓDIO: EXISTE O DIREITO DE OFENDER PELA PALAVRA?

Bruno Ruiz de Souza
Bruno Heringer Júnior 347

EFICIÊNCIA E GARANTIAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

EFFICIENCY AND GUARANTEES IN BRAZILIAN CRIMINAL PROCEDURE

Miguel Wedy¹

¹ Doutor em Direito pela Universidade de Coimbra, Portugal.

Resumo

Quais fatores podem explicar o aumento exponencial da população carcerária nos últimos anos? Por certo que há fatores que estão para além do direito. Porém, há também fatores que possuem relação com o jurídico. Em nosso *a priori*, há dois fatores relevantes para o aumento do número de presos: a política de drogas e a cultura inquisitorial. Deve-se, assim, repensar a atual política de drogas de modo a tentar romper a relação entre traficante e usuário e, de outra parte, deve-se instituir um processo de viés acusatório que congregue eficiência e garantias com a expansão dos poderes de negociação das partes.

Abstract

What factors may explain the exponential increase in the prison population in recent years? Certainly there are factors that are beyond the right. However, there are also factors that are related to the legal. In our *a priori*, there are two factors relevant to the increase in the number of prisoners: drug policy and inquisitorial culture. Thus, the current drug policy should be rethought in order to try to break the relationship between drug trafficker and user, and, on the other hand, a process of accusatory bias that combines efficiency and guarantees with the expansion power of the parties

É uma honra falar nessa prestigiada Escola que é a FMP. Aqui, como em poucas Escolas, consegue-se alinhar a densidade e a profundidade acadêmicas com o conhecimento prático, de modo que o saber científico não fique distante da realidade do mundo e da vida. Por isso, os meus agradecimentos aos colegas André Machado Maya, Fabio Roque Sbardelotto e Anízio Gavião, pelo honroso convite.

O tema é objetivo e claro: como conciliar eficiência e garantias no processo penal? Que reformas fazer?

Para tanto, em primeiro lugar, faz-se necessário apontar alguns dados concretos. No Brasil, segundo dados do Departamento Penitenciário Nacional, há mais de 726 mil presos, dos quais cerca de 40% são presos provisórios, ou seja, sem julgamento. Em alguns estados, como o Ceará, o número de presos sem julgamento chegou a 66%. Nos Estados Unidos esse número é de cerca de 20%.

Trata-se de um país em que 64% dos presos são afrodescendentes e 60% são analfabetos ou semialfabetizados, no qual a taxa de ocupação dos presídios é de cerca de 197%. Faltam quase 300.000 vagas e em muitos locais os presos são amontoados em condições absolutamente violadoras das normativas internacionais acerca do tema.

É de se perguntar se, no futuro, quando olharmos para trás, não teremos tanta vergonha do nosso sistema carcerário como temos hoje do que foi a escravidão.

Por qual motivo houve essa explosão carcerária? Entre 1994 e 2010 a população brasileira cresceu cerca de 29%. O número de presos, porém, cresceu cerca de 400% nesse período.

Entre 2005 e 2016 o Brasil dobrou o tamanho da população carcerária. Os dados sobre violência, porém, não diminuíram. Mais prisões não geraram menos crimes. Pelo contrário, fizeram aumentar o crime. O notável é que as prisões aumentaram num momento de desenvolvimento econômico e de diminuição das desigualdades sociais.

Atualmente, segundo a Anistia Internacional, a polícia brasileira é a que mais mata no mundo.

A cada seis dias o número de mortos se iguala ao número de mortos em 25 anos de atuação policial no Reino Unido.

Mas não se pode esquecer que, segundo o 10º Anuário Brasileiro de Segurança, em 2015, 350 policiais morreram, 2/3 fora de serviço. Trata-se, também, de uma polícia que morre muito, que corre riscos e que não recebe o devido tratamento funcional.

É nesse contexto que irei falar de eficiência e garantias no processo penal.

Para os mais pobres e afrodescendentes em geral, nunca houve ineficiência do sistema penal, caso queiramos relacionar eficiência com punição: o sistema sempre puniu e executou as penas. Para os criminosos de colarinho branco, sim, o sistema era ineficiente. Porém, com a operação Lava-Jato, pode-se dizer que isso mudou. Bilhões de reais foram recuperados, réus foram presos (alguns até excessivamente, enquanto outros receberam benefícios demasiados), e penas estão sendo cumpridas. A Lava-Jato representa uma nova forma de ver e atuar no Direito que deve ser estudada, com seus benefícios em matéria de eficácia na recuperação de ativos, e também com seus prejuízos em matéria de algumas garantias, como a presunção de inocência e o direito de não fazer prova contra si, bem como em matéria de imparcialidade judicial. O fato é que a Lava-Jato rompeu com a impunidade dos delitos de colarinho branco e operou uma autêntica revolução na forma de atuar em matéria penal, para o bem e para o mal. Antigos profissionais, acostumados com a velha advocacia criminal, aferrada nas teorias das nulidades e em manobras mais formais, foram atropelados pela Lava-Jato pois não compreenderam uma nova forma de atuação. Agora, neste exato momento, estamos a trabalhar e coletar dados sobre os efeitos da Lava-Jato em matéria de garantias e em matéria de economia. Eu defendo a aporia de que a Lava-Jato foi boa para combater a impunidade dos corruptos, mas ruim para as garantias em geral, para a estabilidade institucional e para a economia do país. É possível que a pesquisa destrua minha aporia, mas a academia é assim: impõe-se correr riscos. Não podemos, porém, parar por aí em matéria de ineficiência na legislação brasileira.

A peculiaridade do Brasil ainda nos impõe ver que cerca de 30% dos presos estão na cadeia por tráfico de drogas e não por crimes mais violentos, como homicídio, roubo, estupro, latrocínio (matar para roubar), sequestro, extorsão mediante sequestro e corrupção grave. Aliás, o índice de resolução de homicídios é vergonhoso.

O sistema está invertido. Ao invés do sistema se preocupar com os crimes violentos e com a corrupção gravíssima, ele se preocupa com um crime que decorre essencialmente da política de proibição, como o tráfico de drogas. Um crime que reforça grupos criminosos em razão dos seus lucros enormes e instaura um "empoderamento" das organizações criminosas sem precedentes.

Em minha pesquisa levanto dois fatores que geraram esse aumento do encarceramento: a política de drogas e o sistema inquisitorial brasileiro.

I) Primeiro Fator

O primeiro fator é a política de drogas, que é um desastre: encarceradora, estigmatizante e retira eficiência ao inflar o sistema penal. Em matéria de efetividade e de garantias, quanto menor o sistema penal, mais eficiente; quanto maior, mais ineficiente. A Lei 11.343/2006 aumentou as penas para os traficantes (5-15 anos), manteve a punição de usuários (embora sem pena privativa de liberdade) e não foi capaz de cindir as cadeias de comando do tráfico com as baixas esferas. Vimos que a população carcerária dobrou de tamanho depois disso, e que os traficantes (em geral pequenos, afrodescendentes e pobres) compõem 30% da população carcerária. Entre 2005 e 2013, o número de traficantes presos aumentou 339%. A lei de drogas continua a ofertar valiosa e barata mão de obra para as organizações criminosas, especialmente dentro dos estabelecimentos prisionais, pois não conseguiu quebrar a relação entre o topo da cadeia de comando e as camadas mais baixas. E também não conseguiu quebrar a relação entre usuários e traficantes no tratamento do assunto, considerando a ambos como criminosos,

embora sem aplicar a pena de prisão ao usuário. Assim, seria essencial um redimensionamento da referida lei, para punir mais gravemente os grandes traficantes. Do mesmo modo, é preciso uma legislação que instigue a quebra e o rompimento da relação entre usuários (talvez a sua impunidade na esfera penal) e traficantes e entre traficantes das partes baixas da cadeia de comando (talvez a aplicação de sanções alternativas e um direito premial mais forte) e as esferas que detém efetivo poder de mando. Sem tal modificação, o que se pode vislumbrar é apenas o empoderamento cada vez mais robusto das organizações criminosas vinculadas ao tráfico².

II) Segundo fator

Há um segundo fator que vem contribuindo para o aumento do encarceramento: a tradição inquisitorial do sistema processual penal brasileiro. Aqui, há uma peculiaridade: a população, segundo pesquisas de opinião pública, aplaude mais rigor, mais punição e mais prisões. Os juízes mais duros são os mais populares. Porém, o sistema penal brasileiro tem uma média de reincidência que alcança 70%. Ou seja, há um círculo vicioso: quanto mais se prende traficantes, maior é a população carcerária, quanto maior a população carcerária, maior tem sido a reincidência. Quanto maior a reincidência, maior o número de presos e, assim, sucessivamente. A lei impõe ao juiz uma atuação que reforce as agências de controle, especialmente quando se trata do tráfico de drogas. A lei brasileira, em decorrência de nossa tradição romano-germânica, acaba por reforçar o papel de intervenção do juiz no processo penal.

O que diferencia um sistema inquisitorial de um sistema acusatório?

No sistema inquisitorial, como se pode depreender do manual dos Inquisidores, de Nicolau Eymerich (um inquisidor medieval), os processos são secretos, escritos, não há separação

entre acusador e julgador, e a gestão da prova está nas mãos do juiz, que pode buscar provas diretamente, sem ouvir as partes ou até para reforçar o caso de uma das partes. É um sistema que recebe críticas, pois pode gerar um juiz parcial, apaixonado pela tese da acusação ou da defesa e que apenas presida o processo para reforçar a posição que ele queira como vencedora. O que se dá, assim, por vezes, é um preconceito de tese, em que o juiz já decidiu antes mesmo de coletar e apreciar as provas.

No sistema acusatório (vejam o sistema anglo-saxônico), os processos são essencialmente públicos, orais, com separação entre acusador e julgador. Nesse sistema, a gestão da prova está principalmente ou totalmente nas mãos das partes, que possuem ampla capacidade de negociação. A crítica que esse sistema recebe é a aparente apatia do juiz, incapaz de buscar a "verdade", refém das partes. Trata-se de um sistema que poderia produzir decisões injustas, em razão de que o processo tende a ser vencido pelo mais hábil jogador. Ainda assim, esse é um sistema que parece produzir um juiz melhor e mais imparcial.

Na realidade, nenhum sistema dos dias atuais é totalmente acusatório ou totalmente inquisitório, a questão é acertar a dose.

No Brasil, a investigação pode ser sigilosa, mas a partir do instante em que um investigado toma conhecimento da investigação, ele tem acesso aos autos, conforme a súmula vinculante 14 do Supremo Tribunal Federal. Depois, durante seu andamento, o processo é público, e não secreto.

Além disso, o processo, por sua vez, é de iniciativa apenas do Ministério Público ou da parte acusadora, o que cria uma divisão clara, ao menos do ponto de vista normativo, entre aquele que acusa e aquele que julga; mais uma característica acusatória do nosso sistema.

Há, porém, muito pouca oralidade no processo penal brasileiro. Com exceção do Tribunal do Júri, que julga os crimes dolosos contra a vida, podemos dizer que esse é um princípio cada vez mais irrelevante, especialmente no momento dos julgamentos. As audiências são orais, são ouvidas as vítimas, as testemunhas, os peritos, os réus. Porém, via de regra, as ale-

² Por óbvio que aqui não se deve desprezar e esquecer a ineficácia do Estado brasileiro em atender políticas sociais nos locais de risco, um fato também determinante na cooptação de jovens para o tráfico de drogas. Atacar esse problema exige, por óbvio, uma atuação multidisciplinar que vá para além de uma base meramente normativa.

gações finais são escritas e não orais, o que retira grande parte da capacidade de contraditório das decisões. Embora o Código de processo Penal até preveja debates orais e a sentença, logo depois disso, na práxis ocorre que a própria defesa acaba por concordar com a substituição dos debates orais por alegações escritas, às vezes só para ganhar tempo, com clara perda para o contraditório e a ampla defesa e celeridade processual. Quanto maior a oralidade, mais contraditório, mais rápido e mais justo o processo.

Poderíamos dizer, na verdade, que o processo penal brasileiro é um processo acusatório com princípio de investigação, ainda profundamente influenciado pela herança fascista de 1941 (o Código de processo penal brasileiro foi inspirado pelo Código fascista italiano do Ministro Rocco – um código reacionário, segundo a lição de Franco Cordero. Não convém esquecer que o então Ministro da Justiça do Brasil, Francisco Campos, que fez a exposição de motivos do Código, era simpatizante dos países do Eixo durante a II Guerra. Na ocasião, o Brasil, sensatamente, foi guiado pelo seu Chanceler, Oswaldo Aranha, ex-embaixador nos EUA e amigo do presidente Roosevelt, a apoiar os Aliados e os EUA). Isso gerou um terrível e autoritário legado cultural e histórico, que faz com que seja possível ao julgador atuar de ofício. O juiz que não faz isso é visto como fraco. Assim, o juiz pode, sem qualquer pedido das partes, determinar mandados de busca, prisões preventivas no curso do processo, novos interrogatórios, oitiva de testemunhas, novas provas, sequestro de bens dos suspeitos e interceptações telefônicas e telemáticas, além de poder recorrer de decisões dele mesmo, quando concede habeas corpus e mandados de segurança; o sistema impõe ao julgador que ele recorra dessas decisões. Essa não é uma crítica às pessoas, mas ao sistema. A pergunta que fica é: um juiz que faz isso na investigação preserva a sua imparcialidade durante o julgamento e a sentença?

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos, no caso *Cubber vs. Bélgica*, demonstrou a incompatibilidade entre o exercício de funções de investigação e julgamento. Isso deve ser visto em cada caso concreto. Na Espanha, desde a Sentença 145/1988, o

juiz que pratica atos de investigação não pode julgar o processo, segundo o Tribunal Constitucional. Na Itália, a Corte Constitucional também entendeu que um mesmo juiz não poderia atuar em diferentes fases do processo, por incompatibilidade com a imparcialidade. No Brasil, o juiz que atua na investigação é o juiz que passa a ter competência para julgar o réu até o final do processo; na chamada regra da prevenção. Ou seja, acabamos por adotar uma regra que pode gerar a quebra da imparcialidade do juiz³.

Apenas para fazer uma provocação: imaginem que um juiz determine uma interceptação telefônica ilegal contra um réu. Esse juiz passa a ter competência sobre aquele caso e outros conexos aquele crime. Esse mesmo juiz irá julgar o réu depois. Será que esse juiz que praticou uma ilegalidade contra aquele acusado possui imparcialidade para julgá-lo depois? Não há risco de que ele tenha aqui um preconceito de tese?

Se um juiz atua na investigação, inclusive de ofício, sem qualquer pedido das partes, como irá se afastar dos seus preconceitos?

Como disse Franco Cordero e, de certo modo, o que diz hoje Luigi Ferrajoli, o que se dá é uma espécie de processo penal parcial, no qual a figura do juiz pode se confundir com a figura do acusador ou do defensor ao tomar o lado de uma das partes⁴.

Esse fator vem reforçando o encarceramento no Brasil. Eu disse no começo que 40% dos presos são presos provisórios, sem julgamento. Grande parte dessas prisões está sustentada na garantia da ordem pública, um fundamento genérico e sem conexão com o processo, mas que é mantido pelo Supremo Tribunal Federal em casos de reiteração delitiva e de “gravidade concreta”, um conceito também vago e aberto. Muitas dessas prisões, como disse, são decretadas de ofício, o que se dá em razão de haver um reforço da ideia de um juiz “combatente do

³ Por todos, sobre o tema, André Machado Maya, em *Imparcialidade e Processo Penal (Da prevenção da competência ao juiz de garantias)*. 2ª edição, Atlas, São Paulo, 2014.

⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón – Teoría del garantismo penal*. Trad. Perfecto Ibañez e outros. Madrid: Trotta, 2004. E também Cordero, Franco, 8ª Edição, Milão: Giuffrè, 2006.

crime” e parceiro da “sociedade dos homens bons”, da polícia e da investigação.

O melhor não seria um juiz parceiro da Constituição? A Constituição é o que eu quero que ela seja ou a Constituição é o que é? Ela é o que é. O jurista deve ser escravo da Constituição, não senhor dela.

Enfim, é preciso reformar a política de drogas e tornar o nosso modelo processual efetivamente acusatório. Esse salto possibilitará outro aspecto fundamental, a dilatação dos poderes da acusação e da defesa em matéria de direito negocial. Se o caminho que queremos é o de um processo acusatório, esse mesmo caminho leva naturalmente para a ampliação dos poderes negociais entre a acusação e a defesa.

Não vejo com temor essa ideia de expansão dos poderes negociais. Bem pelo contrário, caso efetivamente ocorra, com igualdade de armas na investigação, vejo nessa expansão uma dimensão ainda mais robusta do Ministério Público e da Defesa na resolução dos problemas criminais. Sem tais reformas, a tendência é que o sistema fique cada vez mais inflado e irracional.

O nosso legado deve ser o de um país que enfrenta o crime e a corrupção com rigor, equilíbrio e, fundamentalmente, com um processo penal que respeite a Constituição.

Nosso papel, enquanto juristas, é afirmar as garantias constitucionais que nos foram legadas literalmente com sangue, suor e lágrimas após o regime do arbítrio e da ditadura. Tenhamos a consciência de que vale muito cumprir a Constituição e se sacrificar por ela, ao menos, para que deixemos um legado de liberdade aos nossos filhos.

POLÍTICAS INSTITUCIONAIS DO MINISTÉRIO PÚBLICO

INSTITUTIONAL POLICIES OF THE PUBLIC PROSECUTION SERVICE

Gianpaolo Poggio Smanio¹

¹ Procurador-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo, Mestre e Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), Coordenador da Pós-Graduação “Stricto Sensu” da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professor Adjunto da Universidade Presbiteriana Mackenzie e Professor Convidado do Damásio Educacional, da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo e da Escola Superior de Advocacia do Estado de São Paulo.

Resumo

Este trabalho analisa as normas constitucionais sobre o Ministério Público de forma a estabelecer suas funções e atividades na defesa dos direitos da cidadania, dos direitos sociais e da efetivação do acesso à Justiça. Também analisa o modelo de estruturação do Ministério Público e suas novas possibilidades de atuação, sobretudo em relação às políticas públicas.

Palavras-chave: Ministério Público. Cidadania. Políticas públicas.

Abstract

This paper analyzes the constitutional rules on the Public Prosecution Service in order to establish its functions and activities in the defense of citizenship rights, social rights and effective access to justice. It also analyzes the structuring model of the Public Prosecution Service and its new possibilities of action, especially in relation to public policies.

Key words: Public Prosecution Service. Citizenship. Public policies.

1 Introdução

Consideramos, para efeito da análise que faremos neste artigo, três sistemas básicos sobre a estruturação do Ministério Público, que são adotados em diferentes países da Europa Continental, quais sejam o modelo adotado na França e na Alemanha, o modelo adotado na Itália e o modelo adotado em Portugal. Essa escolha dos três sistemas consubstancia o necessário para o diálogo com a sistemática do direito brasileiro, que recebeu influência direta desses sistemas europeus, mas apresenta configuração diversa e peculiar da Instituição do Ministério Público, atendendo a questões históricas e sociais da redemocratização brasileira, a partir da Constituição de 1988.

A escolha desses três modelos deve-se também ao fato de que dois deles representam situações opostas (França/Alemanha e Itália), e um representa sistema intermediário (Portugal), a partir dos quais outros sistemas se organizam com suas diferenças e particularidades.

Excluimos desta análise os modelos norte-americano e inglês, em virtude de adotarem a Common Law, que parte de outros pressupostos jurídico-sistêmicos e dificulta a análise aqui pretendida.

Da mesma forma, excluimos os modelos adotados em países de origem socialista ou comunista (URSS ou Cuba, por exemplo) em que o Ministério Público é vinculado ao Poder Legislativo, com eleição parlamentar do Procurador-Geral e hierarquia, tendo em vista os pressupostos diferenciados dos sistemas político-jurídicos de partido único e ditadura do proletariado (MARTINEZ DALMAU, 1999, p. 91-99).

Primeiramente, o modelo francês e alemão organiza historicamente o Ministério Público como parte do Poder Executivo, como um órgão da administração da justiça, e parece ser o modelo majoritário na Europa e na América. A Instituição não pertence ao Poder Judiciário, mas tem uma estruturação própria decorrente do Sistema de Justiça Criminal, não sendo regida pelas mesmas regras da administração pública. É uma instituição hierarquizada, cujos membros não possuem autonomia plena, como possuem os juizes, devendo obedecer a ordens superiores do Procurador-Geral ou do Ministro da Justiça, evidentemente dentro dos critérios de objetividade e legalidade (RITT, 2002).

Por outro lado, o modelo italiano confere autonomia ao Ministério Público, que faz parte do Poder Judiciário, bem como a seus membros, que são qualificados como magistrados e submetidos ao mesmo regime e disciplina dos juizes. Mas a atuação do Ministério Público é marcada fortemente na persecução penal, na propositura de ações de natureza penal, conforme o art. 112 da Constituição Italiana.

De outra parte, os membros do Ministério Público integram o Poder Judiciário e exercem as funções de magistrados-requerentes, em contraposição aos chamados magistrados-judicantes (que

tem o poder de dizer o direito no caso concreto) (FERNANDES, 2001).

O modelo português, por sua vez, também traz o Ministério Público como um órgão autônomo da administração da justiça, independente do Poder Judiciário, atuante no sistema criminal, mas cuja atividade não se traduz nem na função judicial, nem a função executiva comum, devendo seus membros agir de acordo com os princípios da objetividade e da legalidade. Embora sujeito ao poder hierárquico do Ministro da Justiça, que faz parte do Poder Executivo, mas não é órgão da administração da justiça, os membros do Ministério Público possuem prerrogativas dos magistrados, dando à Instituição caráter híbrido.

Em Portugal, há previsão constitucional do Ministério Público (artigos 219 e 220 da Constituição da República Portuguesa), além de um Estatuto do Ministério Público (Lei 60/98), que denominam seus representantes magistrados, conferindo-lhes autonomia funcional, apesar de ser instituição hierarquizada. Atuam representando o Estado nos Tribunais, no contencioso administrativo e fiscal, na fiscalização da constitucionalidade e na defesa dos carentes de proteção, podendo, inclusive, nos termos da lei, assumir a defesa de interesses coletivos e difusos. Possuem forte atuação criminal, pois dirigem a investigação criminal, promovem e realizam ações de prevenção criminal e participam da execução da política criminal definida pelos órgãos da soberania.

A partir da fixação desses modelos, nesta análise introdutória, e da discussão mais pormenorizada do modelo brasileiro, no curso do presente texto, poderemos fazer uma releitura da instituição do Ministério Público e sua contribuição para o acesso à justiça e para a garantia dos direitos fundamentais. Essa contribuição aponta, neste primeiro quarto do século XXI, para a plena independência política, o combate à criminalidade organizada em suas diversas formas, a efetivação de políticas públicas e uma atuação do Ministério Público que não dependa da judicialização das questões como forma de solucioná-las.

Vamos analisar a seguir o modelo brasileiro.

2 O Ministério Público brasileiro e a defesa da cidadania

Nossa Constituição Federal inovou na dimensão conceitual da cidadania ao vincular sua afirmação ao exercício dos direitos fundamentais, incluindo essa expressão de cidadania como fundamento da República Federativa do Brasil, em seu artigo 1º, inciso II.

Da mesma forma, em seu artigo 3º, inciso I, a Constituição Federal constitui como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil construir uma sociedade livre, justa e solidária.

Podemos afirmar que a Constituição Federal de 1988 conferiu maior amplitude ao significado da cidadania, para além do vínculo de nacionalidade e da possibilidade de votar e ser votado, ampliando o seu conceito e afirmando uma nova dimensão política de cidadania como expressão de direitos fundamentais e solidariedade.

A cidadania significa ser titular e sujeito de direitos, bem como poder concretizá-los de forma à obtenção da plenitude da dignidade humana e do pleno desenvolvimento das potencialidades do ser humano.

A cidadania precisa ser inclusiva, não se admitindo mais as desigualdades sociais e a privação de direitos causadoras da marginalização social de camadas da população brasileira. Os direitos civis, políticos, sociais e coletivos fazem parte dessa concepção de cidadania adotada pela Constituição Federal, como se fossem suas verdadeiras dimensões. Uma sociedade justa e solidária pressupõe o dever jurídico de garantir a conquista de pleno exercício da dignidade humana e do mínimo existencial a todos os cidadãos brasileiros.

A Carta Magna também inovou na concepção dos Poderes do Estado, ao romper com o imobilismo da doutrina da separação de poderes, atribuindo ao Ministério Público a defesa dos fundamentos da República Brasileira, da sua ordem jurídica, do regime político democrático e dos direitos sociais, coletivos e individuais indisponíveis como função essencial à concretização da justiça social.

O Ministério Público pode tomar todas as medidas necessárias perante todos os poderes e órgãos do Estado para a efetivação dos direitos e garantias de que é defensor, nos termos do artigo 129, II, da Constituição Federal. A Constituição Federal, dessa forma, também inovou ao dotar a Instituição do Ministério Público de instrumentos para a efetivação dos direitos assegurados na Constituição aos brasileiros, como o Inquérito Civil e a Ação Civil Pública, dentre outros, conforme o disposto no artigo 129, III da Constituição Federal.

Assim, assume o Ministério Público, por mandamento constitucional, a defesa da cidadania, devendo assegurar seus direitos fundamentais, bem como o regime jurídico estabelecido em sua defesa pela Constituição Federal. O Artigo 127 da Constituição Federal incumbiu ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Basta anotarmos o rol dos direitos sociais previstos no artigo 6º da Constituição Federal, como a educação, a saúde, a moradia, a segurança, dentre outros, para notarmos a dificuldade de sua efetivação em nosso país. A garantia dos direitos sociais não está dada como um fato em nossa sociedade, por diversas razões históricas, sociais e econômicas que neste curto espaço do artigo não conseguiremos analisar, mas afirmamos a consciência do déficit social e da insuficiência de condições para o exercício dos direitos sociais em que permanecemos. Da mesma forma, há uma dificuldade e uma complexidade enormes na judicialização das demandas referentes aos direitos sociais, que exigem, em regra, uma prestação positiva por parte do Estado, uma atuação efetiva para o exercício desses direitos, atuação essa que envolve custos e recursos que devem ser mensurados e quantificados nas ações judiciais.

Outra enorme dificuldade advém dos procedimentos judiciais, que não estão aptos para essas demandas coletivas e sociais de direitos. As ações coletivas, cujo principal instrumento é a ação civil pública, ainda não encontram solução adequada para o

atendimento dos direitos sociais. Sequer o Poder Judiciário está suficientemente aparelhado para tomar as decisões necessárias a respeito. Há, inclusive, questionamento essencial sobre a adequação e atribuição do Poder Judiciário para tratar e resolver estas questões dos direitos sociais, de forma que o Ministério Público, atuando como garantidor da efetivação dos direitos sociais, deve optar por resolver as demandas juntamente aos órgãos e Poderes do Estado, deixando a sua judicialização como último recurso garantidor dos direitos sociais.

3 Os desafios para a atuação do Ministério Público e a efetivação da justiça

Esse fortalecimento permanente do Ministério Público traz um fortalecimento da sociedade brasileira que encontra nos Promotores e Procuradores de Justiça seus representantes perante os Poderes do Estado, para que sejam efetivados os direitos assegurados na Constituição Federal.

Se a cidadania é o direito a ter direitos, conforme nos mostrou Hannah Arendt em seu livro *As Origens do Totalitarismo*, assegurar o exercício desses direitos significa efetivar a cidadania, o que não pode ser um mero enunciado formal. Esta é a principal missão constitucional do Ministério Público para fazermos frente aos desafios deste século XXI para o nosso país.

Conforme relatório divulgado pelo Banco Mundial, o Brasil ocupa a 9ª posição na economia mundial, à frente do Canadá e da Coreia do Sul, o que mostra a força de produção econômica do país. No entanto, nosso índice de desenvolvimento humano (IDH) divulgado pelas Nações Unidas para 2018, que leva em consideração dados de saúde, educação e renda, nos coloca apenas na 79ª posição entre os 187 países, além de apontar elevado índice de desigualdade social.

O Censo Demográfico do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) de 2010 mostrou que 11,4 milhões de brasileiros viviam em chamados aglomerados subnormais, ou seja, em favelas, palafitas, etc., o que significa 6% da população brasileira sem con-

dições dignas de moradia, pessoas essas concentradas nas regiões metropolitanas.

Esses dados nos mostram que a democracia brasileira muito construiu a partir da Constituição de 1988, mas ainda há muito a fazer para que os brasileiros adquiram sua cidadania plena.

Celso Furtado, em ensaio chamado “A busca de um novo horizonte utópico”, publicado em 1999, anotava que o modelo econômico adotado pelo mundo globalizado durante o último quarto do século XX levaria a crises de custo social crescente e que isto exigiria um esforço comum de reconstrução institucional para este nosso século (FURTADO, 1999).

Estamos realizando grande esforço em aperfeiçoar suas instituições democráticas de forma a enfrentar as crises do momento atual, com avanços significativos, embora ainda insuficientes, como vimos. Inseridas neste contexto, as atribuições do Ministério Público passam a ser fundamentais para o aperfeiçoamento institucional e democrático de nosso país, propiciando, assim, melhores condições de enfrentamento de todas as demandas sociais.

A vertente de atuação do Ministério Público inserida neste contexto de aperfeiçoamento institucional refere-se à proteção dos interesses difusos e coletivos, sob a perspectiva dos direitos fundamentais do ser humano, através da atuação referente aos inquéritos civis.

Os inquéritos civis hoje correspondem a um instrumento não só do Ministério Público, mas, sobretudo, da sociedade, que canaliza seus anseios de justiça social e garantia de direitos sociais para a atuação da nossa Instituição.

Através dos inquéritos civis é possível encontrar solução consensual para os conflitos existentes, realizando o Ministério Público e os envolvidos e/ou investigados, o chamado Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), evitando-se, assim, a judicialização das questões, efetivando solução mais ágil e eficaz aos problemas encontrados.

No entanto, o Ministério Público precisa garantir à sociedade a unidade e a eficiência de sua atuação, que também são princípios institucionais a serem observados. Deve prestar contas de sua atuação à sociedade como garantidor de soluções para os confli-

tos sociais, diminuindo a ainda enorme distância entre os direitos formalmente definidos e as práticas cotidianas. A integração na atuação dos órgãos de execução da instituição do Ministério Público é também desafio que cabe enfrentar para garantir a eficiência da atuação ministerial.

4 As novas formas de atuação do Ministério Público

Dentro desses desafios propostos, devemos buscar a atuação estratégica do Ministério Público para a consecução das suas finalidades institucionais de proteção de direitos. Essa estratégia pressupõe atuação conjunta, harmônica e eficaz, que compatibilize as garantias institucionais de unidade, indivisibilidade e independência funcional.

A primeira e segunda instâncias do Ministério Público, que atuam perante os juízes e os Tribunais, respectivamente, devem se aproximar para atuação integrada, buscando estratégias conjuntas para o enfrentamento das questões jurídicas em que atuam, sem abandono de suas funções institucionais próprias.

Os órgãos de Administração Superior do Ministério Público, como a Procuradoria-Geral, o Conselho Superior e a Corregedoria Geral, devem buscar unificação de entendimentos para embasar a atuação de toda a instituição. Os fenômenos de nossa realidade são plurais e multifacetários, exigindo atuação integrada de várias áreas do Ministério Público para oferecimento de solução conjunta, abrangente de todos os aspectos da questão social e jurídica.

Foram então criados no Ministério Público do Estado de São Paulo os Programas de Atuação Integrada de Promotorias de Justiça², envolvendo várias Promotorias de Justiça, para atuação, por exemplo, na violência existente no futebol, ou na sonegação fiscal e pirataria. Atuam em conjunto as Promotorias Criminais, de Infância e Juventude, do Consumidor, de Urbanismo, dentre outras, buscando, juntamente com órgãos do Estado e da Prefeitura, além da sociedade civil, soluções para os problemas encontrados.

² Previsto no art. 101, da LC 734/93, efetivado pelos atos normativos 578/2009-PGJ e 775/2013-PGJ.

São inúmeras as vantagens dessa atuação integrada: a agilidade das decisões e da utilização dos instrumentos jurídicos de atuação; o debate e a percepção de todos os ângulos das questões sociais e jurídicas envolvidas; a unidade da atuação do Ministério Público, direcionando todos os demais órgãos e empresas envolvidos, que são chamados a participar dos debates e das soluções encontradas.

Também foram criados os Projetos Especiais³ de atuação no Ministério Público do Estado de São Paulo, para circunstâncias emergenciais nas Comarcas ou para hipóteses de mudanças legislativas, a exigirem, conforme conveniência dos Promotores Naturais, atuação conjunta de Promotores de Justiça especializados nas questões a serem tratadas.

As situações emergenciais podem ser causadas desde por enchentes e outros problemas climáticos, até por criação de novos estabelecimentos de execução penal, passando por questões de improbidade administrativa ou de crime organizado. Essas situações recebem tratamento conjunto e especializado, alcançando maior eficiência a atuação ministerial.

Outra inovação nas formas de atuação do Ministério Público é a formação dos Núcleos de Redes para atendimento social de diversas questões em que há necessidade da intervenção da instituição. Por exemplo, na atuação referente à violência doméstica, as vítimas encontram, além do tratamento jurídico da questão, apoio e tratamento médico e psicológico, dentre outros, formando rede de atendimento jurídico e social a partir da atuação do Ministério Público.

A questão da violência doméstica é extremamente delicada e a atuação do Ministério Público não pode ficar resumida à atuação criminal, posto envolver além da mulher vítima das agressões, a família, em seus aspectos econômicos e sociais, envolvendo ainda as questões atinentes às crianças e adolescentes, também vitimados com a situação. As soluções adequadas devem ser encontradas, portanto, em outras áreas do direito e não apenas na área penal. Os direitos da Infância e Juventude e os direitos de Família também

são necessários para esse enfrentamento adequado; isto sem falar nos aspectos sociais, médicos e psicológicos, que podem ajudar a encontrar soluções bem mais satisfatórias em áreas não jurídicas.

As questões dos drogados e alcoólatras, envolvendo os crimes de tráfico de drogas e de trânsito, também recebem tratamento em Núcleo de Rede, no Ministério Público do Estado de São Paulo, em pioneira formação na região de Ribeirão Preto, pois é necessário tratamento e internação médico hospitalar e apoio às famílias e vítimas e também para a recuperação dos réus.

Outra importantíssima modificação na forma de atuação do Ministério Público é a Regionalização das Promotorias de Justiça ou das Procuradorias da República, que deve ser estimulada para fazer frente às questões que abrangem diversas Comarcas e regiões do Estado, merecendo tratamento único e de maior eficiência, sempre em atuação conjunta com as Promotorias locais.

Os direitos relativos à saúde, educação, meio ambiente, dentre outros interesses difusos e coletivos, podem ser melhor defendidos através de atuação regionalizada, uma vez que a estruturação de serviços e atendimento nestas áreas é regionalizado pelo Estado, atendendo às normas constitucionais a respeito⁴.

A Procuradoria da República realiza atuação regionalizada através da Procuradoria Regional dos Direitos do Cidadão, nos termos do art. 12 da Lei Complementar Federal nº 75/93. O Procurador dos Direitos do Cidadão agirá de ofício ou mediante representação de qualquer pessoa ou organização da sociedade civil, e poderá, dentre outras medidas:

- a) promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção dos direitos constitucionais da pessoa;
- b) expedir recomendações visando à melhoria dos serviços públicos e de relevância pública, bem como ao respeito, aos interesses, aos direitos e aos bens cuja defesa lhe cabe promover, fixando prazo razoável para a adoção das providências cabíveis;
- c) requisitar informações e documentos a entidades públicas e privadas;

⁴ Por exemplo, o art. 198 da CF determina que as ações e serviços públicos de saúde integrem uma rede regionalizada;

³ Previsto no art. 102, da LC 734/93, efetivado pelo ato normativo 654/2010-PGJ.

d) realizar inspeções e diligências investigatórias.

No Estado de São Paulo, a Procuradoria Regional dos Direitos do Cidadão atua prioritariamente na proteção e promoção de direitos de grupos vulneráveis (pessoas com deficiência, estrangeiros, afrodescendentes, GLBTT e outros grupos discriminados) e no respeito, pelos meios de comunicação, dos direitos constitucionais da pessoa.

A integração da atuação do Ministério Público deve alcançar todo o país, abrangendo os Ministérios Públicos Estaduais e o Ministério Público Federal, devendo ser utilizadas e aperfeiçoadas as instâncias interinstitucionais para discussão, planejamento e decisão da melhor forma de atuação conjunta. Esse planejamento abrange o estabelecimento de políticas públicas de atuação institucional.

Também em São Paulo, foi criado o Núcleo de Políticas Públicas⁵ do Ministério Público Estadual, para produzir estudos e análises sobre a qualidade, a eficácia e a efetividade das políticas públicas voltadas à implementação dos direitos sociais. Também deverá o Núcleo formar rede de apoio externo à atuação do Ministério Público, mediante contato com a comunidade científica e a sociedade civil, além de estimular a fixação de estratégias de atuação do Ministério Público.

5 A busca de um modelo de estruturação do Ministério Público capaz de alcançar maior efetividade em sua atuação

Partimos do pressuposto de que há insuficiência do modelo atual pelo qual o Ministério Público se organiza para enfrentar demandas sociais apresentadas neste século XXI. O modelo do Promotor de Justiça atuando na Comarca, órgão de execução organizado segundo a competência territorial do Magistrado, está apto a resolver as demandas de natureza local, mas precisa ceder lugar a um modelo próprio de organização do Ministério Público

capaz de fazer com que seja alcançada maior efetividade e eficiência na sua atuação frente às questões que envolvem os direitos sociais e coletivos. Nesse campo do atendimento aos direitos sociais, precisamos encontrar um modelo que fomente a composição dos conflitos sem a necessidade de judicialização das questões e, mais do que isso, precisamos buscar uma forma de atuação do Promotor de Justiça que fosse sempre contemporânea ao dano, até mesmo impedindo a ocorrência dos danos.

Entendemos que o atual modelo de atuação do Ministério Público, que espelha a estrutura judicial de divisão espacial em Comarcas, já não contempla as necessidades de atuação da instituição, especialmente nas demandas de natureza coletiva.

Não precisamos desconsiderar totalmente o espaço tradicional da Comarca, que encontra efetividade para determinados tipos de atuação e não precisa ser alterado, como, por exemplo, no Tribunal do Júri, no combate à criminalidade de menor potencial ofensivo, nas causas de direito de família, na tutela dos interesses individuais indisponíveis de crianças, adolescentes e idosos e, enfim, na tutela de interesses locais. No entanto, esta não deve ser a única estruturação espacial da Instituição e já demonstra descompasso com os desafios institucionais.

As demandas dos chamados novos direitos, de natureza difusa e coletiva, não encontram completo respaldo na estrutura administrativa atual. As regiões metropolitanas e a descentralização administrativa do Poder Executivo, com regionalização do atendimento e dos serviços, impõem um novo modelo de atuação para as questões que exigem a intervenção do Ministério Público.

As garantias dos direitos e serviços de Transporte, Educação, Meio Ambiente e Saúde, por exemplo, são questões que demonstram a necessidade de um novo modelo espacial de atuação funcional.

Além da necessária reestruturação da atuação espacial institucional, pretendendo uma regionalização das Promotorias de Justiça, outras modificações de reforma institucional devem ser realizadas para atender às demandas de acesso à justiça, que não podem ser confundidas com acesso ao Poder Judiciário. O aperfeiçoamento institucional, em nossa opinião, deverá abranger o

⁵ Ato normativo 733/2012-PGJ.

aperfeiçoamento funcional dos Promotores de Justiça, especialização de atuação das Promotorias de Justiça, implementação efetiva de Planos de Atuação e descentralização dos Centros de Apoio e Corpo Técnico.

A necessidade de especialização e aperfeiçoamento funcional dos órgãos de execução visa assegurar maior eficácia no enfrentamento das questões sociais referidas, garantindo os direitos da cidadania principalmente para a população vulnerável e hipossuficiente.

Precisamos levar em conta as condições socioeconômicas regionais, os índices de desenvolvimento humano, a complexidade dos temas, que muitas vezes exigem conhecimento multidisciplinar, e a atuação integrada de vários órgãos de execução. Inclusive, há complexidade nos temas que estão interligados no mesmo espaço urbano e territorial, havendo influência de uma solução em outra e vice-versa, como população de rua e moradia, transporte urbano e trabalho, meio ambiente e desenvolvimento econômico da região.

Todas essas questões devem ser enfrentadas de acordo com os Princípios Constitucionais do Ministério Público, como o Princípio do Promotor Natural e da Independência Funcional, de forma a garantir a atuação do Promotor de Justiça como agente político de acordo com o perfil traçado pela Constituição Federal ao Ministério Público.

6 Conclusão

A Constituição Federal de 1988, que teve como característica a participação da sociedade civil organizada, através dos movimentos sociais, encontrou no Ministério Público uma instituição capaz de se estruturar para a defesa dos direitos da cidadania e da democracia e ser o veículo para a defesa e garantia desses e de outros direitos fundamentais. O Ministério Público no Brasil não se limita à atuação na área penal, propondo as ações penais públicas e realizando a persecução penal no sistema acusatório, possuindo atuação bem mais ampla na defesa dos direitos coletivos. Para tanto, a Constituição Federal dotou o Ministério Público de garantias

e instrumentos para efetivar as suas funções, fortalecendo, assim, a própria sociedade, pois a instituição passou a ser defensora dos seus direitos perante os Poderes e demais órgãos do Estado.

O sistema constitucional brasileiro trouxe um Ministério Público autônomo e independente, inclusive dos Poderes do Estado, caracterizando um sistema diferenciado dentre os demais sistemas constitucionais referentes ao Ministério Público, o que garante maior efetividade na atuação da instituição em defesa dos direitos da cidadania. Para este Século XXI, o Ministério Público encontra permissão constitucional para realizar novas formas de atuação funcional, atendendo à contemporaneidade social e às exigências da complexidade e multiplicidade dos conflitos existentes.

Sistematizando essas novas formas de atuação, notamos a busca da integração dos órgãos do Ministério Público para maior eficácia da atuação institucional na defesa dos direitos e interesses da sociedade, de que passou a ser guardião, bem como para o encontro de atuação que permita a solução dos conflitos sem recorrer à via judicial, através de soluções consensuais.

Uma Teoria Jurídica da Cidadania deve ver o cidadão em sua integração política e perceber a intersubjetividade intrínseca ao conceito de cidadania, de forma a ser o cidadão o sujeito de direitos civis, políticos, econômicos, sociais e coletivos. Uma teoria com essa dimensão deve trazer como uma de suas principais preocupações a efetivação desses direitos a toda a sociedade, garantindo a inclusão social de todas as pessoas de modo a permitir a aquisição e fruição desses direitos.

Estabelecer as políticas públicas como uma categoria normativa responde a esses anseios, tanto na disposição dos objetivos como na formulação do processo de seu alcance, bem como na organização e realização das atividades necessárias para que seja desenvolvida. Essas atividades perpassam todas, por assegurarem os direitos e suas garantias e efetivá-los. Portanto, cidadania e políticas públicas são realidades jurídicas que devem estar interligadas em sua existência e legitimidade.

O Ministério Público deve atuar de forma a implementar, fiscalizar e efetivar as políticas públicas para a defesa dos direitos da cidadania, dando cumprimento ao artigo 129, II, da Constituição

Federal, promovendo as medidas necessárias para a garantia dos direitos assegurados na Constituição.

A percorrer estes caminhos será o Ministério Público, sem dúvida, uma instituição capaz de continuar a oferecer ao cidadão e à sociedade brasileira deste século a proteção eficiente aos seus direitos e interesses, aperfeiçoando nossa democracia e Estado de Direito.

Referências

- ARENDRT, Hannah. **As origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.
- BASTOS, Celso. A tutela dos interesses difusos no direito constitucional brasileiro. **RT – Revista de Processo**, São Paulo, nº 23.
- BASTOS, Celso. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.
- BENJAMIN, Antonio Herman V. A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico. In: **Ação civil pública – Lei 7.347/85: reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- BENJAMIN, Antonio Herman V. A tutela das pessoas portadoras de deficiência pelo ministério público. In: **Direitos da pessoa portadora de deficiência**. São Paulo: Max Limonad, 1997.
- BENJAMIN, Antonio Herman V. Introdução ao direito ambiental brasileiro. In: **Manual prático da promotoria de justiça do meio ambiente**. São Paulo : Ministério Público – Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça do Meio Ambiente, 1999.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). O conceito de política pública em direito. In: **Políticas Públicas – Reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.
- CANOTILHO, J. J Gomes, MOREIRA, Vital. **Constituição da república portuguesa anotada**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.
- CANOTILHO, J. J Gomes, MOREIRA, Vital. **Fundamentos da constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.
- CAPPELLETTI, Mauro. Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile. **Rivista di Diritto Processuale Civile**, nº 30. Pádua: Cedam, 1975.
- COMPARATO, Fábio Konder. **Direito público: estudos e pareceres**. São Paulo: Saraiva, 1996.
- COMPARATO, Fábio Konder. Novas funções judiciais do estado moderno. **RT**, São Paulo, 614/14-22, 1986.
- COMPARATO, Fábio Konder. Um quadro institucional para o desenvolvimento democrático. In: Jaguaribe, Helio et al. **Brasil, sociedade democrática**. Rio de Janeiro: José Olímpio, 1985.
- COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. In: Mello, Celso Antonio Bandeira de (org.). **Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba**. São Paulo: Malheiros, 1997.
- DEU, Tereza Armenta. **Criminalidad de bagatela y principio de la oportunidad: Alemania y Espania**. Barcelona: PPU, 1991.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Almedina, 2001.
- FURTADO, Celso. A busca de um novo horizonte utópico. In: **O longo amanhecer**. São Paulo: Paz e Terra, 1999
- GRINOVER, Ada Pellegrini. A problemática dos interesses difusos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). **A tutela dos interesses difusos**. São Paulo: Max Limonad, 1984.
- HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y validez**. Madrid: Editorial Trota, 4ª ed., 2005.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- MARCHENA GOMEZ, Manuel. **El Ministerio Fiscal: su pasado y su futuro**. Madrid: Marcial Pons, 1992.

MARTINEZ DALMAU, Rubén. **Aspectos constitucionales del Ministerio Fiscal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

MAZZILI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

MAZZILI, Hugo Nigro. **Regime jurídico do Ministério Público**. 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2000.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 1997.

MORAES, Voltaire de Lima (org). **Ministério Público: Direito e Sociedade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

NERY, Rosa Maria Barreto Borrielo de Andrade. Notas sobre a Justiça e o Ministério Público no Direito da Alemanha Ocidental. **Revista Jus- titia**, out/dez., 1986.

NERY JR., Nelson. **A ação civil pública e a tutela jurisdicional dos inte- resses difusos**. São Paulo: Saraiva, 1984.

NERY JR., Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

PRADE, Péricles. **Conceito de interesses difusos**. 2. ed. São Paulo: Re- vista dos Tribunais, 1987.

RITT, Eduardo. **O Ministério Público como instrumento de democracia e garantia constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Ma- lheiros, 2011.

SOSA, Angel Landoni. Legitimación para la defensa de los intereses di- fusos. **XI Congreso Nacional de Derecho Procesal**, T. II/1.155-1.180. La Plata, 1981.

VIGORITI, Vincenzo. **Interessi collettivi e processo**. Milão: Giuffrè, 1979.

A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS COMO INDUTORA DE POLÍTICAS PÚBLICAS: UMA ANÁLISE A PARTIR DO CASO GOMES LUND E OUTROS VS. BRASIL¹

THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS AS AN INDUCTOR OF PUBLIC POLICIES: AN ANALYSIS OF THE CASE GOMES LUND AND OTHERS VS. BRAZIL

Mônia Clarissa Hennig Leal²

Sabrina Santos Lima³

- ¹ Este artigo foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) – Brasil – Código de Financiamento 001, e é resultante das atividades do projeto de pesquisa “Fórmulas” de aferição da “margem de apreciação do legislador” (*Beurteilungsspielraum des Gesetzgebers*) na conformação de políticas públicas de inclusão social e de proteção de minorias pelo Supremo Tribunal Federal e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, financiado pelo CNPq (Edital Universal – Edital 14/2014 – Processo 454740/2014-0) e pela FAPERGS (Programa Pesquisador Gaúcho – Edital 02/2014 – Processo 2351-2551/14-5), coordenado pela Professora Pós-Doutora em Direito Mônia Clarissa Hennig Leal. A pesquisa é vinculada ao Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional Aberta” (CNPq) e desenvolvida junto ao Centro Integrado de Estudos e Pesquisas em Políticas Públicas (CIEPPP) (financiado pela FINEP) e ao Observatório da Jurisdição Constitucional Latino-Americana (financiado pela FINEP), ligados ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC).
- ² Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da UNISC, onde ministra as disciplinas de Jurisdição Constitucional e de Políticas Públicas, respectivamente. Doutora em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos), com pesquisas realizadas junto à Ruprecht-Karls Universität Heidelberg, na Alemanha. Pós-Doutora pela Ruprecht-Karls Universität Heidelberg (Alemanha). Coordenadora do Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional Aberta”, vinculado ao CNPq. Bolsista de produtividade em pesquisa do CNPq. ORCID: <<https://orcid.org/0000-0002-3446-1302>>. E-mail: <moniah@unisc.br>.
- ³ Mestranda no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direitos Sociais e Políticas Públicas da UNISC na linha de pesquisa Constitucionalismo Contemporâneo. Bolsista PROSUC/CAPES, modali-

Resumo

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, um dos órgãos que compõem o Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos, atua como guardião e como intérprete última e autêntica da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, afirmando standards mínimos a serem seguidos no que tange à proteção e à garantia dos direitos humanos. Realiza, nesse contexto, um controle de convencionalidade quando determina que um Estado adotou medida (ativa ou omissiva) que viola algum dispositivo convencional ou que vai contra a interpretação a ele dada pela Corte. Além disso, a Corte Interamericana vem adotando uma postura preventiva em suas sentenças, estabelecendo não apenas a reparação do direito violado no caso concreto, mas determinando, também, a implementação de políticas públicas, no intuito de evitar que novas violações de mesma natureza se repitam. A partir dessa lógica, tem-se como problema de pesquisa do presente trabalho o seguinte questionamento: como se deu a indução de políticas públicas, na perspectiva do controle de convencionalidade, no caso Gomes Lund e outros vs. Brasil? Para tanto, num primeiro momento, desenvolve-se o conceito de controle de convencionalidade exercido pela Corte Interamericana e sua competência, para, na sequência, analisar-se a decisão em tela, com foco nas medidas de implementação de políticas públicas determinadas pela sentença. Conclui-se que a Corte Interamericana, no caso pesquisado, o qual tem como base violações de direitos que ocorreram no período do regime militar no Brasil, realizou um controle de convencionalidade, reconhecendo, por parte do Estado brasileiro, a violação de direitos humanos previstos no Pacto de San José da Costa Rica, adotando uma lógica preventiva e de proibição e não repetição dessas violações ao determinar a implementação de políticas públicas voltadas para a educação em direitos humanos no âmbito das Forças Armadas.

dade I. Graduada em Direito pela 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-Dr^a Mônia Clarissa Hennig Leal. ORCID: <<https://orcid.org/0000-0003-2863-1755>>. E-mail: <sa_94@hotmail.com>.

Palavras-chave: Corte Interamericana de Direitos Humanos; controle de convencionalidade; indução de políticas públicas; Caso Gomes Lund e outros vs. Brasil; regime militar.

Abstract

The Inter-American Court of Human Rights, one of the organs that compose the Inter-American System for the Protection of Human Rights, acts as a guardian of the system and as the ultimate and authentic interpreter of the American Convention on Human Rights, affirming minimum standards to be followed on behalf of the protection and guarantee of human rights. In this context, it performs the control of conventionality when it determines that a State has adopted a measure (active or omissive) that violates it or is contrary to the interpretation given to it by the Court. In addition, the Inter-American Court has been taking a precautionary approach in its judgments, not only by establishing the redress of the violated right in the specific analyzed case, but also by determining the implementation of public policies in order to prevent further violations of the same nature to repeat themselves. So, the main purpose of this article arises from the following question: how did the induction of public policies in the control of conventionality take place in the Case Gomes Lund and others vs. Brazil? Therefore, the first part of the text is dedicated to the development of the concept of conventionality control; in the sequence, a critical analysis of public policies determined by the Court takes place. It is concluded that the Inter-American Court, in this case, which is based on violations of human rights that occurred during the period of the military regime in Brazil, carried out conventionality control, recognizing the violation by the Brazilian State of human rights granted in the Pact of San Jose de Costa Rica, adopting a preventive logic of prohibition and non-repetition of violations, determining the implementation of public policies focused on human rights education within the Army.

Keywords: Inter-American Court of Human Rights; conventionality control; induction of public policies; Case Gomes Lund and others vs. Brazil; military regime.

1 Introdução

O Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos é constituído por dois órgãos institucionais: a Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. A última, pois, possui uma competência consultiva e jurisdicional. A competência jurisdicional (contenciosa), notadamente, refere-se à sua autoridade para julgar possíveis violações de direitos humanos cometidas pelos Estados partes, isto é, pelos Estados que reconhecem, expressamente, a sua competência para tanto. Nesse contexto, a Corte Interamericana atua, além de guardiã do Sistema Interamericano, como intérprete última e autêntica da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, principal documento jurídico que rege o Sistema.

A partir dessa lógica, a Corte desenvolveu jurisprudencialmente o conceito de controle de convencionalidade, o qual se consubstancia no controle dos atos dos órgãos internos dos Estados, a fim de se analisar a compatibilidade deles com o corpus iuris interamericano. Ademais, além da realização desse controle, a Corte Interamericana passou a adotar uma lógica preventiva nas suas sentenças, determinando a implementação de políticas públicas no intuito de evitar violações futuras de direitos humanos, especialmente quando se está diante de violações estruturantes, isto é, violações repetitivas e massivas de direitos humanos. Nesse contexto, e levando em conta as inúmeras violações de direitos humanos ocorridas durante o período do regime militar no Brasil, através de torturas, desaparecimentos forçados, homicídios, violações dos direitos à liberdade de expressão e pensamento e tantos outros, formulou-se o problema de pesquisa a ser trabalhado aqui, calcado no seguinte questionamento: como ocorreu a indução de políticas públicas na realização do controle de convencionalidade, no caso Gomes Lund e outros vs. Brasil?

Para alcançar o objetivo pretendido, utilizaremos do método dedutivo a partir de uma análise bibliográfica e análise de caso. O método procedimental, por sua vez, consistirá no método analítico, e a **técnica de pesquisa consistirá na utilização de documentação indireta**, sendo que o aporte doutrinário servirá de embasamento, complementação e efetiva contribuição para a posterior análise da decisão judicial. Num primeiro momento, portanto, abordaremos os principais elementos que compõem o controle de convencionalidade, bem como a atuação da Corte Interamericana enquanto indutora de políticas públicas, e, por fim, analisaremos a decisão proferida no caso Gomes Lund e outros vs. Brasil, a fim de responder à problemática da presente pesquisa.

2 A realização do controle de convencionalidade pela corte interamericana de direitos humanos enquanto intérprete autêntica e última da convenção americana

O Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos tem como aparato institucional dois órgãos, a Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH). O principal documento jurídico que o rege é a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecida também como Pacto de San José da Costa Rica, tendo sido promulgada no ano de 1969 (COMPARATO, 2008). Além da Convenção, o Sistema Interamericano conta com um amplo aparato jurídico composto de tratados e convenções sobre várias formas de violações de direitos humanos, sendo que esse conjunto, somado à própria jurisprudência da Corte Interamericana, compõe o que se convencionou chamar de corpus iuris interamericano (BAZÁN, 2012).

A Corte IDH possui duas competências, uma consultiva e outra jurisdicional (contenciosa), sendo que a primeira se consubstancia na possibilidade de atender a solicitações, feitas pelos Estados partes do Sistema ou pela própria Comissão Interamericana, a fim de esclarecer alguma dúvida referente à interpretação da Convenção Americana, ao passo que a última,

por sua vez, trata-se da competência para processar e julgar casos de possíveis violações de direitos humanos cometidas pelos Estados que reconhecem, expressamente, a competência jurisdicional da Corte (PIOVESAN, 2010). Nesse contexto, conforme se depreende dos artigos 1.1, 2 e 68.1, do Pacto de San José (OEA, 1969), bem como de acordo com os princípios do *pacta sunt servanda* e da boa-fé, os Estados que aderiram ao Sistema Interamericano, que ratificaram a Convenção e, especialmente, aqueles que reconhecem a competência da Corte IDH, restam obrigados a não violar os direitos humanos previstos na Convenção (direitos convencionais), assim como a observar a jurisprudência por ela firmada, haja vista que a Corte trata-se, em última análise, da intérprete última e autêntica da Convenção Americana (TRINDADE, 2000).

Nesse cenário, os Estados devem adequar o seu direito interno para que estejam de acordo com a lógica de proteção estabelecida pelo Sistema Interamericano, sendo que essa adequação deve se dar tanto sob uma perspectiva negativa, seguindo a ideia de não emissão de leis ou adoção de condutas que possam vir a violar direitos humanos, ou que não estejam de acordo com os entendimentos jurisprudenciais firmados pela Corte IDH (tanto nas sentenças contenciosas, quanto nas opiniões consultivas), bem como sob uma perspectiva positiva, de atuação, editando atos normativos e implementando estratégias de proteção (NOGUEIRA ALCALÁ, 2013).

Complementa-se, ainda, que em possíveis casos em que a legislação interna seja ampliativa, protegendo de forma mais abrangente os direitos humanos do que a própria Convenção, deve-se aplicar a norma interna, atendendo ao princípio *pro homine*, ou *pro persona*. Assim, a Corte, diversas vezes, reforça o seu entendimento no sentido de que os Estados devem, por meio dos seus órgãos (judiciais, administrativos e legislativos), estar atentos para os dispositivos convencionais e optar pela norma que mais garanta direitos àqueles que estão sob sua jurisdição (LEDESMA, 2012).

Nesse sentido, compreende-se que o controle de convencionalidade, calcado no controle feito tanto pelos órgãos

internos dos Estados quanto pela própria Corte Interamericana, a fim de manter apenas vigentes nos ordenamentos as normas e atos que se coadunem com os direitos dispostos no Pacto de San José e com todo o *corpus iuris* interamericano, deveria iniciar no âmbito interno, pelos juízes nacionais. Isso, pois, para que um caso seja levado à Corte Interamericana, exige-se o esgotamento dos recursos internos, de modo que é possível concluir que, quando um caso chega à Corte, significa que alguma instância judicial interna falhou (NOGUEIRA ALCALÁ, 2013).

A partir dessa análise, pode-se dizer que a Corte IDH realiza um controle de convencionalidade quando reconhece a ação ou omissão de um Estado (por meio da emissão ou não emissão de uma lei, aplicação de normas, ou por meio de condutas contrárias aos direitos previstos na Convenção Americana), que violam o Pacto de San José e não cumprem com as obrigações internacionais contraídas (respeito aos direitos humanos e aos tratados internacionais assumidos) (MAZZUOLI, 2018). A primeira vez que esse mecanismo foi abordado pela Corte foi na sentença proferida no caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, no ano de 2006, entretanto desde lá algumas mudanças interpretativas foram realizadas, as quais vieram a definir melhor o conceito de controle de convencionalidade, como o que se vê ao longo da decisão do caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*:

[...] este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico³³². Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana,

evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana (CORTE IDH, 2010, p. 86).

Ademais, além da realização do controle de convencionalidade, a fim de garantir os direitos convencionais e amparar o corpus iuris interamericano, a Corte IDH vem adotando uma lógica preventiva nas suas sentenças, a qual merece especial destaque na presente pesquisa. Trata-se de uma abordagem que visa estabelecer, nas decisões, não somente a obrigatoriedade da reparação do dano causado por parte do Estado violador, mas também que determina a implementação de políticas públicas, pensando-se em evitar possíveis violações futuras (proibição da repetição), constituindo as chamadas sentenças estruturantes (OSUNA, 2015).

Nessa perspectiva, sobressaem debates acerca das Leis de Anistia, que foram promulgadas em grande escala na América Latina, referindo-se aos atos praticados na vigência de regimes autoritários, ditatoriais, procurando-se verificar se há compatibilidade das referidas leis com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. O processo de transição do regime autoritário para o regime democrático brasileiro abarcou a Lei nº 6.683/1979 (Lei da Anistia), a qual, até os dias atuais, impede que os responsáveis pela violação de direitos humanos daquele período sombrio sejam processados, julgados e eventualmente punidos. Discutiu-se, pois, no âmbito interno, em sede de controle de constitucionalidade (ADPF nº 153), a recepção da referida Lei pela Constituição Federal de 1988, assim como discutiu-se no cenário internacional a compatibilidade da Lei com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, através do caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) v. Brasil.

Tendo-se em vista, pois, que o julgamento da ADPF nº 153 não adotou a jurisprudência amplamente firmada pela Corte so-

bre a matéria, indo de encontro aos dispositivos convencionais e ao entendimento reiterado da Corte, analisaremos o posicionamento do Tribunal internacional quando da realização de um controle de convencionalidade, notadamente no que tange à sua atuação enquanto indutor de políticas públicas.

3 A indução de políticas públicas pela corte interamericana: uma análise a partir do caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil

No caso Gomes Lund, sentenciado no dia 24 de novembro de 2010, tem-se um posicionamento forte e sedimentado da Corte Interamericana de Direitos Humanos no que toca à compatibilidade das Leis de Anistia, incluindo a lei brasileira, com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Operouse, nesse caso, verdadeiro controle de convencionalidade por parte da Corte IDH, a qual, inclusive, reiterou a importância de se realizar esse controle para que haja adequação dos sistemas jurídicos internos com a lógica do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos, com as determinações da Convenção e respeito ao direito internacional vigente (em que os Estados, soberanos que são, submetem-se se assim o querem, mas, ao submeterem-se, devem cumprir com a ordem imposta) (CORTE IDH, 2010). Dessa forma, veja-se trecho retirado da decisão proferida pela Corte IDH:

[...] no presente caso, o Tribunal observa que não foi exercido o controle de convencionalidade pelas autoridades jurisdicionais do Estado e que, pelo contrário, a decisão do Supremo Tribunal Federal confirmou a validade da interpretação da Lei de Anistia, sem considerar as obrigações internacionais do Brasil derivadas do Direito Internacional, particularmente aquelas estabelecidas nos artigos 8 e 25 da Convenção Americana, em relação com os artigos 1.1 e 2 do mesmo instrumento. O Tribunal

estima oportuno recordar que a obrigação de cumprir as obrigações internacionais voluntariamente contraídas corresponde a um princípio básico do direito sobre a responsabilidade internacional dos Estados, respaldado pela jurisprudência internacional e nacional, segundo o qual aqueles devem acatar suas obrigações convencionais internacionais de boa-fé (*pacta sunt servanda*) (CORTE IDH, 2010, p. 65-66).

O caso em apreço, vale mencionar, trata-se de ação em que os familiares de vítimas do regime ditatorial (por intermédio da Comissão Interamericana), especificamente as vítimas da Guerrilha do Araguaia, buscaram o reconhecimento da culpabilidade do Estado brasileiro pelas violações de direitos humanos ocorridas naquele cenário, bem como a punibilidade dos responsáveis por essas violações (que somente seria possível com a revogação da Lei da Anistia, ainda vigente), e reparação material e imaterial por todos os danos sofridos (CORTE IDH, 2010).

Nessa conjuntura, a Corte IDH manifestou-se pela condenação do Brasil⁴, bem como apontou, de forma reiterada, que a Lei nº 6.683/1979 é incompatível com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e vai contra toda a lógica de proteção e garantia de direitos humanos abarcada pelo Sistema Interamericano, do qual o Brasil faz parte (CORTE IDH, 2010). Entretanto, até o presente momento, passados dez anos da sentença proferida pela Corte IDH, a Lei não foi revogada pelo Estado brasileiro, impedindo investigações, processamento e eventuais punições dos responsáveis pelas violações⁵.

Contudo, além do reconhecimento da inconveniência da Lei da Anistia brasileira, a Corte Interamericana determinou

4 Pontua-se que apesar dos fatos terem ocorrido, ou melhor, iniciado antes do reconhecimento, pelo Brasil, da competência jurisdicional da Corte Interamericana de Direitos Humanos (1998), a Corte IDH julgou-se competente para analisar e julgar o caso, haja vista que o crime de desaparecimento forçado, que era o que operou-se no caso em tela, é permanente. Assim sendo, conclui-se que enquanto as vítimas não forem encontradas e declaradas mortas, o crime está acontecendo, isto é, não cessou, motivo pelo qual pode a Corte exercer a sua competência (CORTE IDH, 2010).

5 Lembra-se que a Corte IDH não possui a função de Tribunal de Apelação, isto é, não atua como uma quarta instância e, portanto, não tem a prerrogativa de revisar decisões proferidas por Tribunais do âmbito interno, como o Supremo Tribunal Federal; entretanto, suas decisões devem sim serem cumpridas, na medida em que o Brasil reconhece a competência jurisdicional da Corte desde 1998 (GORCZEWSKI, 2009).

que o Brasil garantisse acesso à informação e à verdade, bem como que implementasse, em prazo razoável, “um programa ou um curso permanente e obrigatório sobre direitos humanos, dirigido a todos os níveis hierárquicos das Forças Armadas” (CORTE IDH, 2010, p. 115), isto é, **determinou a implementação de uma política pública, adotando uma lógica preventiva, pensada para evitar que violações da mesma natureza voltem a se repetir.**

Essa é, pois, uma característica das sentenças estruturantes (macro-sentenças), através das quais a Corte IDH atua como indutora de políticas públicas, procurando **não apenas resolver o caso em apreço naquele momento, mas também prevenir situações semelhantes** e evitar novas violações de direitos humanos, tratando-se de uma lógica preventiva e pensada para uma coletividade (LEAL; ALVES, 2016). Por fim, é possível dizer que as macro-sentenças são utilizadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, principalmente quando em tela casos de graves violações de direitos humanos, quando se nota uma deficiência estrutural em determinado Estado e quando quer-se dar garantia ao sistema constitucional e internacional.

4 Conclusão

Inicialmente tratou-se da composição do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos, bem como das competências exercidas pela Corte Interamericana: competência consultiva e jurisdicional. A partir disso, abordou-se o mecanismo do controle de convencionalidade, o qual se consubstancia na análise da compatibilidade das leis e dos atos internos, com o *corpus iuris* interamericano. Esse controle, pois, deve ser exercido tanto pelos juízes nacionais, através de um controle difuso de convencionalidade, como pela própria Corte Interamericana, enquanto intérprete última e autêntica da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Além do exercício desse controle, a Corte Interamericana vem adotando uma lógica preventiva nas suas sentenças, a

partir da qual passa a atuar como indutora de políticas públicas ao determinar a sua implementação pelos Estados condenados. Essa é uma característica das chamadas sentenças estruturantes, ou macro-sentenças, e vem ganhando cada vez mais força no cenário do Sistema Interamericano de Proteção. Foi o que ocorreu, inclusive, no julgamento do caso Gomes Lund e outros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil, que tratou de violações de direitos humanos ocorridas no período do regime militar.

A partir disso, pois, pode-se responder ao problema inicialmente suscitado na presente pesquisa, qual seja: como ocorreu a indução de políticas públicas na realização do controle de convencionalidade, no caso Gomes Lund e outros vs. Brasil? Verificou-se que, além da determinação de reparação às vítimas, do reconhecimento da inconveniência da Lei da Anistia brasileira e de outras determinações mais gerais, a Corte IDH ordenou a implementação de um programa permanente de educação em direitos humanos, que contemple todos os níveis hierárquicos das Forças Armadas, isto é, determinou a implementação de uma política pública, adotando a lógica preventiva de direitos, a fim de evitar que novas violações de mesma natureza se repetissem.

Referências

BAZÁN, Victor. El control de la convencionalidad: incógnitas, desafíos, y perspectivas. In: BAZÁN, Victor; NASH, Cláudio. **Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. Control de convencionalidad**. Bogotá: Programa Estado de Derecho de la Fundación Konrad Adenauer y Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2012, p. 17-55.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS. **Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México**: sentencia de 26 de noviembre de 2010 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). San José da Costa Rica, 2010. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_220_esp.pdf>.

Acesso em: 10 ago. 2019.

CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS. **Caso Gomes Lund e outros versus Brasil**: sentencia de 04 de julho de 2006 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas). San Jose da Costa Rica, 2010. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em 27 maio 2019.

GORCZEWSKI, Clovis. **Direitos Humanos, Educação e Cidadania**: conhecer, educar, praticar. 1. ed. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2009.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig; ALVES, Felipe Dalenogare. A Corte Interamericana de Direitos Humanos como indutora de políticas públicas estruturantes: o exemplo da educação em direitos humanos - uma análise dos casos Ximenes Lopes e Gomes Lund versus Brasil - perspectivas e desafios ao cumprimento das decisões. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**, n. 15, p. 287-300, out. 2016. Disponível em: <<http://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/318>>. Acesso em: 11 ago. 2019.

LEDESMA, Erédira Salgado. La probable inejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Revista Mexicana de Derecho Constitucional**, México, n. 26, p. 221-260, jun./dez. 2012.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. In: MAIA, Luciano Mariz; LIRA, Yulgan. (Org.). **Controle de convencionalidade: temas aprofundados**. Salvador: Juspodivim, 2018. p. 23-67.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. Diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad entre los tribunales nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Chile. **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano**, año XIX, Bogotá, 2013, p. 511-553.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). **Convenção Americana de Direitos Humanos (1969)**. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 12 jun. 2019.

OSUNA, Néstor. Las sentencias estructurales. Tres ejemplos de Colombia. In: BAZÁN, Víctor. **Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales**: la protección de los derechos sociales – las sentencias estructurales. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2015. p. 91-117.

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

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil (1948-1997)**: as primeiras cinco décadas. 2. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2000.

FORMAS ALTERNATIVAS DE ENFRENTAMENTO E PREVENÇÃO DA CORRUPÇÃO: UMA ABORDAGEM A PARTIR DA JUDICIALIZAÇÃO DOS CONFLITOS SOCIAIS

ALTERNATIVE WAYS OF COPING AND PREVENTION OF CORRUPTION: AN APPROACH ON THE JUDICIALIZATION OF SOCIAL CONFLICT

Fábio Roque Sbardellotto¹

¹ Mestre em Direito pela Universidade do Vale dos Sinos (UNISINOS), Doutor em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), Professor e Diretor da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público, Procurador de Justiça, Procurador de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Mestre em Direito e Doutor em Direito, Professor Titular da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul (FMP) graduação e mestrado, Coordenador do Grupo de Pesquisa *Garantias Processuais dos Bens Públicos Indisponíveis* da FMP, Diretor da Faculdade de Direito da FMP.

Resumo

O presente trabalho pretende analisar quais são os pontos de comunicação existentes entre o exaurimento do modelo de prestação jurisdicional voltada à resolução de conflitos pela via do processo. Analisa-se a existência de espaço para o emprego de instrumentos jurídicos consensuais alternativos ao processo que permitam o enfrentamento do conflito social inerente às práticas corruptivas, por meio de uma defesa ética e moral.

Palavras-chave: Conflito. Corrupção. Formas de enfrentamento. Jurisdição.

Abstract

This paper aims to analyze the existing communication points between the exhaustion of the model of jurisdictional rendering of conflict resolution through the process. It analyzes the existence of space for the use of legal instruments alternative to the process that allow the confrontation of the social conflict inherent to the corruptive practices through an ethical and moral defense.

Keywords: Conflict. Corruption. Ways of coping. Jurisdiction.

1 Considerações iniciais

O presente artigo objetiva analisar o problema das relações humanas e sociais, sua alta complexidade e a tendência ao conflito, sendo uma de suas formas a prática de atos corruptivos, no contexto da saturação das vias judiciais para o seu enfrentamento e da necessária busca de vias alternativas. A dinâmica e a velocidade na sucessão dos acontecimentos são intensas, e respostas definitivas ou aproximadas se tornam vulneráveis com facilidade, pois o ritmo de vida das pessoas é demasiadamente

acelerado, aproximando, com rapidez, o passado, o presente e o futuro (SPENGLER, 2012).

No ambiente absolutamente volátil das relações sociais e dos problemas a elas inerentes, desabrocha a litigiosidade, com a judicialização desenfreada dos conflitos produzidos no seio dessa sociedade altamente complexa, fomentando nela a expectativa de ver no direito a solução para seus litígios. Na atualidade, o fenômeno das práticas corruptivas aguça ainda mais a desestabilização da sociedade, gerando insegurança, desconfiança quanto ao futuro e ainda mais conflituosidade, potencializando as expectativas sobre o direito.

A hipótese que se pretende observar é a possibilidade de lançarmos mão de vias complementares à judicialização dos conflitos sociais pela via clássica do processo, aproximando o tempo da vida ao tempo da necessária resposta célere e adequada aos problemas de conotação jurídica. É premente a necessidade de soluções alternativas à judicialização, compatíveis com a urgência almejada pelos cidadãos para o enfrentamento do fenômeno corruptivo, o que poderá ocorrer a partir da implementação de novos institutos em tramitação no Congresso Nacional, notadamente os institutos da não persecução penal e da plea bargaining.

2 O conflito como expressão da natureza humana

Vivemos em uma sociedade cada vez mais conflituosa, com muitas tensões. Fenômenos desagregadores, como embates por valores religiosos, inconstância da economia, nacionalismos e xenofobia, guerras pela disputa por territórios, por fontes de energia, ou mesmo por questões ideológicas que pareciam praticamente superadas, avanços e retrocessos democráticos e desigualdades sociais acentuadas têm sido recorrentes. Nesse contexto, inclui-se a recorrente e acentuada prática de corrupção em diversos países, refreando a implementação de condições de dignidade humana e de direitos sociais ainda não concretizadas.

Acerca do tema do conflito, sua natureza, origem e consequências, Simmel assevera que a natureza conflituosa é inerente ao ser humano, bem como a instabilidade e a polarização das relações, além do antagonismo entre contrários. Trata-se de fenômenos que decorrem da própria heterogeneidade e complexidade da natureza humana e de suas relações sociais. Sustenta que a hostilidade consiste em uma pulsão autônoma que, de forma natural, se desenvolve entre as pessoas. Apregoa existir “una pulsión formal de hostilidad” impregnada na subjetividade humana, como se fosse uma pulsão autônoma que se revela historicamente (SIMMEL, 2013, p. 9).

Por isso, há um dualismo inerente ao ser humano e às relações sociais, que se traduz pela associação e dissociação, pela continuidade e descontinuidade, pela forma e pela matéria (SIMMEL, 2013, p.11-12). Nesse sentido, afirma que por mais “[...] cultura o educación que tenga un individuo, resulta que cuanto mayores sean estas, muchas menos posibilidades habrá de que encajen y se armonicen con las de los demás individuos” (SIMMEL, 2013, p. 10).

Esse antagonismo inerente ao ser humano, na visão de Dahrendorf, pode também ser atribuído à expectativa que a sociedade gera em torno dos papéis que cada indivíduo deve desempenhar em seu convívio, nas relações de sua vida privada e social. Assevera que “[...] muitos problemas do comportamento social podem ser explicados através de sua concepção como conflitos de expectativas no interior de papéis” (DAHRENDORF, 1969, p. 97). O indivíduo inserido na sociedade é compelido a desempenhar determinados papéis que a própria sociedade lhe impõe, gerando expectativas em torno desse rótulo. Daí surge o *homo sociologicus*, que é fruto de sua inserção no mundo global, que envolve todas as relações exteriores à sua individualidade. O ser humano reduz-se a “[...] ator no palco da sociedade” (DAHRENDORF, 1969, p.74).

Albert Einstein demonstra a mesma preocupação quando endereça carta a Sigmund Freud durante a Segunda Grande Guerra. Nela, indaga a Freud se “há algum modo de livrar a humanidade da ameaça da Guerra?”. Desolado com a realidade vivenciada e com as perspectivas futuras, concluiu que “as pes-

soas trazem consigo luxúria pelo ódio e pela destruição”. Tais “paixões” permanecem latentes em épocas normais, emergindo apenas em circunstâncias incomuns. Por isso, oferece a Freud sua última indagação:

É possível controlar a evolução mental humana, de modo a fazer as pessoas poderem resistir às psicoses do ódio e da destrutividade? Einstein não se preocupa apenas com as chamadas massas incultas, revelando que a chamada *intelligentsia* está mais apta a se render às questões coletivas desastrosas da violência e da conflituosidade, pois o intelectual não tem contato direto com a vida crua, mas a encontra na sua forma mais fácil e sintética, nas páginas impressas. (WERMUTH, 2015, p. 29-32).

Sigmund Freud não é alentador em sua resposta a Einstein. Principia afirmando que a violência do direito substituiu a opção pela força bruta para os conflitos de natureza humana. Por isso, “[...] devemos definir o direito (e.g. lei) como sendo a força de uma comunidade. Aponta que as leis são feitas por e para os governantes, dando-se às classes servis menos direitos”. Freud já observava que as desigualdades de poder em sociedade proporcionavam “[...] tentativas dos membros da classe dominante em se colocarem acima das restrições jurídicas” (WERMUTH, 2015, p. 34-37).

Sem mitificar o pensamento exposto, apresenta-se coerente com os fatos verificados na atualidade, porquanto vicejam guerras, instabilidades políticas e sociais, altos índices de conflituosidade e beligerância, desigualdades, pobreza acentuada, corrupção desenfreada, etc., Nesse panorama, dois fenômenos estão muito vinculados a essa realidade: a judicialização acentuada dos conflitos e a corrupção desenfreada no Brasil.

Ocorre que a solução dos conflitos sociais, pela via do processo, está esgotada, sendo o Poder Judiciário, sob o modelo tradicional do processo e do procedimento, incapaz de corresponder aos anseios sociais de celeridade e justiça. Elígio Resta assevera que a duração de um procedimento nos leva ao nó do convencionalismo. A relação mais geral entre direito e tem-

po é uma reserva ilimitada (RESTA, 2014). Quando se projeta a dimensão do tempo sobre o conflito, o tempo, que é precioso para um dos litigantes, poderá ser desprezível para o outro. Os recursos desperdiçados com o tempo de um procedimento judicial, mormente em questões de enfrentamento da corrupção, são valiosos para a sociedade. Evidentemente que o tempo é favorável ao corrupto e ao corruptor. Por isso, Resta destaca que o tempo que alguém perde é ganho pelo outro. Considera que, do ponto de vista da racionalidade social, não apenas da ética, há um empobrecimento coletivo pelo fato de serem desperdiçados recursos com base em rituais, simbolicamente grandiosos, mas inúteis em efetividade. Exemplifica com os dados quantitativos do andamento dos processos de natureza penal, quando se pode ver que nos diversos graus do juízo “[...] a duração média dos processos é altíssima, mas que essa vê um número baixo de procedimentos concluídos com sentença definitiva” (RESTA, 2014, p. 33).

Nesta senda, a correlação entre o tempo do processo e o tempo da sociedade, no enfrentamento da corrupção, é fundamental. A prevenção e a persecução das práticas corruptivas são prementes. Trata-se de conflito que coloca frente a frente a comunidade, vítima e espoliada, e aqueles que, sem escrúpulos, dilapidam o patrimônio público.

Por isso, é essencial encontrar alternativas compatíveis com a necessária adequação temporal entre o conflito gerado pela corrupção e a resposta para o seu enfrentamento, com vistas à prevenção e à responsabilização, devido ao esgotamento da via processual.

3 O enfrentamento da corrupção sob o paradigma da judicialização

Efetivamente, a corrupção é um mal que se tem revelado com maior ou menor intensidade nas sociedades, deixando cicatrizes em todos os ambientes e instituições políticas e sociais, conforme ressalta Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (2016, p.

47-48), ilustrando as práticas corruptivas por meio da figura da Hydra de Lerna, da mitologia grega, que impôs sérias dificuldades a Hércules para vencê-la, haja vista seu grande número de cabeças e o veneno potente que podia lançar. Com este paradigma, Muñoz considera possível enfrentar essa terrível chaga social, a corrupção, por meio da combinação de “armas” que denotem contundência e inteligência (MUÑOZ, 2016, p. 48). Aponta que a corrupção cresceu nos últimos tempos por dois fatores essenciais: o financiamento dos partidos políticos e o aumento da discricionariedade administrativa, em especial quando se trata da contratação administrativa (MUÑOZ, 2016, p. 52).

No panorama que se apresenta, terá o Poder Judiciário condições de exercer suas funções, com presteza e correção, diante do tamanho das demandas que já o assolam?

Os dados obtidos junto ao Conselho Nacional de Justiça atestam que a morosidade e o acúmulo de processos são os principais problemas da justiça brasileira. Há uma explosão de conflitos sociais judicializados, excedendo a capacidade de resposta adequada pelo Poder Judiciário. Em 2017, ingressaram no Poder Judiciário 2,7 milhões de novos casos criminais, sendo 1,7 milhão (61,6%) na fase de conhecimento de 1º grau, 357,5 mil (13,1%) na fase de execução de 1º grau, 19,6 mil (0,7%) nas turmas recursais, 576 mil (21,1%) no 2º grau e 95,6 mil (3,5%) nos Tribunais Superiores. A Justiça Estadual é o segmento com maior representatividade de litígios no Poder Judiciário, com 69,4% da demanda; na área criminal essa representatividade aumenta para 91,5%. Em 2017 houve redução de 5,3% no quantitativo de processos criminais novos de conhecimento em relação ao ano de 2016, com queda no acervo de 3,5%. Os casos pendentes equivalem a 2,8 vezes a demanda. Ao final de 2017, havia 1,4 milhão de execuções penais pendentes, com 358 mil execuções iniciadas em 2017. Mais da metade dessas execuções (232,5 mil, ou 65%) implicavam pena privativa de liberdade. Entre as não privativas de liberdade, 8 mil (6,7%) ingressaram nos juizados especiais, e 117 mil (93,3%), no juízo comum. O tempo médio de tramitação dos processos criminais na Justiça Estadual no ano de 2017 foi de 3 anos e 9 meses. Na Justiça Federal, de 2 anos e 3 meses.

Nessa conjuntura, um caso paradigmático envolvendo corrupção é a Ação Penal n.º 470, conhecida como o escândalo do Mensalão, envolvendo a compra de votos de parlamentares, que iniciou sua tramitação perante o Supremo Tribunal Federal no ano de 2007 e teve seu julgamento final no dia 14 de março de 2014, com a condenação de 24 dos 40 denunciados. O processo foi compilado em 8.405 (oito mil, quatrocentas e cinco) páginas. A despeito de todo o valioso manancial de acontecimentos jurídicos que se pode extrair dessa ação penal, destaca-se o fato de que apenas os réus Lucio Bolonha Funaro e José Carlos Batista efetuaram colaboração premiada – um instituto que, naquele momento, era incipiente, ainda muito pouco utilizado para a coleta de provas e para a celeridade processual. Ademais, toda a investigação e a instrução probatória foram realizadas aos moldes tradicionais, com os instrumentos formais e burocráticos utilizados desde os primórdios do Código de Processo Penal de 1941, consumindo por longos anos o trabalho e recursos públicos na movimentação dos atores daquele processo penal.

Assim, considerando o que se avizinha com os escândalos decorrentes da operação Lava Jato, que estremece as bases políticas e econômicas nacionais, o tempo do processo é nefasto, fazendo-nos perquirir se novos instrumentos, existentes ou ainda vindouros, são recomendáveis para uma necessária e adequada resposta jurídica ao anseio social.

É necessário, pois, constatar a existência de instrumentos para dar suporte ao sistema jurídico brasileiro, com vistas à necessária celeridade na solução de questões de alta relevância jurídica e social, com vistas à solução ágil e adequada de casos de corrupção e outras formas de criminalidade, abreviando ou prescindindo do processo.

4 Práticas alternativas complementares ao processo no enfrentamento da corrupção

O fetiche que a ritualização própria do sistema jurídico representa, com símbolos, rótulos e padrões que impõem

uma forma tênue de divisão do trabalho de dominação simbólica entre aqueles que se profissionalizaram nesse ambiente é demonstrado por Bourdieu (1989, p. 219), que vê no espaço jurídico um reservatório de autoridade que garante, “à maneira de um banco central”, a autoridade dos atos jurídicos singulares. Para Spengler, a jurisdição representa uma atividade na qual o Estado substitui as partes, em um modelo baseado em princípios expressos na própria lei e universalmente reconhecido. Aduz que o Poder Judiciário está em crise de identidade e de eficiência devido à fragilidade cada vez maior do referido poder em se constituir no “[...] mediador central de conflitos, perdendo espaço para outros centros de poder, talvez mais aptos a lidar com a complexidade conflitiva atual, mais adequados em termos de tempo e espaço” (SPENGLER, 2016, p. 41-42). O enfrentamento da corrupção é altamente complexo, exigindo efetividade em todas as instâncias de persecução. O Poder Judiciário parece não estar acostumado a lidar e não dispõe de tamanho aperfeiçoamento ou até disponibilidade de tempo.

Diante da realidade da superlotação dos tribunais, da judicialização massiva e da intensidade dos conflitos sociais em meio à dinâmica da intensa circularidade e fricção das relações humanas que vivemos, há de se buscar alternativas que se mostrem adequadas aos fins da solução harmoniosa, consensual e dialógica dos conflitos, representando um anteparo à judicialização. Esse caminho pode estar representado pelos novéis institutos da não persecução penal e da plea bargaining.

Em contrapartida, veja-se que temos uma gama enorme de procedimentos processuais penais, representados pelos procedimentos comum ordinário, sumário e sumaríssimo, além dos procedimentos especiais do Tribunal do Júri, crimes funcionais, crimes contra a honra, crimes contra a propriedade imaterial ou industrial, crimes de drogas, crimes de licitações, pessoas com foro por prerrogativa de função, Justiça Militar e procedimento perante a Justiça Eleitoral. Até o momento, o consensualismo em matéria processual penal é representado pelos institutos da composição civil dos danos (art. 74), da transação penal (art. 76) e da suspensão condicional do processo (art. 89), todos extraídos da Lei dos Juizados Especiais Criminais, Lei n.º 9.099/95.

Tratam-se, entretanto, de iniciativas tímidas. Os dois primeiros prescindem da ação penal. O último não prescinde, exigindo a propositura da denúncia (há discussões acerca do cabimento na ação privada).

As inovações legislativas que merecem destaque, de lege ferenda, pela ordem cronológica, são representadas por meio da tramitação, desde 22 de dezembro de 2010, do Projeto de Lei n.º 8045/2010 junto à Câmara dos Deputados, destinado a reformar o Código de Processo Penal brasileiro. Nessa proposta legislativa, o artigo 283 estabelece que **até o início da audiência de instrução e julgamento**, o Ministério Público e o acusado, por seu defensor, poderão requerer a homologação do acordo de aplicação imediata de pena nos crimes cuja **sanção máxima cominada não ultrapasse 8 (oito) anos**. Para que haja o acordo, o réu deverá ter confessado, total ou parcialmente, a infração penal (§1º, inc. I). Ademais, a pena acordada deve ser o mínimo abstratamente previsto, mesmo diante da incidência de agravantes e majorantes (II). A pena poderá, ainda, ser reduzida em até 1/3 (um terço) do mínimo previsto na cominação legal, se as condições pessoais do agente e a menor gravidade das consequências do crime o indicarem. (§5º). Estando em ordem o acordo, o Juiz o homologará (§7º), sendo a sentença considerada com efeitos condenatórios (§ 8º). Esse instituto é caracterizado por sua limitação às infrações penais com pena privativa da liberdade não superior a 08 anos, o que restringe sobremaneira a sua vigência e eficácia. Ademais, é necessária a existência do processo penal, porquanto viável até o início da audiência de instrução e julgamento.

A despeito da timidez dessa iniciativa, com viés ainda impregnado do sentido formalista que sempre vigorou no processo penal brasileiro, veja-se também que o projeto de lei vem tramitando no Congresso Nacional desde longa data, em sintomática demonstração da falta de interesse, ou mesmo do conflito de interesses que tem vigorado até o momento, sem um prognóstico alvissareiro quanto à sua aprovação.

Em paralelo, também, encontra-se em tramitação no Congresso Nacional a proposta do Ministério da Justiça, enca-

minhada em 19.02.2019 (PL 882/2019), contendo a possibilidade de não persecução penal e da plea bargaining.

Na primeira, não sendo o caso de arquivamento das investigações e tendo o investigado confessado detalhadamente o cometimento da **infração penal praticada sem violência ou grave ameaça à pessoa**, desde que a **pena máxima privativa da liberdade seja inferior a quatro (04) anos**, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal. Para tanto, ainda, a proposta deve ser necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime (art. 28-A do CP). A proposta deverá conter, cumulativa ou alternativamente, condições consistentes em reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, salvo impossibilidade de fazê-lo; renunciar voluntariamente a bens e direitos, indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito, diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo Ministério Público; e pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Código Penal, a entidade pública ou de interesse social a ser indicada pelo Ministério Público, devendo a prestação ser destinada preferencialmente àquelas entidades que tenham como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito. Além dessas condições, ainda poderá o Ministério Público estabelecer, por prazo determinado, outra condição, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada. Essa benesse não será devida quando cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, quando for o investigado reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, salvo se insignificantes as infrações penais pretéritas. Da mesma forma, será inadmissível o acordo de não persecução se o agente tiver sido beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo, e se não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida. É requisito de validade do acordo

sua formalização por escrito e que seja firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e seu defensor. Sua eficácia dependerá de homologação judicial a ser realizada em audiência na qual o juiz deverá verificar a sua legalidade e voluntariedade, devendo, para esse fim, ouvir o investigado na presença do seu defensor. O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais.

O acordo de não persecução penal, homologado judicialmente, não terá efeito de maus antecedentes, sequer podendo constar de certidão de antecedentes criminais, exceto para impedir idêntico benefício no lapso de cinco (05) anos. Ademais, a prescrição ficará suspensa durante no interregno do cumprimento das condições aplicadas. Por derradeiro, cumprido integralmente o acordo, o juízo competente decretará a extinção de punibilidade.

Se o **acordo de não persecução penal ocorre antes da propositura da ação penal (denúncia), o plea bargaining se dá após o recebimento da denúncia ou queixa até o início da instrução processual**. Desde logo, vê-se que no instituto do plea bargaining, a proposta contempla a possibilidade de convencionalismo nas ações públicas e privadas. Na redação original (art. 395-A do CP), "o Ministério Público ou o querelante e o acusado, assistido por seu defensor, poderão requerer mediante acordo penal a aplicação imediata das penas."² São requisitos para que a proposta tenha veiculação a confissão circunstanciada da prática da infração penal; o requerimento de que a pena privativa de liberdade seja aplicada dentro dos parâmetros legais e considerando as circunstâncias do caso penal, com a sugestão de penas em concreto ao juiz; e a expressa manifestação das partes no sentido de dispensar a produção de provas por elas indicadas e de renunciar ao direito de recurso. Encontra-se, ainda, a possibilidade de negociação de diminuição em até metade da pena, bem como a alteração do regime de cumprimento das penas ou mesmo a substituição da pena privativa por restritiva de direitos, segundo a gravidade do crime, as circunstâncias do caso e o grau de colaboração do acusado para a rápida solução

do processo. O acordo deverá ser homologado pelo juiz, em audiência para tanto, devendo a autoridade judiciária verificar a legalidade e voluntariedade da avença. Para tanto, deverá ouvir o acusado na presença de seu defensor. Poderá o Juiz, ainda, não homologar o acordo, quando concluir que a proposta de penas formulada pelas partes for manifestamente ilegal ou manifestamente desproporcional à infração, bem como se as provas existentes no processo forem manifestamente insuficientes para uma condenação criminal.

5 Considerações finais

O sistema jurídico brasileiro padece dos mesmos problemas do indivíduo, havendo absoluta falta de tempo para a solução dos conflitos, o que inviabiliza uma adequada relação entre a prestação jurisdicional e o indivíduo. Há morosidade, rituais extensos e um modelo processual viciado em formas e fórmulas. A via do processo permite apenas o término do conflito, sem uma solução que restabeleça a harmonia.

A prática da corrupção, sem dúvidas, tem acentuado a instabilidade das relações sociais e fragilizado os níveis de confiança entre os cidadãos, nas suas relações privadas e com o poder público. Debilita, inclusive, o Estado Democrático. Nesse panorama, afigura-se relevante a busca de alternativas à judicialização dos conflitos que possam ser adaptadas, também, ao combate às práticas corruptivas. Tais possibilidades podem ser representadas pela potencialização de novos institutos, agora precursores no sistema jurídico processual penal brasileiro, caracterizados pelos acordos de não persecução penal e da plea bargaining, se aprovados no Congresso Nacional. Representam um novo caminho para a superação do modelo exclusivamente punitivo e do processo formalista e moroso. Possibilita-se, pela via conciliatória, o esclarecimento de fatos relevantes para a sociedade, alcançando aos infratores a alternativa da reconciliação com o Estado e com a própria sociedade.

² <https://static.congressoemfoco.uol.com.br/2019/02/projeto-anticrime.pdf>

O que se tem, neste panorama, são propostas legislativas que, de maneira assistemática, porquanto se justapõem, tramitam no Congresso Nacional. Evidentemente que se fazem necessários avanços com vistas à solução harmoniosa e célere dos conflitos, incluindo a corrupção. Neste contexto, grandes desafios ainda se apresentarão, esperando-se que sirvam para a efetividade da prestação jurisdicional.

Referências

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Lisboa: Editora DIFEL, 1989.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em números 2018. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>.

DAHRENDORF, Ralf. **Homo Sociologicus**. Rio de Janeiro, Editora Tempo Brasileiro, 1969.

MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana. La directiva de contratación pública y La lucha contra La corrupción. In **Estudios: La respuesta jurídica a La corrupción en La contratación pública en Brasil y España**. Pamplona: Editorial Aranzadi, S.A., 2016.

PROJETO DE LEI ANTICRIME. Disponível em: <https://static.congressoemfoco.uol.com.br/2019/02/projeto-anticrime.pdf>

RESTA, Elígio. **Tempo e Processo**. Santa Cruz do Sul: Editora Essere nel Mondo, 2014.

SIMMEL, Georg. **El conflicto**. Madrid: Editora Sequitur, 2013.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Da Jurisdição à Mediação**. Ijuí: Editora Unijuí, 2016.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Fundamentos Políticos da Mediação Comunitária**. Ijuí: Editora UNIJUÍ, 2012.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Por que a Guerra?** De Einstein e Freud à atualidade. Santa Cruz do Sul: Editora Essere nel Mondo, 2015.

DESVIO DE VERBA PÚBLICA PRATICADO POR VEREADORES COMO CRIME CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: UM ESTUDO DE CASO

Rogério Gesta Leal¹

¹ 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. Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) e pela Universidade Buenos Aires (UBA). Professor Titular da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC) e da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP).

1 Introdução

Pretendemos neste artigo tratar do tema do desvio de verba pública em diárias para vereadores como forma de crime contra a Administração Pública, estabelecendo o contexto em que isso se enquadra no sistema normativo brasileiro, em especial a partir da ideia de moralidade pública e responsabilidade dos agentes públicos. Ao final, vamos apresentar um estudo de caso que julgamos no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul².

2 Os crimes contra a Administração Pública no Brasil: contextos normativos

Os crimes contra a Administração Pública no Brasil devem ser compreendidos a partir de sua necessária integração com todo o sistema normativo nacional, constitucional e infraconstitucional e, em especial, com os demais referenciais jurídicos que pautam a Administração Pública contemporânea em geral (princípios e regras).

Já tivemos oportunidade de dizer que os princípios fundamentais constitucionais brasileiros são vinculantes à Administração Pública, fazendo com que todas as ações estatais (criação e desenvolvimento de políticas públicas, atos administrativos, legislativos e jurisdicionais) estejam previamente determinadas por alguns contornos, limites e direções estatuídos por tais princípios, operando sempre e de forma continuada, como filtro prévio do exame da constitucionalidade e legalidade dos seus atos a partir do cotejo com os fundamentos e objetivos do Estado Democrático de Direito brasileiro normatizado³.

Assim é que, quando a Administração, pela via dos seus agentes públicos (servidores públicos ou agentes políticos) estiver promovendo seus atos oficiais, cumprindo com suas atribuições normativas e políticas, ou o faz respeitando e perseguindo os ditames constitucionais insertos nos Princípios Fundamentais ou corre o risco de cometer inconstitucionalidades por omissão ou ação.

De outro lado, cumpre reconhecer que enquanto os princípios explícitos da Administração Pública encontram-se bem identificados no sistema jurídico nacional, têm a doutrina e a jurisprudência pátrias reconhecido a existência dos chamados princípios implícitos da Administração, demandando esforço hermenêutico e desvelador diferenciado, uma vez que não contam (salvo melhor juízo) com a plasticidade direta e posta pela norma cogente, a despeito de já constarem do sistema jurídico como um todo⁴.

Neste particular, chamamos a atenção, a título exemplificativo, para três clássicos e importantes princípios, dois implícitos e um explícito, que entendemos como constitutivos do Estado Administrador Democrático de Direito⁵ em face da ordem constitucional vigente, a saber: (a) os dois implícitos: a supremacia do interesse público e a indisponibilidade do interesse público; (b) o explícito, a moralidade administrativa.

Tratando como primeiro o da supremacia do interesse público, temos que ele é inerente a qualquer sociedade contemporânea, a despeito de não constar expressamente no texto constitucional brasileiro⁶, haja vista que diz respeito, de um lado, a circunstância que não pode ser negada no âmbito das relações de poder e políticas contemporâneas, marcadas que estão por

4 Vale aqui a advertência de GRAU, Eros. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2002, pg.130: *esses princípios se existem, já estão positivados; se não for assim, deles não se trata. A sua positivação, todavia, não se dá mediante seu resgate no universo do direito natural, como tantos supõem; ela não é constituída, essa "positivação", mas simplesmente reconhecida no instante do seu descobrimento (do princípio) no interior do direito pressuposto da sociedade a que corresponde.*

5 Entendido aqui como aqueles que estabelecem os pressupostos que a Administração Pública deve observar na execução de suas políticas e pautas gerenciais cotidianas.

6 Trata-se, aqui, de um Princípio Implícito ao ordenamento jurídico, tão importante quanto os explícitos, consoante ensinamento de GRAU, 1991.

2 O caso é a Apelação Criminal nº 70056085798 julgada pela Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul em 07 de novembro de 2013, com os E. Desembargadores Gaspar Marques Batista e Newton Brasil de Leão.

3 Aqui entendidas como atinentes à supremacia do interesse público da maior parte quantitativa da população e sua indisponibilidade. Tratamos deste tema no livro LEAL, Rogério Gesta. *Estado, Administração Pública e Sociedade: novos paradigmas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

interesses e projetos muito mais corporativos do que sociais; de outro lado, à formatação de práticas de poder geralmente corporativas e unilaterais, exatamente para reproduzir o modelo de crescimento econômico hegemônico.

Assim, temos como interesses públicos os que dizem respeito, de um lado, ao plexo normativo de prerrogativas sociais atinentes a toda comunidade – principalmente os constitucionais; de outro lado, os apresentados cotidianamente pelas demandas de natureza política, econômica, cultural, etc. da sociedade como um todo.⁷

Por óbvio, não estamos aqui a defender a tese de que há contraditória relação entre interesse público e privado, pois eles, em verdade, se inter-relacionam constantemente, sendo por vezes causa e efeito recíprocos. Todavia, revela-se inafastável a percepção de que também operam com lógicas diferenciadas, mantendo certo tensionamento em suas coexistências que precisa ser identificado e solvido em cada situação concreta que se apresentar. Essa tarefa, de qualquer sorte, deve estar coordenada pelo Estado, que é espaço de gestão de todos os interesses que interagem no contexto do mundo da vida.

E ainda temos o princípio da indisponibilidade do interesse público⁸. Sobre ele, a doutrina administrativista brasileira tem, em regra, unificado sua interpretação, sustentando que, em face da natureza do interesse, demarcada pelos contornos de sua supremacia e do objeto que alcança, dizem respeito não à vontade/propriedade do administrador ou do Estado, mas, ao contrário, pertence originariamente a outrem, o detentor da soberania material: a sociedade. E, assim, não possuindo a Administração a titularidade do bem público (aqui entendido como o interesse público), cabe-lhe, tão-somente, a condição de gestora, por delegação de competências, de tal patrimônio⁹. Essa

gestão, por sua vez, também está condicionada por objetivos e fins pré-ordenados, ao menos em termos gerais.¹⁰

O denominado interesse particular pode ser considerado como disponível porque informado, tão-somente, pela vontade humana livre, limitada pelos termos vedatórios da norma jurídica (veja-se que a disponibilidade impera no campo do direito privado, visto que está subordinada à voluntas do dominus), tendo como critério diferenciador do interesse público, dentre outros, o fato de que se revela como indisponível porque informado pela ideia de fim. Se no direito privado prevalece a vontade, no direito administrativo tem-se a finalidade como elemento informador das possibilidades da ação ou omissão estatal.

A atividade administrativa obedece, cogentemente, a uma finalidade, à qual o agente é obrigado a adscrever-se, quaisquer que sejam as suas inclinações pessoais; e essa finalidade domina e governa a atividade administrativa, imediatamente, a ponto de assinalar-se, em vulgar, a boa administração pela impessoalidade, ou seja, pela ausência de subjetividade. À relação jurídica que se estrutura ao influxo de uma finalidade cogente dá-se o nome de relação de administração. Esta domina e paralisa a de direito subjetivo¹¹.

Diante do ponderado, resta claro que o administrador não tem a proprietas do bem/interesse público; não tem o direito de operar com o interesse público de tal maneira que dele disponha a seu talante, em função das normas que o restringem, explicitando-se, cotidianamente, como intangível e indisponível.

Nesse particular, importa reforçar a ideia de que o interesse público é confiado ao Estado, não aos seus órgãos, muito menos aos seus agentes, destacando-se as pessoas administrativas como verdadeiros instrumentos do Poder Público, o que não significa total paralisação no processo de planejamento, instituição

7 Estamos falando, por exemplo, do conjunto de direitos insertos nos artigos 5º, 6º, 7º, 144, 150, 170, 182, 191, 194, 196, 203, 205, da Constituição de 1988.

8 A indisponibilidade, aqui, diz respeito exatamente à noção ou ideia contrária de bens ou interesses disponíveis, ou seja, aqueles sujeitos à livre alienação ou à transação pelos seus titulares.

9 Nesse sentido FIGUEIREDO, 1999, p. 63. Da mesma forma e direção: ALESSI, 1990; BIELSA, 1975; BONNARD, 2001; CAVALCANTI, 1986.

10 Os já referidos princípios constitucionais e direitos e garantias fundamentais.

11 LIMA, 1984, p. 51. O autor usa a interessante expressão *paralisação do direito subjetivo*, que preferimos não usar, evitando assim qualquer associação negativa à capacidade e obrigação do gestor público exercer, com responsabilidade e vinculatividade ao ordenamento jurídico, sua discricionariedade oficiosa.

e execução de políticas públicas, mas que tais não podem estar atreladas a idiosincrasias intersubjetivas e objetivos pessoais desses agentes¹².

Para que haja a disponibilidade do interesse público, há que se observar todo um plexo de medidas e procedimentos reflexivos e aferidores das motivações e fundamentos apresentados para tanto, mediante, necessariamente, o pronunciamento e autorização, por exemplo, do legislativo, tudo ficando a mercê da sindicabilidade jurisdicional.

Os poderes da Administração, nessa perspectiva, apresentam-se como instrumentais servientes do dever de bem cumprir a finalidade a que estão, indissolúvelmente, atrelados. Logo, quem desempenha o munus público tem, na realidade, deveres-poderes, onde a tônica reside, como querem Mello¹³ e Alessi¹⁴, no dever.

Por fim, como que pairando sobre todo e qualquer ato da Administração Pública, de forma até instigante, tem-se o complexo princípio da moralidade administrativa, que, por sua vez, constitui o pressuposto da validade de todo o comportamento do agente público e suas instituições, compreendendo os princípios da lealdade e da boa-fé¹⁵.

A moralidade administrativa está inserida na Constituição Federal como princípio fundamental a ser obedecido pela Administração Pública (órgãos e agentes), sendo diversos e variados os desdobramentos por atingir, de modo nuclear, o aspecto axiológico das ações concretas desenvolvidas pelos agentes públicos.

A despeito de tamanha significação, não se pode afirmar que exista, hoje, nas teorias que se ocupam do Estado Administrador, uma especial e definitiva conceituação para a configuração jurídica da moralidade administrativa. O que se

tem como certo é que ela constitui, isso sim, pressuposto da validade de todo ato da Administração Pública.

A doutrina especializada atribui a Maurice Hauriou¹⁶ a sistematização de tal conceito, fato ocorrido nas primeiras décadas do século XX. Segundo o referido doutrinador, não se busca impor, na prática da atividade administrativa, uma moral comum, mas sim, uma moral jurídica, entendida como o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração.

Tem-se, portanto, na escola administrativa francesa, a base da construção da moralidade administrativa moderna, como princípio que se compõe, de um lado, pela afirmação de que a legalidade dos atos jurídicos administrativos é fiscalizada pelo recurso baseado na violação da lei; de outro, de que é preciso aferir também a conformidade desses atos aos princípios basilares da boa administração, determinante necessária de qualquer decisão administrativa, atentando-se para os riscos do chamado desvio de poder, cuja zona de policiamento é a da moralidade administrativa¹⁷.

Assim é que, a partir do princípio da moralidade administrativa, a satisfação dos requisitos legais do ato não é suficiente, impondo-se ir adiante, no intento de investigar se, realmente, há nele interesse público, ou outro tipo de interesse, desse divorciado; ou seja, os poderes administrativos concedidos à autoridade pública não são ilimitados, mas deverão estar sempre em consonância com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico, implícitos ou explícitos, todos aqui considerados horizontalmente¹⁸.

Em outras palavras, é indispensável à caracterização da moralidade de qualquer ato administrativo a análise dos seus motivos e objetos, o que possibilita afirmar se houve ou não a efetivação do dever de boa administração inerente ao Administrador/Interesse Público.

12 Assim, não se pode imaginar que a Administração Pública possa proceder a transações administrativas, ou mesmo judiciais, envolvendo o patrimônio público, sem qualquer autorização para tanto.

13 MELLO, 1997, pg. 57.

14 ALESSI, 1990, p. 82.

15 Conforme quer BONNARD, 2001, pg. 82 e ss.

16 HAURIUO, 1976. Para o autor, essa moralidade diz respeito a ações que têm como resultados elementos satisfatórios ao interesse da comunidade, fim primordial da Administração Pública.

17 Nesse sentido ver também BRANDÃO, 2001, p. 457-471.

18 O desvio de finalidade, por sua vez, se efetiva quando a prática do ato estiver fundamentada em motivos ou tiver fins diversos dos objetivados pela lei ou pelo interesse público, conforme ensinamento de DIEZ, 1995, p. 273.

De se ver que o âmbito de subjetividade que a moral contém implica não se tratar apenas de saber se é ou não legal determinado ato de gestão pública, mas se ele está ou não em consonância com os anseios de justiça, objetivos e finalidades da República que informam a organização social dos administrados, previamente insertos no Texto Constitucional. A finalidade do controle da moralidade, assim, é, fundamentalmente, assegurar que os atos da Administração Pública estejam sempre de acordo com esses vetores axiológicos administrativos.

O elemento moral, então, a partir da Constituição Brasileira de 1988, passa a integrar o ato administrativo por força de preceito da mais alta categoria. A consequência gerada é de relevância, porque a moralidade passou a ser um requisito constitucional de sua validade, evidenciando-se como um dos elementos integrantes da formação e validade do ato administrativo, o que não mais permite a conduta jurisprudencial a abandonar a sua análise, pelo que, agindo de conformidade com o princípio constitucional referido, põe um freio na conduta da Administração e/ou seus agentes que, por vezes, apresentam evoluer desordenado, irregular, impróprio, desajustado com o ordenamento jurídico.

Em outra situação curiosa do legislativo brasileiro, a jurisprudência histórica pátria, ratificando as reflexões que trouxemos até aqui, entendeu que, uma vez sendo a remuneração do Prefeito, do Vice-Prefeito e dos Vereadores, fixada pela Câmara Municipal em cada legislatura para a subsequente, nos termos do que dispõe a Carta Política em seu art. 29, V, em ocorrendo a fixação pelos edis de sua própria remuneração para viger na própria legislatura, praticam ato inconstitucional lesivo não só ao patrimônio material do Poder Público, como à moralidade administrativa.

Em face desses elementos configurativos todos da Administração Pública contemporânea, relevando sua importância à democracia social e institucional no país, é que se tem criado ao longo do tempo instrumentos de controle e responsabilização tanto do Poder Público como dos Agentes Políticos que o gerenciam. Estamos falando, exemplificativamente, das fer-

ramentas da Ação Popular, da Ação Civil Pública, da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, da previsão de responsabilidade civil e criminal em face de atos de improbidade administrativa, de todas formas de densificação material protetiva daqueles princípios debatidos e da boa administração em geral.

É esse cenário de fundo que se faz muito presente na contextualização dos chamados crimes dos Prefeitos e Vereadores, lembrando quais os bens jurídicos mediatos e imediatos que estão em jogo, e ele tem de ser trazido à colação sempre, dando-se conformidade teleológica das atribuições de sentido – interpretativas – à aplicação da norma.

Feitas tais considerações, queremos agora tratar mais pontualmente do caso concreto julgado.

3 O caso concreto

O Ministério Público, na Comarca de Montenegro, em data de 03 de janeiro de 2011, ofereceu denúncia contra Vereadores dessa municipalidade, como incursos nas sanções do artigo 312, *caput*, e artigo 304, ambos do Código Penal, na forma do artigo 69, do mesmo diploma legal, pela prática dos seguintes fatos delituosos: (i) terem desviado em proveito próprio, a importância de R\$ 1.560,24 (mil, quinhentos e sessenta reais e vinte e quatro centavos), referente a duas diárias com pernoite, fora do Estado, para que frequentassem, no Balneário Camboriú (SC), Hotel Geranium, dias 07, 08, 09 e 10 de dezembro de 2005, o curso “A Responsabilidade Política, Cível e Penal dos Administradores Públicos e seus Agentes”, sem a necessária contrapartida ou justificativa, já que não participaram do seminário, eis que não constam os nomes e nem as assinaturas dos denunciados na lista de presença do evento; (ii) por ter sido inserida declaração falsa nos certificados de frequência referentes ao evento “A Responsabilidade Política, Cível e Penal dos Administradores Públicos e seus Agentes”, ao atestar que vereadores participaram do curso, quando, na verdade, sequer compareceram;

(iii) por terem usado de documento falso, ao apresentar para prestação de contas de diárias com pernoite os certificados de frequência que atestavam falsamente a participação no evento “A Responsabilidade Política, Cível e Penal dos Administradores Públicos e seus Agentes”, no qual sequer compareceram.

A sentença de primeiro grau condenou os Vereadores pelo crime de peculato, imputando-lhes a pena de 02 (dois) anos e 08 (oito) meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime aberto, como pena de multa fixada em 10 (dez) dias-multa, à razão unitária de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente ao tempo do fato.

Inconformadas, as defesas dos réus condenados apelaram e, em suas razões, alegaram a fragilidade probatória constante nos autos, pedindo, de forma alternativa à absolvição, a redução da pena para o mínimo legal, havendo o reconhecimento de prescrição.

O deslinde do caso resta fácil a partir dos elementos coligidos na primeira parte deste trabalho.

Ao analisar os autos do feito é possível verificarmos que eles dão conta da imputação do delito de **peculato** contra Vereadores da municipalidade, em conjunção de esforços, pelo fato de terem desviado em proveito próprio, entre os dias 05 a 10 de setembro, a importância de R\$1.560,24, cada um, quantia esta destinada para o pagamento de duas diárias para frequentarem o curso “A Responsabilidade Política, Cível e Penal dos Administradores Públicos e seus Agentes”, em Balneário Camboriú/SC, conforme Resolução de Mesa da Câmara de Vereadores nº 10/2005, notas de empenho nº 003157/2005 e 003158/2005, recibos de transferência para as contas dos acusados, certificados de frequência (fls. 220 e 230) e listas de presenças do curso.

No âmbito da Promotoria de Justiça, um dos Vereadores disse que participou do evento realizado em Balneário Camboriú, tendo apresentado os documentos de comprovação. Informou que não participou integralmente da programação do evento, assistindo apenas parte das palestras, e que não assinou a lista de presença, pois não sabia da sua existência. Disse que chegava tarde nas palestras.

O outro Vereador disse, na Promotoria, que participou de quase todas as palestras. Recordou que assinou um caderno que seria a lista de presenças. Apresentada a lista, não localizou a sua assinatura. Afirmou que ficou hospedado no mesmo hotel onde foi realizado o evento.

O problema é que o Diretor Jurídico da empresa Desenvolvimento em Administração Pública (DAP), organizadora do evento, prestou esclarecimento escrito referindo que:

No controle que me foi passado pelo encarregado das inscrições e certificados não consta que a Câmara de Vereadores de Maratá/RS tivesse enviado algum participante. [...] os nominados vereadores compareceram ao mesmo evento com o mesmo tema, realizado em Porto Alegre/RS, nos dias 28 a 30/08/2006, cumprindo carga horária de 75%, ainda que com relutância dos mesmos.

Judicialmente, os acusados negaram os fatos pelos quais foram denunciados. Um Vereador disse que fez o curso, pegou o certificado e foi embora, não sabe porque está sendo acusado. Afirmou que não foi apresentada a lista de presença e disse que o curso era das 8h até às 13h. O outro Edil afirmou que voltaram com certificado e recibo de inscrição, não soube explicar o porquê estava sendo acusado. Disse que o curso foi realizado em Camboriú, em uma sala comercial que o horário do curso era de manhã e à tarde; não assinou a lista porque nunca foi apresentada; não fez compras e não fez passeio pela cidade.

Veja-se que há nítidas contradições entre os depoimentos dos réus, tanto quanto ao local em que foi realizado o evento, porquanto um dos vereadores sequer soube afirmar onde efetivamente ocorreu o evento, se foi em um apartamento ou sala comercial, como pelo fato de que o outro vereador disse que o evento foi realizado em um hotel, cujo nome não recordava.

Além disso, outra evidência do cometimento do delito de peculato está na versão de um dos vereadores quanto à assinatura na ficha de presenças. Na fase investigatória, disse que assinou tal documento, porém, quando apresentadas as listas de

presenças fornecidas pela organização do evento, não encontrou sua assinatura. Já na fase judicial, ratificou suas declarações anteriormente prestadas, alterando a versão quanto à assinatura no referido documento.

Assim, restou amplamente demonstrada a autoria e o dolo dos acusados, porquanto aproveitaram das facilidades dos cargos públicos que ocupavam para obter vantagem pessoal, desviando dos cofres públicos o montante de R\$ 1.560,24 (mil, quinhentos e sessenta reais e vinte e quatro centavos) cada um.

Sobre o tema, ensina Bitencourt:

O crime de peculato, na precisa descrição do caput do art. 312 – peculato próprio –, consiste no apossamento ou desvio (destinação diversa), por parte de funcionário público, de coisa móvel (dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel), pública ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, em proveito próprio ou alheio.¹⁹

Em termos de dossimetria da pena, ao analisar as condutas dos réus com base no art. 59, a julgadora nada acrescentou quanto à culpabilidade, aos antecedentes, às personalidades dos agentes, aos motivos, às consequências e ao comportamento da vítima, considerando desfavorável tão somente as circunstâncias do crime, sob o fundamento de que *os acusados, no intuito de simular a participação no curso, dirigiram-se até o Balneário Camboriú, praticando turismo às custas ao erário*. Por tal razão, fixou a pena-base em 02 (dois) anos e 08 (oito) meses, restando definitiva nesse patamar, em face da ausência de outras moduladoras.

Sustentamos que se mostrou adequado o aumento da pena com base nas circunstâncias do crime, em face das pessoas envolvidas (agentes políticos eleitos), relatada pela prolatora da sentença. Isso porque, além do benefício obtido pelos réus com o dinheiro público, restaram violadas drasticamente a morali-

¹⁹ BITENCOURT, 2013, p. 45.

dade e a ética públicas, protegidas pelo tipo penal de forma indireta. E Néelson Hungria é lapidar no ponto ao lembrar que:

[...] no peculato a posse ou detenção resulta da confiança imposta pela lei como indispensável ao cargo público exercido pelo agente... A confiança, deve merecê-la o agente, não por sua qualidade genérica de funcionário público, mas porque titular do cargo que o torna competente, na ocasião, para o recebimento e consequente posse.²⁰

Por todos esses elementos, os recursos dos réus foram julgados improcedentes pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Referências

- ALESSI, Renato. **Instituciones de Derecho Administrativo**. Buenos Aires: Casa Editorial, 1990.
- ALESSI, Renato. **Principi di Diritto Amministrativo**. Milano: Giuffrè, 1990.
- BIELSA, Rafael. **Derecho Administrativo**. Buenos Aires: La Ley, 1975.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte especial: dos crimes contra a administração pública e dos crimes praticados por prefeitos**. Vol.5. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BONNARD, Roger. **Précis de Droit Administratif**. Paris: LGDJ, 2001.
- BRANDÃO, Antônio José. Moralidade Administrativa. In: **Revista de Direito Administrativo**, n. 25. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- CALMON DE PASSOS, J. J. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Volume III. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

²⁰ HUNGRIA, 1959, p. 340.

- CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Tratado de Direito Administrativo**. São Paulo: Freitas Bastos, 1986.
- DIEZ, Manoel Maria. **El acto administrativo**. Buenos Aires: Depalma, 1995.
- FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1999.
- FRAGOLA, Umberto. **Degli atti amministrativi**. Milano: Giuffrè, 1992.
- GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação do Direito**. São Paulo: Malheiros, 2002.
- HAURIOU, Maurice. **Precis Élémentaire de Droit Administratif**. Paris: Dalloz, 1976.
- HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Vol IX. Rio de Janeiro: Forense, 1959.
- LEAL, Rogério Gesta. **Estado, Administração Pública e Sociedade: novos paradigmas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de Direito Administrativo**. Porto Alegre: Globo, 1984.
- MAIRAL, Héctor. **Control Judicial de la Administración Pública**. V.I. Buenos Aires: Depalma, 1990.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1997.

O RECURSO À “NATUREZA DAS COISAS” NA CONCREÇÃO DAS NORMAS TRIBUTÁRIAS

Maren Guimarães Taborda¹

¹ Doutora e Mestre em Sociedade e Estado em Perspectiva de Integração pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Especialista em Gestão Tributária pela Universidad Castilla La Mancha (UCLM). Professora Titular da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul (Graduação e programa de Mestrado), Professora de Direito Constitucional na Escola Superior de Direito Municipal. Procuradora da Prefeitura Municipal de Porto Alegre. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Tutelas à efetivação dos direitos indisponíveis, Linha Tutelas à efetivação de Direitos Transindividuais. Orcid.org/0000-0002-2947-7983. Endereço eletrônico: tabordamaren@yahoo.com.br. O presente texto é reprodução parcial de: TABORDA, 2018.

1 Introdução

Nas sociedades atuais, espaços de artificialidade e contingência surgidos precisamente por meio de comunicações sociais, nos quais a Administração Pública pode ser descrita como o sistema social da distribuição de poder legítimo e formalizado, a informação passou a ser o mais valioso bem econômico e político, constituindo-se o que hoje se chama ‘sociedade da informação’ (DE GIORGI, 1998, p. 24; DE GIORGI, 2013, p. 125-126; TABORDA, 2014, p. 188). As novas tecnologias da informação e da comunicação penetraram a vida social, econômica e política e transformaram profundamente nosso modo de vida, isto é, a organização social e a realização de determinados valores. A informação, recurso estratégico, bem imaterial na sociedade de mercado, é objeto de transações econômicas e resta submetida à regulação pelo Direito. A normalização (no sentido dar normas) dos bens digitais, no âmbito das relações entre o Fisco e o Contribuinte, está a reclamar uma teoria geral do Fisco que contemple não só a tributação (a relação constitucional tributária², fundada no preceito da capacidade contributiva), mas também a administração fiscal (a relação de administração fundada no preceito da igualdade formal), que trata não só de arrecadar tributos, mas de toda espécie de receita, quer decora de infrações às leis (sanção), de repasses constitucionais ou seja proveniente da administração dos bens públicos.

Sendo assim, esse estudo procura discutir o caso concreto de regulação normativa que diz respeito às tecnologias da informação no âmbito das relações entre o Fisco e o Contribuinte, tal como a inclusão, na Lista de Serviços anexa à Lei Complementar 157/16, dos serviços de streaming e de elaboração de software. No tema ‘tributação e Estado Democrático’, a partir de caso concreto de atuação da legislação tributária, é objetivo deste ensaio apontar a utilidade da recuperação do conceito clássico de ‘natureza das coisas’ na concretização normativa, de modo a restarem garantidas a coerência e a racionalidade do sistema

jurídico tributário. Para tal fim, organizou-se a exposição, primeiro, descrevendo-se a tributação dos bens digitais, com as modificações trazidas pela Lei Complementar 157/16 (1), para só então advogar a recuperação do conceito de ‘natureza das coisas’ como critério hermenêutico adequado à interpretação das leis tributárias (2). O caminho escolhido para a exposição foi o indutivo (do caso para a tese) e os procedimentos, analítico-comparativos de textos normativos, literatura especializada e decisões judiciais. As conclusões parciais vão sendo expostas ao longo do texto, para restarem articuladas ao final.

2 A tributação dos serviços de mídia digital

A Lista de Serviços apresentada na LC 157/2016 modificou a lista anexa à LC 11/2003 quando autorizou a tributação do serviço de computação em nuvem (cloud computing) – item 1.03, ao dispor que a elaboração de programas de computadores e de jogos eletrônicos é fato gerador de imposto sobre serviços (ISS), “independentemente da arquitetura construtiva da máquina em que o programa será executado, incluindo tablets, smartphones e congêneres” (item 1.04), e, finalmente, quando inclui o item 1.09, relativo aos serviços de streaming.

No primeiro caso, da computação em nuvem, não há dúvida de que se trata de um serviço na acepção constitucional, uma vez que, por ele, uma pessoa – o cliente – tem acesso ao poder de comunicação já existente na web: há a cessão de infraestrutura virtual de Tecnologia de Informação, por exemplo, a hospedagem de máquinas virtuais; a infraestrutura é o serviço (IaaS). As duas últimas hipóteses configuram mais do que uma disponibilização de software, porque, de fato, o que se põe à disposição do cliente é um sem número de serviços. No software convencional, o programa é instalado em uma máquina, há o licenciamento perpétuo: o SaaS (software as a service), ao contrário, se baseia no uso, cobrando-se do cliente apenas as transações de serviço usadas. No particular, paga-se uma assinatura (baseada no tempo), uma taxa fixa, por estação, por

² Os conceitos de relação jurídica de tributação e relação jurídica de administração doravante utilizados são os apresentados por Alfredo Augusto Becker, 1963, p.110 et seq.

determinado período, durante o qual haverá o direito ao uso ilimitado do serviço (MACEDO, 2017, p. 14-15).

A discussão sobre a incidência de ISS no licenciamento de software, considerando-se que há licenciamento de uso do bem intelectual, restou pacificada por decisões do Superior Tribunal Federal (STF) (RE 176.626-SP) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ) (Resp 814.075-MG), ainda sob a égide do regime anterior. Todavia, diante de edições de leis estaduais que puseram tal exação no campo de incidência do imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS), foram propostas várias ações no STF. A primeira delas, a ação direta de inconstitucionalidade (ADI) 1945, proposta pelo PMDB em 1999, contestou dispositivo de lei estadual (Estado do Mato Grosso), quando a transferência eletrônica de software ainda era feita por meio de disquete. A segunda, ADI 5576, ajuizada pela Confederação Nacional de Serviços (CNS), questiona decreto do Estado de São Paulo e, por fim, a última, a ADI 5958, cuja autora é a Associação Brasileira de Empresas de Tecnologia da Informação e Comunicação (BRASSCOM), questiona o Convênio nº 106/2017, que autorizou os estados a cobrarem ICMS nas operações com bens e mercadorias digitais, comercializados por transferência eletrônica. As duas primeiras foram reunidas e pendem de julgamento, segundo informação que consta no sítio do STF na web. A controvérsia estabelecida gira em torno da alegação de bitributação, na medida em que as empresas estão atualmente sujeitas à exação pelo ICMS sobre as operações com software, seja por meio físico, sejam as realizadas por transferência eletrônica de dados, e pelo ISS. Na decisão da Medida Cautelar na ADI 5576, os ministros relatores (Roberto Barroso e Dias Toffoli) entenderam pela competência do ISS, uma vez que não há, aí, fato gerador de ICMS, que consiste em circulação de mercadorias.

De fato, é necessária, neste tópico, a distinção³ entre o que é mercadoria e o que é serviço. O serviço é prestação de bens

imateriais (o imposto onera a circulação da riqueza), é intangível e consiste em uso, utilidade, facilidade e conforto. As mercadorias, ao contrário, são tangíveis e sua titularidade, transferível. O que deve ser percebido da realidade empírica, é que, hoje, quase já não há o uso do conteúdo em suporte físico (disquetes, cds, vídeos) e sim uso do conteúdo em um suporte que é físico. Na dicção do Ministro Sepúlveda Pertence, quando do julgamento do RE 176.626, resta claro que o conceito de mercadoria não inclui os bens incorpóreos, como os direitos. Por conseguinte, as operações de licenciamento ou cessão de direito de uso de programas de computador são operações que têm como objeto um direito “de uso de bem incorpóreo insuscetível de ser incluído no conceito de mercadoria e, conseqüentemente, de sofrer a incidência do ICMS”. Como se vê, a tangibilidade é critério constitucional, de modo que o licenciamento ou cessão de uso de programas de computação é diferente de padronização e encomenda, critérios retirados da lei complementar. Em síntese, é o STF quem vai decidir se licenciamento de software cai no campo de incidência do ISS ou não.

No que diz respeito aos serviços de streaming, estão igualmente estabelecidas controvérsias judiciais e doutrinárias. Em que pesem os processos não terem chegado ainda às instâncias superiores, em todo o Brasil, empresas que disponibilizam, sem cessão definitiva, conteúdo de áudio, vídeo, imagens e textos por meio da web, vem discutindo com os Fiscos municipais a constitucionalidade da inclusão desses serviços como fato gerador de ISS, como na Apelação Cível nº 70077790889, que tramita na 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS). O argumento central do Relator, que negou provimento ao recurso da empresa impetrante do

para os futuros casos semelhantes. Inicialmente, é necessário interpretar as decisões dos tribunais e verificar exatamente o que o Tribunal pretendeu estabelecer como norma para o caso (rule). Todo aquele que pretender negar a aplicação de um precedente a um caso futuro deve demonstrar que nesse caso há uma série de circunstâncias e detalhes concretos (as “distinções”) que se diferenciam das circunstâncias e detalhes que geraram o precedente e, portanto, impedem que esse caso seja considerado como semelhante ao caso que gerou o precedente. Já a parte contrária tentará comprovar o contrário, que essas distinções, ou seja, circunstâncias e detalhes do caso que está sendo julgado, são irrelevantes (secundárias) para a solução do caso, e que, portanto, o precedente deve ser aplicado. Nos casos discutidos, ao se invocar precedentes, não restam identificados os seus fundamentos determinantes, nem fica demonstrado que o caso se ajusta àqueles.

3 A técnica de argumentação por “distinções” (distinctions) é peculiar aos sistemas jurídicos de common law, que buscam, acima de tudo, uma solução justa especificamente para o caso (case law), não havendo a preocupação na formação de um sistema lógico e coerente de decisões que não sejam contraditórias entre si, pois o que se busca é resolver o caso concreto. Pela regra do precedente, uma decisão de um Tribunal Superior vincula, isto é, torna obrigatório o precedente

Mandado de Segurança, foi o de que “é legal a incidência do ISS sobre a atividade de streaming e download, pois envolve obrigação de fazer” (BRASIL, TJRS, 2018).

Andrei Veloso advoga a tese da inconstitucionalidade da inclusão dos serviços de streaming na lista de serviços, pois, segundo seu entendimento, tal atividade não revela uma obrigação de fazer, na medida em que não corresponde a qualquer esforço humano e pessoal praticado em proveito de terceiro. Para o autor, o conteúdo disponibilizado “já existe” e as empresas apenas cedem temporariamente o direito de acesso. Assim, não caberia a tributação pelo ISS, sob pena de subversão do conceito de serviço pressuposto na Constituição (VELOSO, 2017). Tais teses não se sustentam. Primeiro, se o objeto do contrato de streaming é a disponibilização temporária de conteúdo de áudio/vídeo por meio da internet acessada por smartphones, tablets, aparelhos de televisão inteligentes, computadores e outros dispositivos, há um fazer aí, no sentido de ‘pôr à disposição’, e não cessão temporária de direito de acesso àqueles conteúdos disponibilizados.

Da mesma forma, improcede a alegação de que não há um fazer pessoal e humano em tal contratação, principalmente em uma época (como a de hoje), em que as máquinas fazem tudo por seres humanos e, às vezes, se revestem de forma humana (robôs). O que interessa, no caso, é o fenômeno da imputação: mesmo que toda a cadeia de uma atividade esteja automatizada, sempre há uma pessoa (imputação do Direito) que é responsável pela mesma e que dela tira proveito econômico. Consequentemente, reconhece-se que há, na contratação, um prestar, um serviço que revela a capacidade contributiva de alguém que põe ao alcance de outrem, onerosamente, um uso, uma facilidade, utilidade ou conforto. Sob esse aspecto, é dever do legislador tributário conformar tal âmbito da realidade.

Diante da complexidade da realidade da tributação, cabe à lei complementar dispor sobre conflitos de competência entre as entidades tributantes, regular as limitações constitucionais ao poder de tributar e estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária. É ao legislador complementar, invocando a

norma contida no artigo 146, III, da Constituição, que cabe definir um tributo e suas espécies “desde que seja para dispor sobre conflitos de competência” (BARROS CARVALHO, 1993, p. 139). Poderá, também, mexer no fato gerador, na base de cálculo e nos contribuintes de determinado imposto, e definir a lista de serviços sobre os quais incide o ISS (essa última possibilidade é construção pretoriana). O legislador municipal é livre para criar e disciplinar o ISS, somente contido pelo próprio texto constitucional, tanto que é reconhecida, pelo Judiciário, a interpretação extensiva da lista de serviços.

Tal tributo é um imposto (vincula-se a uma situação de fato que se constitui em objeto de imposição, enquanto considerada manifestação direta ou indireta de certa capacidade contributiva, isto é, uma situação que se refere exclusivamente à pessoa do obrigado e à sua esfera de atividade, sem relação alguma, nem sequer de fato, com a atividade do poder público) que recai sobre a circulação de serviços de qualquer natureza, compreendendo-se por serviço a venda de bens imateriais (noção econômica), isto é, bens que não têm extensão corpórea e são permanência no espaço, e não a simples atividade decorrente de contratos de ‘prestação de serviços’ (fornecimento de trabalho). Como todo imposto, o ISS é instrumento estatal para a captação de parte da riqueza produzida pela comunidade, que a ela retornará ou sob a forma de serviços públicos ou para custear os encargos estatais. Operações de prestação de serviços a terceiros realizadas com habitualidade, remuneração e finalidade de lucro são situações fáticas que se consubstanciam no fato imponible do ISSQN (MORAES, 1975, p.42, 121).

A doutrina tributarista brasileira tem se esforçado para construir respostas sistemáticas para a solução das controvérsias que surgem a propósito da interpretação e aplicação das normas tributárias e fiscais e para discutir as bases de uma reforma tributária em curso no país. Eurico De Santi, por exemplo, com fundamento na obra de Frydman, defende a utilização de normas técnicas para a regulação de relações pessoais e procedimentais, e aduz que é o momento de repensar a relação dessas normas e as regras jurídicas, na medida em que, segundo

ele, “o Direito não pode responder a certas demandas da sociedade, principalmente após o início da globalização”. Assevera, ainda, que tais normas decorrem da própria natureza das coisas, ou seja, das necessidades da vida social (SANTI, 2017). Todavia, o jurista não explicita o que são as referidas normas técnicas e nem o que entende por ‘natureza das coisas’. Por conseguinte, é preciso compreender o conceito de ‘natureza das coisas’ tal como formulado pela teoria do direito, assumindo que é possível utilizá-lo na solução dos casos práticos (na tarefa de interpretação e aplicação do Direito) ou como fonte de direito subsidiária ou como parâmetro crítico, para discutir a correção de decisões concretas dos tribunais.

3 Sobre o conceito de “natureza das coisas”

A expressão “natureza das coisas” aplicada à teoria das fontes do direito pode significar muitas coisas, e não há acordo sobre o seu conteúdo ou mesmo sobre a sua função. A finalidade das teorias sobre a natureza das coisas está em criticar as ideologias que o racionalismo engendra e “restaurar, no campo do direito, o método de observação dos fatos sociais” (VILLEY, 1978, p. 45). Na noção de natureza dos modernos está incluído o mecanismo vinculante dos fenômenos materiais entre si – relações de causalidade eficiente –, e, assim, não se pode atribuir à natureza mais do que papel secundário, uma vez que não tem a função de ‘fonte do direito’. Ao jurista criador de normas, a natureza das coisas oporá certas condições à sua fantasia: “o Parlamento inglês pode fazer tudo, menos transformar um homem em mulher.” Se somos livres para eleger os fins, a natureza das coisas nos indica os meios possíveis. Mas isso é apenas uma barreira frágil, pois pouca coisa é indicar ao legislador os meios possíveis, já que muitas coisas são “possíveis”: “Hitler pôde, sem que aparentemente lhe proibissem as leis da natureza das coisas, enviar todos os judeus aos fornos crematórios” (VILLEY, 1978, p. 38).

Reduzido a um papel subsidiário, de limite à arbitrariedade do homem na criação do direito, o conceito de natureza das

coisas aparece também esboçado na obra da jurisprudência romana, ainda que seu pensamento fosse mais conectado à filosofia adversa (D.49.8.3,1)⁴. Tal concepção minimizadora é solidamente arraigada nos nossos hábitos de pensamento. Montesquieu, tributário da mesma filosofia racionalista, reconhece à “natureza das coisas” um papel mais importante e absorvente. “As leis, no seu sentido mais amplo, são relações necessárias que derivam da natureza das coisas e, nesse sentido, todos os seres têm suas leis”, assevera na abertura do Livro I (MONTESQUIEU, 1979, p. 23). Segundo tal entendimento, as ciências causais absorvem toda a liberdade e, sob um nome novo, afirma-se um direito natural, “ditado por natureza” que afoga a liberdade do legislador sobre um determinismo natural.

O jusnaturalismo moderno (dos séculos XVII e XVIII), por outro lado, deforma o conceito clássico de “natureza das coisas” por que concebe o direito natural como um direito deduzido da razão humana, e acaba confundindo o direito natural com o direito racional. Com efeito, isso é um contrassenso, na medida em que, se o direito natural fosse verdadeiramente um direito da razão, a noção de natureza das coisas seria diretamente contrária a ele, já que, nos termos do conceito clássico (aristotélico-tomista), o direito deve ser retirado da observação de toda a natureza, que é mutável, e de nenhum modo da razão humana. Ademais, há um segundo contrassenso em tal aproximação, pois, se por direito natural se entende um conjunto de normas expressas constituídas de uma vez para sempre pela razão, no coração do método da natureza das coisas está a adaptação às novas situações. Por isso, é aqui essencial a volta à tradição, recomendada por Gény, para sumariar a noção clássica de “natureza das coisas” que dominou o espírito dos juristas até pelo menos o século XIV e encontra a sua explicação no sistema filosófico do direito natural clássico e na jurisprudência romana (GROSSI, 1991, p. 30). Ainda que os clássicos reconheçam um lugar considerável ao direito positivo, emanado do poder legislativo, consideram ser o direito posto também fundado na

4 Paulo. Respostas, livro XVI – “(...) sem causa se apela da sentença a que não se pode obedecer pela natureza das coisas” (GARCÍA DEL CORRAL, 1989, p. 826)

natureza das coisas, já que, por natureza, existem as cidades e, nelas, os dirigentes encarregados de ordenar a convivência humana através de normas precisas. É precisamente a conciliação entre uma concepção mínima e uma concepção máxima de natureza das coisas que o projeto do pensamento contemporâneo, de retomada da filosofia clássica, busca. Tal movimento não bate de frente, contudo, com o positivismo jurídico, porque tão somente busca conciliar posições contrapostas.

No pensamento contemporâneo, há os que, como Gény e Larenz, aduzem ser o conceito de "natureza das coisas" uma verdadeira fonte de direito subsidiário, capaz de fazer frente às insuficiências da lei, e os que, como Poulantzas, lhe reconhecem um caráter principal (POULANTZAS, 1965, p. 15). Larenz assevera que o conceito de "natureza das coisas" diz respeito ao conhecimento do ser e do dever-ser, do ser material e do ser espiritual, da realidade e do valor. Segundo ele, na "natureza das coisas" reside um subsídio que transcende a mera facticidade e penetra no que é suscetível de sentido e de valor. As coisas invariáveis do homem devem ser consideradas pelo Direito. Em conexão com a igualdade, a observação da natureza das coisas exige uma discriminação materialmente adequada. Critério teleológico-objetivo de interpretação, a consideração da natureza das coisas entra em questão sempre que não se possa supor que o legislador tenha querido desatendê-la. Quando a imputação legal falseia de modo grosseiro a natureza das coisas, a jurisprudência dos tribunais pode corrigir isso mediante o desenvolvimento do direito judicial, superador da lei. Se o legislador passar por cima ou depreciar a natureza das coisas, configurando o mundo conforme seus desígnios arbitrários, terá a regulação corrigida pelos tribunais. Advém daí que, para Larenz, o conceito de natureza das coisas é critério para saber se uma diferenciação é materialmente adequada, serve para o preenchimento de lacunas da Constituição e das leis. As deduções a partir do conceito requerem uma solução com exclusão de outras possibilidades de solução materialmente adequadas (LARENZ, 1989, p. 242 et seq).

Já a tese de Poulantzas é, ela mesma, sobre a dialética do fato e do valor, isto é, sobre a ontologia jurídica que constitui

o centro do conceito de "natureza das coisas". Em seu projeto, Poulantzas procura fazer um amplo estudo ontológico do direito, em combinação com o pensamento weberiano e empregando a síntese do marxismo com a fenomenologia existencialista. Afirma ele que é possível produzir uma teoria do direito natural fundada na unidade dialética entre o fato e o valor, pois o homem pode existir e agir em virtude dos valores que estão embutidos em seus projetos, e tais valores existem por que o homem existe. Daí que o direito pode ser concebido como uma estrutura feita tanto de fatos quanto de valores, verbis:

[...] é a existência concreta e a práxis humana, a natureza das coisas como a totalidade histórica do fato e do valor, que estruturam geneticamente os critérios axiológicos da avaliação de uma ordem jurídica positiva. [...] Esses valores não constituem um universo utópico qualquer, ditado por uma pretendida essência humana, eles constituem ao mesmo tempo de 'dados' e de 'tarefas' que o homem descobre na medida em que ele existe historicamente e 'praticamente', na medida em que se crê em novas condições de existência de práxis. Esses valores podem ser designados como direito natural, porque é precisamente em 'função' deles que o direito positivo é avaliado além de uma veneração do fato realizado (POULANTZAS, 1965, p. 348-349)

O que há em comum a todas estas teses é a reação contra os excessos do culto ao texto e à abstração jurídica. À noção clássica de "natureza das coisas" se agrega ainda o conceito contemporâneo de "estrutura do âmbito material regulado", que são os dados factuais, em relação aos quais nem o legislador pode alterar o que quer que seja e que ele toma em consideração de modo racional quando vai elaborar qualquer regulação. A questão de se saber qual é a interpretação materialmente adequada só pode ser respondida se for tomada em consideração na sua especificidade e na sua estrutura particular a coisa de cuja regulação se trata a norma ou complexo de normas. Isso se torna claro quando uma norma ou complexo

de normas quer regular um extenso setor da vida sem que se possam retirar da lei indicações mais concretas sobre a delimitação desse setor (norma relativa à empresa, à ciência, à arte, à concorrência, às profissões liberais, ao regime dos seguros, às telecomunicações, às mídias digitais, etc.). Friederich Müller criou a expressão “domínio da norma” para esses setores a que está orientada uma regulação (o segmento da realidade social na sua estrutura fundamental, que o programa da norma escolheu ou criou parcialmente como âmbito de sua regulação) a partir da observação de que a norma jurídica não é nenhuma forma vertida autoritariamente na realidade, mas uma consequência ordenadora e disciplinadora a partir da estrutura material do próprio setor social regulado (MÜLLER, 1993, p. 189-197).

A consequência disso é que as estruturas materiais previamente dadas acabam por ser critérios objetivos de interpretação. Em caso de dúvida, presume-se que a lei tentou fazer uma regulação materialmente adequada, pois o legislador não pode conscientemente se sobrepor a tais estruturas, sob pena do resultado ser manifestamente absurdo. Em ampla medida, as estruturas materiais do domínio da norma são idênticas à natureza das coisas, pois, se o jurista liga ao conceito de natureza das coisas a concepção de uma ordem ancorada nas coisas, isto é, nas próprias relações da vida, há um elemento normativo a extrair do próprio ser. Para a concepção de “domínio da norma”, se o setor da vida é regulado, a regulação só é materialmente adequada enquanto se ajuste à sua estrutura material: o “se” de uma regulação não pode ser questionável, mas apenas o seu “como”, dentro do quadro já traçado. Quando a natureza das coisas desenha uma regulação, isso também é um critério de interpretação teleológico-objetivo.

Na dimensão real/fática, a preocupação dos juristas é a eficácia social; na dimensão ideal/crítica, a tônica é posta no aspecto da correção moral das decisões jurídicas. Daí, passa a ser importante a teoria do discurso e da argumentação, que faz valer a tese de que entre demonstrabilidade e arbitrariedade exista o terceiro elemento, qual seja, a racionalidade: “racional

é quem submete seus juízos morais a uma argumentação racional,” já argumentou Alexy (2013).

4 Considerações finais

Com edição de norma nacional incluindo os serviços de mídia digital no suporte fático do ISS, o staff jurídico passa a discutir a constitucionalidade da lei, com os argumentos de que não há, na contratação do streaming, por exemplo, “um fazer pessoal e humano”, objeção que pode ser facilmente contrastada com a realidade da nossa época, em que as máquinas fazem tudo por seres humanos e, às vezes, se revestem de forma humana (robôs), e não muda o fenômeno da imputação: mesmo que toda a cadeia de uma atividade esteja automatizada, sempre há uma pessoa (imputação do Direito) que é responsável pela mesma e que dela tira proveito econômico. Consequentemente, reconhece-se que há, na contratação, um prestar, um serviço que revela a capacidade contributiva de alguém que põe ao alcance de outrem, onerosamente, um uso, uma facilidade, utilidade ou conforto.

A outra objeção diz respeito ao licenciamento de software, sob o argumento de que este cairia no campo de incidência do ICMS. No caso específico, feita a distinção entre ‘mercadoria’ e ‘serviço’, o STF já entendeu, preliminarmente, pela competência do ISS, uma vez que não há, aí, fato gerador de ICMS, que consiste em circulação de mercadorias. O critério constitucional da distinção é a tangibilidade, de modo que o licenciamento ou cessão de uso de programas de computação é diferente de padronização e encomenda, critérios retirados da lei complementar. Em síntese, é o STF quem vai decidir se licenciamento de software cai no campo de incidência do ISS ou não.

Nos termos da Constituição da República, é dever do legislador tributário conformar tal âmbito da realidade, definindo um tributo e suas espécies. Dele, deve ser exigido que observe os dados da realidade empírica que conformam o âmbito da vida que pretende regular, sob pena de produzir uma normati-

vidade materialmente inadequada. No caso particular, a lei teve que retirar do setor das mídias digitais as indicações concretas de disponibilização de um sem número de serviços. No software convencional, o programa é instalado em uma máquina, há o licenciamento perpétuo: o SaaS (software as a service), ao contrário, se baseia no uso, cobrando-se do cliente apenas as transações de serviço usadas. Neste caso, paga-se uma assinatura (baseada no tempo), uma taxa fixa, por estação, por determinado período, durante o qual haverá o direito ao uso ilimitado do serviço. É o caso do contrato de streaming – disponibilização temporária de conteúdo de áudio/vídeo por meio da internet acessada por smartphones, tablets, aparelhos de televisão inteligentes, computadores e outros dispositivos. O legislador entendeu que há um fazer aí, no sentido de “pôr à disposição”, e não cessão temporária de direito de acesso àqueles conteúdos disponibilizados.

Por conseguinte, diante da realidade empírica dos licenciamentos e elaboração de software, feitos diretamente “pela nuvem” e a forma como operam os diversos serviços de streaming, e, em face da magnitude econômica do mercado digital, não poderá haver dúvidas no sentido de que é devido ISS sobre tais operações. O legislador tributário, no exercício de sua competência constitucional, assim o delimitou claramente, e esse é o primeiro fundamento racional de tal decisão. O segundo, é o de que, ao assim dispor, produziu uma regra materialmente adequada, isto é, que observou a “natureza das coisas” ou o “domínio da norma” do setor da vida social que pretendeu regular, pois considerou os dados da natureza empírica das operações econômicas, ao incluí-las no fato gerador de ISS.

Referências

ALEXY, Robert. **Minha Filosofia do Direito**. Registro de Palestra realizada em 2013, na Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria Geral do Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva, 1963.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva, 1993.

DE GIORGI, Raffaele. **Direito, Democracia e Risco. Vínculos com o Futuro**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

DE GIORGI, Raffaele. A Administração Pública na Sociedade Complexa. **Revista da Faculdade de Direito da FMP**, n. 8. Porto Alegre: FMP, 2013, p. 119-128.

FGV DIREITO-SP. **Observatório da Reforma Tributária**. Disponível em: <https://direitosp.fgv.br/node/43712>. Acesso em: 28 nov. 2018.

GARCÍA DEL CORRAL, Ildelfonso. **Cuerpo del Derecho Civil Romano**. Ed. Facsímile. Valladolid: Lex Nova, 1989. t. 3.

GROSSI, Paolo. Pagina Introdutiva (Ripensare Gény). **Quaderni Fiorentini. Per la storia del pensiero giuridico moderno. n. 20. François Gény e la scienza giuridica del Novecento**. Milano: Giuffrè, 1991

MACEDO, Alberto. **Tributação de softwares pelo ISS e os potenciais conflitos com o ICMS**. Disponível em: https://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/arquivos/tributacao_de_softwares_pelo_iss_e_os_potenciais_conflitos_com_o_icms_19.04.2017_v.2_0.pdf. Acesso em: 27 nov. 2018.

MORAES, Bernardo Ribeiro. **Doutrina e Prática do Imposto Sobre Serviços**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1975.

MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis**. São Paulo: Abril Cultural, 1979 (Coleção Os Pensadores).

POULANTZAS, Nicos. **Nature des choses et Droit**. Essai sur la dialectique du fait es de la valeur. Paris: Librairie Général de Jurisprudence, LGDL, 1965.

SANTI, Eurico Marcos Diniz de; PEROBA, Luiz Roberto; ALHO NETO, João. **Tributação na Era Digital. Projeto Nossa Reforma Tributária: Desafios da era digital**. São Paulo: FGV, 2017. Disponível em: <http://santiadvblog.blogspot.com/2017/10/nossa-reforma-tributaria-desafios-da.html>. Acesso em: 27 nov. 2018.

TABORDA, Maren Guimarães. Administração Fiscal na Sociedade Complexa. O caso da constituição dos créditos não tributários no

Município de Porto Alegre. In: NERY, Cristiane da Costa; CAMPELLO, Geórgia. (Org.) **Direito Municipal em Debate**. Belo Horizonte: Fórum, 2014. v. 2.

VELOSO, Andrei Pitten. Reforma do ISS (LC 157/2016): tributação de novas tecnologias e combate à guerra fiscal entre os Municípios. **Jornal Carta Forense**, São Paulo, 2 fev. 2017. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/reforma-do-iss-lc-1572016-tributacao-de-novas-tecnologias-e-combate-a-guerra-fiscal-entre-os-municipios/17321>.

Acesso em: 27 nov. 2018.

VILLEY, Michel. **Metodo, Fuentes y Lenguaje Juridicos**. Buenos Aires: Ghersi Editor, 1978.

FRANK E O ROBÔ: A ROBÓTICA E A HIPERVULNERABILIDADE DO IDOSO

FRANK AND THE ROBOT: ROBOTICS AND THE HYPERVULNERABILITY OF THE ELDERLY

Cristina Stringari Pasqual¹

¹ Doutora e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Especialista em Processo Civil pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Professora da Graduação e Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul (FMP). Advogada.

Resumo

O estudo de robótica tem se mostrado de grande relevância ao Direito em virtude das repercussões que sua utilização pode gerar. Entre elas está a influência que os robôs podem exercer sobre os hipervulneráveis. Tomando por ponto de partida o filme Frank e o Robô, lançado no ano de 2012, o presente artigo apresenta algumas reflexões sobre a importância de buscar uma efetiva tutela do idoso frente ao uso da robótica, em especial os robôs de cuidado pessoal.

Palavras-chave: Tutela do idoso. Hipervulnerabilidade do idoso. Robótica.

Abstract

The study of robotics has been of high relevance to law due to the repercussions that its use can generate. Among them is the influence that robots can exert on hyper vulnerable people. Taking into consideration the movie Frank and the Robot, released in 2012, this article presents some reflections on the importance of seeking adequate protection of the elderly against the use of robotics, especially the personal care robots.

Keywords: Guardianship of the elderly. Hypervulnerability of the elderly. Robotics.

1 Introdução

O filme Frank e o robô desenvolve-se em um futuro próximo à sua época, descrevendo a relação que se forma entre um idoso e um robô². Talvez hoje, passados aproximadamente seis anos de seu lançamento, possa-se dizer que o filme é capaz de retratar uma realidade, pois não é mais ficção a utilização de robôs como cuidadores³.

O filme relata a vida de Frank, um aposentado divorciado, pai de dois filhos adultos, que vive só, e que manifesta sinais de demência, atrapalhando-se com pequenas tarefas do dia a dia e esquecendo-se de fatos ocorridos.

A fragilidade de Frank preocupa seu filho, que acredita que o pai não tem condições de ficar sem companhia. Assim, a fim de evitar a internação de Frank em uma clínica geriátrica, opta por comprar um robô que, apesar de não ter características humanoides, anda, fala e é programado para cuidar da casa e da saúde física e mental de seu dono.

Frank, em um primeiro momento, rejeita a nova companhia, mas com o tempo acaba se apegando ao robô-cuidador, desenvolvendo-se uma relação de "amizade" e "cumplicidade" entre ambos. Surge uma impensada relação entre homem e máquina, e, com ela, o personagem principal revive seu passado transgressor, trazendo-lhe novo ânimo, planejando um furto, o que, pelo robô, não é recebido como uma ideia inviável, afinal ele não tem como avaliar a existência de uma conduta contrária à lei, pois isso não faz parte de sua programação, a qual foi composta pelos dados necessários para manter seu dono ocupado e saudável.

² Filme norte americano, dirigido por Jake Schreier, lançado em 12 de agosto de 2012.

³ A empresa Soft Banck Robotics criou um robô humanoide que já é utilizado em casas de repouso. O robô se chama Pepper e consegue reagir e conversar segundo a interpretação que faz sobre o paciente. Como mostra a reportagem publicada em <https://institutomongeralaeagon.org/tecnologia/robo-cuidador-de-idosos> (acesso em 08.02.2019). Também há na Holanda a robô Tessa criada pela empresa Tinybots que usa tecnologia de voz e estímulos musicais para ajudar idosos com deficiência. Veja em <https://revistapegn.globo.com/Startups/noticia/2018/01/empresa-da-vida-um-robo-cuidador-que-ajuda-idosos.html> (Acesso em: 08 fevereiro 2019.). Sobre as tecnologias de assistência para idosos, com informações sobre diversos robôs já desenvolvidos e utilizados como cuidadores ver por todos CARMO; ZAZZETTA; COSTA. 2016, p. 59-66.

O pano de fundo do filme, e que o torna instigante, é a repercussão que pode surgir da relação entre um idoso e um robô, o qual mesmo não tendo uma aparência de humano, ao falar e se deslocar facilmente, acaba por criar em Frank uma sensação de cuidado, proximidade, fazendo surgir um vínculo forte entre ele e o robô, emoções consideradas comuns entre pessoas humanas, pois têm sentimentos, mas evidentemente sem reciprocidade.

A fragilidade resultante da debilidade física e emocional de Frank faz com que ele, a partir de um certo momento, em virtude da empatia que sente pela máquina, não seja capaz de identificar que um robô não sente, não cria afetos, mas simplesmente segue sua programação, podendo, no máximo, em virtude dos mecanismos que compõem a inteligência artificial, ter respostas e atitudes inesperadas, pois são capazes de reagir de acordo com o ambiente.

O filme traz à tona questões que merecem ser debatidas nas mais diversas áreas, inclusive, no âmbito jurídico, pois não pode o Direito afastar-se da realidade social, mas deve sim proporcionar respostas às novas situações postas em sociedade. Como a utilização de robôs cuidadores de idosos não é mais uma ficção futurista, mas uma realidade que traz questionamentos valorativos, não pode o Direito deixar de intervir. A questão é identificar como isso deve ocorrer, e se no Brasil o arcabouço legislativo é suficiente para a proteção do idoso frente às inovações tecnológicas e, em especial, a robótica e a inteligência artificial. Essa é a reflexão que pretendemos aqui desenvolver.

2 A hipervulnerabilidade do idoso

A finitude humana é algo inevitável. O ser humano nasce, se desenvolve e morre. O que claramente hoje tem se identificado, todavia, é que apesar das desigualdades sociais continuarem existindo, a expectativa de vida humana tem aumentado. O meio social em que a pessoa vive e a situação econômica, assim como dos avanços da medicina, são a consequência desse au-

mento gradativo da população idosa⁴. E a maior longevidade faz com que cresça ainda mais a visibilidade dos idosos e com que se legitimem suas demandas.

Como consequência de tal realidade, foi sendo observada mundialmente uma crescente preocupação com a tutela do idoso, reconhecendo-se a necessidade de uma tutela especial, em face da fragilidade inerente ao avanço da idade, resultante dos efeitos biológicos e psíquicos do gradativo envelhecimento.

O marco mundial ocorreu em 1978, quando, por meio da Resolução 33/52 da Assembleia Geral da ONU, de 14 de dezembro de 1978, decidiu-se pela convocação, para 1982, de uma assembleia mundial sobre o envelhecimento, objetivando dar início a um plano internacional para garantir a segurança econômica e social das pessoas de idade avançada, sendo então aprovado o texto da Recomendação nº 18, do Plano de Ação de Viena sobre Envelhecimento, no qual constaram diversas garantias, incentivos e facilitações que os países deveriam promover aos idosos⁵.

No Brasil, nem sempre foi reconhecida a necessária proteção especial aos idosos. Foi com a Constituição Federal de 1988 que se identificou uma efetiva preocupação em tutelar esse grupo, estabelecendo o artigo 230 da Carta Magna que “o Estado tem o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes a vida”. Foi com o reconhecimento constitucional da fragilidade do idoso, de sua vulnerabilidade⁶, que se materializou a imposição de uma proteção especial a esse ser humano portador de uma debilidade física e mental que vai surgindo em decorrência do tempo.

4 Segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS), entre os anos de 2000 e 2015 a expectativa de vida aumentou cinco anos globalmente, sendo tal evolução a mais rápida desde a década de 1960. Sobre o tema ver: <https://nacoesunidas.org> (acesso em 08.02.2019). A previsão para 2050 é de que haverá dois bilhões de pessoas no mundo com 60 anos, sendo que o Brasil será o sexto país do mundo em idosos até 2025. Sobre o tema. Ver CARMO; ZAZZETTA; COSTA, 2016, p. 48.

5 Ver por todos SCHMITT, 2014, p. 218.

6 VASCONCELOS; MAIA, 2016, p. 243-271.

A partir da previsão constitucional brasileira foram surgindo leis no âmbito federal⁷ estabelecendo direitos especiais ao idoso no intuito de proporcionar-lhe um efetivo tratamento isonômico. Mas foi em 2003 que se aprovou no Brasil a legislação que consagrou ao idoso o status de hipervulnerável⁸, viabilizando plenamente o já instituído constitucionalmente, ou seja, uma proteção especial da intrínseca debilidade fundada na faixa etária do sujeito considerado idoso⁹.

O Estatuto do Idoso, Lei 10.741/2003, fixou o critério etário para o reconhecimento do que juridicamente seria reconhecido como idoso, considerando-o aquele com idade igual ou superior a sessenta anos (art. 1º). Destacou que, além de ser titular de todos os direitos fundamentais constitucionalmente reconhecidos, deve ter asseguradas “todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade” (art. 2º). Também determinou que se garanta com total prioridade “a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária” (art. 3º).

A Lei nº 10.741/2003 instituiu um microsistema legislativo que trouxe não só normas de cunho geral, enumerando seus direitos fundamentais e especiais, mas também medidas de proteção e fiscalização com previsão de punições, assim como regras de acesso à justiça, de tutela de interesses coletivos e tipificação de crimes com suas respectivas sanções.

Reconheceu o Estatuto a vulnerabilidade agravada¹⁰ do idoso com base em critérios biológicos¹¹, considerando que a idade lhe coloca em uma posição deficitária, sendo por isso merecedor de uma proteção especial. A disciplina legislativa trazida pelo microsistema visa equilibrar as relações jurídicas estabelecidas com idosos, a fim de garantir-lhes dignidade, solidariedade, igualdade real, justiça e liberdade¹². Assim, em toda e qualquer relação jurídica que tenha por partícipe um idoso, necessário se faz um olhar jurídico a partir não só da Constituição Federal, mas também da legislação protetiva desse grupo vulnerável (Estatuto do Idoso), em conjunto com outras leis que tenham também aplicação ao objeto da relação in concreto (v.g. o Código de Defesa do Consumidor)¹³.

Podemos dizer que o idoso pode ter uma vulnerabilidade biológica, a qual pode ser agravada por seu “ciclo vital”¹⁴, mas que também pode ser intensificada por questões psicológicas, culturais, sociais, ambientais e até mesmo afetivas, sendo possível assim falar-se na hipervulnerabilidade decorrente de um processo “biopsicossocial”¹⁵.

Frente a tal realidade, imprescindível um olhar cauteloso a toda e qualquer relação jurídica entabulada por um idoso, e, por isso, o uso das novas tecnologias postas em sociedade traz à tona o questionamento de se o que hoje há no Brasil em matéria legislativa é suficiente para garantir a proteção efetiva da hipervulnerabilidade decorrente do envelhecimento, em especial em face da utilização de robôs como instrumentos ou ferramentas

7 Como a Lei nº 8.742/1993, Lei Orgânica da Assistência Social, a Lei nº 8.842/1994, que estabeleceu uma política nacional para a tutela do idoso, objetivando assegurar seus direitos sociais no intuito de promover-lhe “autonomia, integração e efetiva participação na sociedade”; a Lei nº 10.048/2000, que estabeleceu a prioridade de atendimento de idosos em repartições públicas e concessionárias de serviços públicos; e, a Lei nº 10.173/2001, impondo a preferência na tramitação de processos judiciais.

8 Expressão consolidada na doutrina e na jurisprudência. No ano de 2009, foi proferida no Superior Tribunal de Justiça (STJ) a primeira decisão referindo a expressão hipervulnerabilidade. A discussão estabelecida em juízo dizia respeito à interpretação a ser dada à norma na tutela dos indígenas. REsp n. 1.064.009 – SC. Segunda Turma, Relator Ministro Herman Benjamin, DJ 27.04.2011.

9 Assim, BARLETTA, 2010, p. 118.

10 Segundo Adalberto Pasqualotto e Flaviana Rampazzo Soares, “a hipervulnerabilidade representa a vulnerabilidade agravada, e essa intensificação da suscetibilidade ao dano pode provir de distintas fontes, decorrentes de fatores de duração permanente ou temporária, a considerar condições individuais ou coletivas, com potencialidade de gerar a hipervulnerabilidade” (2017, p. 81-10).

11 Importa, entretanto, ressaltar o referido por Cláudia Mara de Almeida Rabelo Viegas e Marília Ferreira de Barros ao afirmarem ser difícil determinar ao certo o idoso por um critério etário exclusivamente, pois o envelhecer é uma característica individual de cada pessoal, estando suas condições não só ligadas à idade cronológica, notando-se na sociedade diferenças significativas relacionadas à saúde e fatores sociais e econômicos. VIEGAS, 2016, p. 168 – 201.

12 VASCONCELOS; MAIA, 2016, p. 172.

13 Como destaca SCHMITT, 2014.

14 Expressão utilizada por RINCO; LOPES; DOMINGUES, 2012, p.87.

15 RINCO; LOPES; DOMINGUES, 2012, p. 95.

para o acompanhamento ou tratamento de necessidades especiais demandadas pelos idosos.

3 A robótica e a tutela jurídica do idoso: primeiras reflexões

O desenvolvimento da tecnologia trouxe consigo uma revolução social inquestionável. Permitiu o acesso a novos conhecimentos, a agilidade na produção e um maior crescimento econômico.

Durante muito tempo, a internet foi considerada um grande marco no desenvolvimento tecnológico, afinal ela proporcionou a redução das distâncias, a comunicação instantânea e a obtenção de dados e informações a um custo menor e em menos tempo. Atualmente, em matéria de inovação tecnológica, o tema de destaque diz respeito às tecnologias emergentes, estando entre elas a robótica e a chamada inteligência artificial.

Os robôs já há muito tempo vem ocupando os mais diversos setores da economia. A Coreia do Sul, Singapura e Japão ocupam as primeiras posições em número de robôs por habitante, mas países da Europa e os Estados Unidos também apresentam números significativos¹⁶. Os robôs foram inicialmente concebidos para serem máquinas industriais, visando auxiliar o trabalho humano, proporcionando maior produtividade com redução de custos, executando tarefas absolutamente mecanizadas. Atualmente, entretanto, já estão chegando no setor de serviços¹⁷ e comércio, como no caso do xrobô¹⁸, e até mesmo na vida doméstica das pessoas.

Com o desenvolvimento da inteligência artificial para a robótica, a execução de atividades que outrora eram impensáveis, vistas como passíveis de serem executadas somente por

16 Veja reportagem publicada na revista Veja acerca dos dez países mais robotizados do mundo. <https://veja.abril.com.br/tecnologia/conheca-os-10-paises-mais-robotizados-do-mundo/>. Acesso em: 08 fevereiro 2019.

17 BORGE, 2017, p. 123.

18 Ver sobre o item, <http://xrobo.com.br/>. Acesso em: 08 fevereiro 2019.

humanos, tornaram-se realidade¹⁹. No caso de robôs criados para cuidados pessoais, há até mesmo aqueles que exercem a função de “companheiro emocional do proprietário”, podendo falar com ele, como também entender e expressar as emoções humanas²⁰.

O desenvolvimento da robótica tem atingido tamanha velocidade que hoje em dia muitos robôs apresentam aparência semelhante à de um humano, como o caso de Sophia, criado pela Hanson Robotics²¹, com comportamento flexível, capazes de manter um diálogo e de apresentar opiniões e decisões²². Dotados de inteligência artificial, tornam-se autômatos, executam atividades que vão além do programado por um computador, tendo capacidade de fazer escolhas e de aplicá-las independentemente de controle ou influência externa, mas a partir dos dados que captam²³. Os robôs estão superando os seres humanos em muitas dimensões e aspectos²⁴.

Essas máquinas, dotadas de uma tecnologia crescente, saíram da ficção, dos filmes e livros, e passaram a ocupar um espaço na vida real das pessoas; essa nova realidade traz uma série de questionamentos nas mais diversas áreas da ciência, como a economia, a filosofia, a psicologia, a ética e o direito, cada qual destacando a complexidade dos efeitos que podem surgir em cada um dos seus setores. Fala-se agora em “segunda era das máquinas” ou em “indústria 4.0” para descrever esta nova fase mundial²⁵.

No que diz respeito à assistência às pessoas, como se dá no caso dos robôs para cuidados domésticos e pessoais, a análise ético-jurídica é fundamental, em especial quando o sujeito da relação é um hipervulnerável, como se identifica no caso do idoso, impondo-se uma cautela redobrada para que não sejam

19 PALMERINI, 2017, p. 02.

20 Nesse sentido ANDRÉS, 2018, p. 2.

21 A cerca do robô Sophia, ver https://www.hansonrobotics.com/wp-content/uploads/2018/09/gds_Sophia_D058.jpg. Acesso em: 08 fevereiro 2019.

22 ASIS, 2013, p. 8.

23 Assim, COSTA FELIPE, 2017, p. 155.

24 CROVI, 2018, p. 139.

25 Assim, CROVI, 2018, p. 139.

lesados os direitos de personalidade do mesmo, para que sua dignidade seja preservada.

Não se pode admitir que o idoso seja excluído na vida social e familiar, afastando-o do convívio humano, sob o pretexto de que existem tecnologias que permitem um cuidado mais qualificado para a saúde do idoso²⁶. Mais, a imposição de um convívio contínuo entre máquina e idoso pode indiscutivelmente ensejar a criação de uma relação afetiva entre homem e máquina, como claramente demonstrado na ficção Frank e o Robô, mas é indiscutível que, mesmo que dotados de inteligência artificial, os robôs jamais serão capazes de desenvolver sensibilidade ou afeto, pois só o ser humano é detentor de tal capacidade.

Reflexões e debates importantes sobre a robótica e direito já têm sido identificadas nos países mais desenvolvidos. Um grande exemplo disso é o RoboLaw²⁷, projeto europeu de pesquisa sobre robótica e suas repercussões legais, éticas, sociais e técnicas, o qual objetivou discutir se os marcos jurídicos existentes e vigentes são adequados para atender à acelerada evolução tecnológica, criando, como resultado, recomendações que foram remetidas à Comissão Europeia²⁸. Outro exemplo de grande importância é a Resolução do Parlamento Europeu de 16 de fevereiro de 2017, que contém recomendações à comissão sobre disposições de Direito Civil sobre Robótica²⁹.

Da referida Resolução identifica-se claramente a preocupação com os reflexos da robótica perante os idosos, sendo destacado o crescimento consideravelmente rápido da população de idade superior a 80 anos e que a robótica e a inteligência

artificial devem ser concebidas de forma a preservar a dignidade, a autonomia e a autodeterminação do indivíduo, especialmente na seara dos cuidados e da companhia dos humanos³⁰.

No que diz respeito à reflexão ética, em específico, muitas discussões já foram entabuladas, chegando-se até mesmo a surgir o termo “roboética” a partir da reflexão de filósofos, juristas, cientistas da robótica, antropólogos e sociólogos na busca de fixar bases éticas no desenho, desenvolvimento e emprego dos robôs. Considera-se a roboética “um conjunto de critérios ou teorias com as quais se pretende dar respostas a todos os problemas éticos que surgem na criação e no uso de robôs, e que se projetam em seus fabricantes e usuários, e inclusive nos próprios robôs”³¹.

Frente a essa realidade, identifica-se claramente a necessidade de um marco jurídico capaz de trazer as respostas necessárias, a segurança possível às relações que passam a surgir no âmbito da robótica e da inteligência artificial, e esse cuidado deve ser tomado no Brasil.

30 Na introdução da Resolução (letra F) consta expressamente: “Considerando que o envelhecimento da população se deve a um aumento da esperança de vida em consequência da melhoria das condições de vida e do progresso na medicina moderna, constituindo um dos principais desafios políticos, sociais e económicos do século XXI com que as sociedades europeias se deparam; que, em 2025, mais de 20% dos europeus terão uma idade igual ou superior a 65 anos, assistindo-se a um aumento particularmente rápido do número de pessoas de 80 anos ou mais, pelo que o equilíbrio entre gerações nas nossas sociedades será fundamentalmente diferente, e que é do interesse da sociedade que os idosos gozem de boa saúde e permaneçam ativos o máximo de tempo possível”. Da mesma forma, na letra O: “Considerando que os desenvolvimentos na robótica e inteligência artificial podem e devem ser concebidos de tal forma que preservem a dignidade, a autonomia e a autodeterminação do indivíduo, especialmente nos domínios dos cuidados e da companhia dos humanos, e no contexto dos dispositivos médicos, da «reparação» ou melhoria dos seres humanos.”

31 ASIS, 2013, p. 9. Destaca o autor que o termo roboética foi proposto oficialmente durante o Primeiro Simposio Internacional de Roboética em San Remo, no ano de 2004. Ressalta também que no mesmo ano, no Japão, foi firmada por cientistas e representantes da indústria robótica japonesa, na International Robot Fair de Fukuoka, A World Robot Declaration, que equivale a uma versão robótica de juramento hipocrático, sendo nela afirmado que a próxima geração de robôs coexistirão com os humanos. Assistirão os humanos física e psicologicamente. Contribuirão para a realização de uma sociedade segura e pacífica. Com o objetivo de que a sociedade aceite a acolha os robôs, será necessário definir e aplicar determinados standards, modificar os ambientes de vida e trabalho, e as instituições públicas promoverão a introdução de robôs. Importa também destacar que da Resolução do Parlamento Europeu sobre Robótica antes referida, também surgiu um Código de Ética para engenheiros de robótica, o que mais uma vez destaca a preocupação com o tema.

26 Em pesquisa realizada envolvendo idosos, gerontologistas e cuidadores, concluiu-se que os robôs cuidadores poderiam ter um papel positivo em três setores: segurança (auxiliar a andar, a evitar e detectar quedas, monitorar aspectos incomuns de comportamentos e lembrar de tomar medicamentos), socialização (lembrando de compromissos médicos e familiares, sinalizando se a pessoa ficou muitos dias sem falar com ninguém, propondo chamadas, estimulando a realização de atividades cognitivas) e tarefas diárias. Em: <https://institutomongeralaeagon.org/saude-e-bem-estar/autonomia/o-papel-da-robotica-na-sociedade-em-envelhecimento>. Acesso em: 08 fevereiro 2019.

27 RoboLaw-Regulating emerging robotic Technologies: Robotics facing law and ethics, disponível em www.robotlaw.eu. Acesso em: 08 fevereiro 2019.

28 MELO, 2018.

29 Em <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-20170051+0+DOC+XML+V0//PT>. Acesso em: 08 fevereiro 2019.

Em nosso país, o desenvolvimento da robótica não se apresenta tão célere como nos países desenvolvidos, mas já se tem observado um crescimento no setor, o que deve despertar nos operadores do Direito uma atenção especial, pois há que se verificar se o manancial legislativo hoje existente é capaz de proporcionar segurança ao grupo social aqui referido. E a discussão não pode tardar, pois não demorará para no Brasil surja a necessidade real de respostas. Prova disso é que está sendo desenvolvido, desde 2013, no Centro Universitário FEI um robô 100% brasileiro, o qual foi batizado de Judith, e que foi concebido para ser aplicado no auxílio de idosos ou pessoas com dificuldade de locomoção em atividades domésticas. Trata-se de um protótipo autômato que consegue se locomover pela casa, reconhecer pessoas caídas no chão e também identificar o estado de espírito delas por meio das expressões faciais. Segundo os criadores de Judith, espera-se que ela tenha um bom desenvolvimento de interação com os humanos e a inteligência artificial, para que não configure um modelo invasivo e autoritário³².

Verifica-se, assim, que, apesar de no Brasil existirem legislações bastante avançadas, que visam proteger os idosos em suas relações sociais, elas indiscutivelmente não foram construídas pensando na realidade da robótica e da inteligência artificial, e, por isso, uma cautelosa reflexão sobre o tema é fundamental para a segurança da população.

4 Conclusão

Como demonstra a cena final do filme Frank e o Robô, quando Frank, já residindo em um lar para idosos, identifica ao seu redor, acompanhando outros idosos, um número significativo de robôs idênticos aquele com quem ele conviveu em sua casa por um período, o crescimento da utilização de robôs tem se demonstrado uma realidade.

A robótica ocupa um mercado em célere expansão, um mercado estratégico economicamente e de grande impacto so-

cial e que, por isso, exige uma indiscutível intervenção por parte do Direito, a fim de garantir uma maior segurança às relações, fixando bases éticas claras, direitos e deveres capazes de garantir a necessária tutela aos envolvidos nas relações jurídicas que se constituírem. Um marco regulatório capaz de proteger a parte mais débil na relação parece viável, mas ao mesmo tempo, há que se ter a cautela para que não surja uma disciplina que impeça o desenvolvimento tecnológico necessário para o crescimento do setor.

Não pode o Direito fechar os olhos à tutela de direitos de personalidade inerentes ao ser humano, mas não pode ele servir de entrave às novas criações tecnológicas. A difícil tarefa que surge, portanto, é buscar um equilíbrio. Não se pode permitir que valores fundamentais, como a proteção da dignidade humana, venham a ser desrespeitados.

Referências

- ANDRÉS, Moisés Barrio. Robótica, inteligencia artificial y Derecho. **Cyber Elcano**, Real Instituto Elcano, n. 36, set. 2018, p. 1-7.
- ASIS, Rafael de. Sobre ética y tecnologías emergentes. **Papeles el tiempo de los derechos**, n. 7, 2013, p. 1 – 14.
- BARLETTA, Fabiana Rodrigues. **O direito à saúde da pessoa idosa**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BORGE, Iván Mateo. La robótica y la inteligencia artificial en prestación de servicios jurídicos. **Inteligencia artificial, Tecnología, Derecho**. NAVARRO, Susana Navas (Dir). Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, p. 123 - 150.
- CARMO, Elisangela Gisele do; ZAZZETTA, Maria Silvana; COSTA, José Luiz Riani. Robótica na assistência ao idoso com doença de Alzheimer: as vantagens e os desafios dessa intervenção. **Estudo Interdisciplinar do envelhecimento**, vol. 21, n. 2. Porto Alegre, 2016, p. 47-74.
- COSTA FELIPE, Bruno Farage da. Direitos dos robôs, tomadas de decisões e escolhas morais: algumas considerações acerca da neces-

32 Em <https://startse.com/noticia/conheca-judith-o-primeiro-roboto-100-brasileiro>.

sidade de regulamentação **ética e jurídica da inteligência artificial**. **Revista Juris Poiesis**, nº 22, abr. 2017, Rio de Janeiro, p. 150-169.

CROVI, Luis Daniel. Los animales y los robots frente al Derecho. **Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia**, n. 10, 2018. Caracas, p. 133-144.

MELO, Verónica E. El derecho ante la inteligencia artificial y la robótica. **El Derecho: Diario de doctrina y jurisprudencia**, n. 14.343, feb. 2018.

PALMERINI, Erica. Robótica y derecho: sugerencias, confluencias, evoluciones en el marco de una investigación europea. **Revista de Derecho Privado**, n. 32, enero - junio de 2017. Bogotá, p. 53 a 97.

PASQUALOTTO, Adalberto; SOARES, Flaviana Rampazzo. Consumidor Hipervulnerável: análise crítica, substrato axiológico, contornos e abrangência. **Revista de Direito do Consumidor**, vol.113, set.-out. 2017, p. 81-10.

RESOLUÇÃO DO PARLAMENTO EUROPEU, 16 de fevereiro de 2017. Disposições de Direito Civil sobre Robótica. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2017-0051+0+DOC+XML+V0//PT>. Acesso em: 08 fevereiro 2019.

RINCO, Michelle; LOPES, Andrea; DOMINGUES, Marisa Accioly. Envelhecimento e Vulnerabilidade Social: discussão conceitual à luz das políticas públicas e suporte social. **Revista Temática Kairós Gerontologia**, n. 15, online, 2012, p.79-95.

SCHMITT, Cristiano Heinek. **Consumidores Hipervulneráveis: a proteção do idoso no mercado de consumo**. São Paulo: Atlas, 2014.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. Abandono Afetivo inverso: o abandono do idoso e a violação do dever de cuidado por parte da prole. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação de Direito da UFRGS**, edição digital, n. 03, 2016. Porto Alegre, p. 168-201.

VASCONCELOS, Fernando; MAIA, Maurilio Casas. A tutela do melhor interesse do vulnerável: uma visão a partir dos julgados relatados pelo Min. Herman Benjamin (STJ). **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 103, jan.- fev. 2016, p. 243-271.

O INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NOS LITÍGIOS ENVOLVENDO RELAÇÕES DE CONSUMO

THE PROCEDURE OF PIERCING THE CORPORATE VEIL IN CONSUMER LAW

José Tadeu Neves Xavier¹

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

Resumo

O Código de Processo Civil regulamentou os aspectos procedimentais referentes à aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, prevendo a possibilidade de instauração do incidente de desconsideração como forma de intervenção de terceiro no processo. O presente ensaio propõe o debate sobre a possibilidade deste incidente ser instaurado de ofício pelo magistrado nos casos que envolverem a aplicação das regras previstas no Código de Defesa do Consumidor.

Palavras-chave: Processo Civil. Direito do Consumidor. Teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

Abstract

The Code of Civil Procedure had regulated procedural aspects linked to the application of the disregard of legal entity, foreseeing a possibility of the disregard incident as a form of intervention of a third party in the process. The present essay debates the possibility of this incident being instituted of a judgment by the magistrate in cases that involves an application of the rules present in the Consumer Law Code.

Keywords: Civil Procedure. Consumer law. Disregard of legal entity.

1 Introdução

A desconsideração da personalidade jurídica nas relações de consumo

O Código de Defesa do Consumidor foi o primeiro texto normativo do direito brasileiro a tipificar a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, fazendo-o nos seguintes termos:

art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração
§ 5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores².

O intuito legislativo, certamente, foi concebido com o escopo de outorgar maior proteção à parte mais fraca e mais vulnerável, que sempre esteve subjugada pelos controladores do mercado de consumo, viabilizando a superação da personalidade jurídica do fornecedor para proporcionar ao consumidor a satisfação de seu direito de crédito perante os sócios ou administradores da empresa, garantindo com isso a realização do princípio da efetiva reparação dos danos, consagrado no art. 6º, VI, da Codificação Consumerista como direito básico do consumidor³.

Como não poderia deixar de ser, na seara consumerista o levantamento do véu societário assumiu contornos particulares, voltados à efetiva proteção do consumidor. Este é o sentimento manifestado por Cláudia Lima Marques (2016), ao comentar que:

² O jurista Caio Mário da Silva Pereira refere expressamente: "a maior inovação trazida pelo Código do Consumidor foi a doutrina da desconsideração da pessoa jurídica" (PEREIRA, 2015, p. 130).

³ CDC, "Art. 6º São direitos básicos do consumidor: VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos".

[...] no CDC, o método é mais uma vez tópico e funcional, bem ao gosto do CDC, no sentido de resolver o problema concreto do conflito de valores entre a manutenção do dogma da separação patrimonial e os interesses da outra parte contratante com a pessoa jurídica insolvente.⁴

Podemos afirmar que a previsão normativa da teoria da desconsideração na Legislação Consumerista apresenta-se como um retoque final dado pelo legislador ao sistema de responsabilidades na relação de consumo, pois está prevista no final do Capítulo que cuida da qualidade dos produtos e serviços e da prevenção e da reparação dos danos causados ao consumidor. Esse viés deve estar presente pelo intérprete e aplicador na atividade de subsunção de cada uma das normas e princípios do Direito do Consumidor. Trata-se de regra matriz da interpretação das normas consumeristas.

A Codificação Consumerista autoriza a desconsideração da personalidade jurídica do fornecedor: (a) quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos e contrato social; (b) nos casos de falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má-administração; (c) sempre que a personalidade societária for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados ao consumidor.

A última hipótese inovou na própria concepção da teoria da desconsideração da personalidade jurídica ao estabelecer que esta deverá ser utilizada sempre que, de alguma forma, o reconhecimento irrestrito da personalidade jurídica da sociedade representar obstáculos ao ressarcimento de prejuízos causados a consumidores. Aqui, vigora o que ficou conhecido na doutrina como “teoria menor da desconsideração”, na qual são desprezados os questionamentos sobre aspectos subjetivos, como a má-fé e a fraude, bastando para tanto a insolvência do fornecedor⁵; opondo-se à “teoria menor”, corresponde a forma como a matéria vem tratada de forma geral no âmbito do Código Civil.

⁴ MARQUES, 2016, p. 1.410.

⁵ A aplicação da teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica em matéria consumerista foi contemplada em decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) proferida em demanda onde foi questionada a responsabilidade frente a danos causados em função de uma explosão em um

Domingos Afonso Kriger Filho (1995), ao analisar o tema, manifesta-se no sentido de reconhecer que a regra consumerista não encerra uma simples faculdade outorgada a ser utilizada pelo magistrado, ao seu alvedrio, concluindo que o magistrado deverá chamar à responsabilidade os sócios que estavam na direção da empresa na ocasião da ofensa ao consumidor, sob pena de quebra da escala de valores instituída por ordem legal⁶. Não podemos deixar de discordar dessa orientação, pois

shopping center na cidade de Osasco, fato este que ganhou repercussão nacional. O acórdão recebeu a seguinte ementa: “Responsabilidade civil e Direito do Consumidor – Recurso especial – Shopping Osasco-SP – Explosão – Consumidores – Danos materiais e morais – Ministério Público – Legitimidade ativa – Pessoa jurídica – Desconsideração – Teoria maior e teoria menor – Limite de responsabilização dos sócios – Código de Defesa do Consumidor – Requisitos – Obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores – art. 28, § 5º. (...) A teoria menor da desconsideração, acolhida em nosso ordenamento jurídico excepcionalmente no direito do consumidor e no direito ambiental, incide com a mera prova de insolvência da pessoa jurídica para o pagamento de suas obrigações, independentemente da existência de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial. Para a teoria menor, o risco empresarial normal às atividades econômicas não pode ser suportado pelo terceiro que contratou com a pessoa jurídica, mas pelos sócios e/ou administradores desta, ainda que estes demonstrem conduta administrativa proba, isto é, mesmo que não exista qualquer prova capaz de identificar conduta culposa ou dolosa por parte dos sócios e/ou administradores da pessoa jurídica. A aplicação da teoria menor da desconsideração às relações de consumo está calcada na exegese autônoma do art. 5º do art. 28 do CDC, porquanto a incidência desse dispositivo não se subordina à demonstração dos requisitos previstos no caput do artigo indicado, mas apenas a prova de causar, a mera existência da pessoa jurídica, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores. Recursos especiais não conhecidos” – Resp. nº 279.273/SP, 3ª Turma, rel. Min. Fátima Andrihgi, j. 04.12.2003. Veja-se, ainda, o seguinte precedente do STJ: “Direito do Consumidor e Processual Civil. Recurso Especial. Execução frustrada. Pedido de desconsideração da personalidade jurídica. Indeferimento. Fundamentação apoiada na inexistência dos requisitos previstos no art. 50 do CC/2002 (teoria menor). Omissão. Ofensa ao art. 535 do CPC reconhecida. 1. É possível, em linha de princípio, em se tratando de vínculo de índole consumerista, a utilização da chamada Teoria Menor da desconsideração da personalidade jurídica, a qual se contenta com o estado de insolvência do fornecedor, somado à má administração da empresa, ou, ainda, com o fato de a personalidade jurídica representar um ‘obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores’ (art. 28 e seu § 5º CDC). 2. Omitindo-se o Tribunal a quo quanto à tese de incidência do art. 28, § 5º, do CDC (teoria menor), acolhe-se a alegação de ofensa ao art. 535 do CPC. 3. Recurso especial parcialmente conhecido e provido” – Resp. nº 1.11.153, rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, j. em 06.12.2012.

⁶ KRIGER FILHO, 1995, p. 83. No mesmo tom manifesta-se Olga Maria do Val: “De fato, tendo em vista que as normas do CDC são de ordem pública e de interesse social, podem e devem ser aplicadas de ofício pelos juízes, independentemente de solicitação das partes envolvidas, ou ainda, de prévia cognição para verificar a sua aplicabilidade. Tratando-se de normas cogentes, os poderes dos juízes são ampliados de vez que estão obrigados a propiciar a efetiva tutela das relações de consumo” entretanto, na conclusão de seu estudo a autora parece contradizer-se ao referir “mesmo tratando-se de medida excepcional, isto é, uma faculdade do juiz para aquelas hipóteses em que a pessoa jurídica constitua-se em obstáculo para a efetiva reparação de danos, o fato é que esta norma representa, no mínimo, um instrumento inibidor de condutas contrárias à ordem jurídica, um instrumento valioso para tornar eficaz a proteção do consumidor” (VAL, 2015, p. 189/190). Eduardo Gabriel Saad também entende pela obrigatoriedade da desconsideração: “Deflui do texto do dispositivo aqui sob análise que o juiz tem a faculdade de desconsiderar a personalidade jurídica de uma sociedade. Temos para nós que essa faculdade converte-se em dever

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

2 O incidente de desconsideração previsto no código de processo civil

O sistema jurídico instaurado pela atual codificação processual apresentou a possibilidade de a efetivação da aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica ser buscada de forma incidental ao processo, na modalidade de intervenção de terceiro⁷ (em qualquer fase do processo de conhecimento, inclusive no processamento dos recursos, no cumprimento de sentença, no processo executivo e, inclusive, no procedimento dos juizados especiais cíveis⁸).

Seguindo a técnica tradicional em relação às formas de intervenção de terceiros, o legislador, de forma expressa, atribuiu

depois de feita a prova do prejuízo do consumidor devido a uma das circunstâncias elencadas nesse mesmo art. 28 do Código de Defesa do Consumidor. O silêncio da norma nos permite concluir que semelhante decisão do juiz não depende de requerimento da parte; o procedimento é admitido ex officio” (SAAD, 1999, p. 312)

7 Do incidente de desconsideração da personalidade jurídica. 133. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo. § 1º O pedido de desconsideração da personalidade jurídica observará os pressupostos previstos em lei. § 2º Aplica-se o disposto neste Capítulo à hipótese de desconsideração inversa da personalidade jurídica. Art. 134. O incidente de desconsideração é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial. § 1º A instauração do incidente será imediatamente comunicada ao distribuidor para as anotações devidas. § 2º Dispensa-se a instauração do incidente se a desconsideração da personalidade jurídica for requerida na petição inicial, hipótese em que será citado o sócio ou a pessoa jurídica. § 3º A instauração do incidente suspenderá o processo, salvo na hipótese do § 2º. § 4º. O requerimento deve demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais específicos para desconsideração da personalidade jurídica. Art. 135. Instaurado o incidente, o sócio ou a pessoa jurídica será citado para manifestar-se e requerer as provas cabíveis no prazo de 15 (quinze) dias. Art. 136. Concluída a instrução, se necessária, o incidente será resolvido por decisão interlocutória. Parágrafo único. Se a decisão for proferida pelo relator, cabe agravo interno. Art. 137. Acolhido o pedido de desconsideração, a alienação ou a oneração de bens, havida em fraude de execução, será ineficaz em relação ao requerente.

8 Art. 1.062. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica aplica-se ao processo de competência dos juizados especiais.

a legitimidade ativa para postular a instauração do procedimento de desconsideração da personalidade jurídica à parte interessada (de regra o credor), ou ao Ministério Público, nos casos em que lhe couber intervir no processo. Nesse ponto, o Codificador Processual seguiu a orientação traçada pela cláusula geral da desconsideração consignada no art. 50 do Código Civil, dispondo que:

Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica⁹.

Nesse sentido, a indicação inicial parece ser pela opção de vedação da possibilidade do próprio juízo assumir a iniciativa de instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica.

O Codificador processual também estabeleceu que, ao realizar a postulação do incidente de desconsideração, o requerente deve demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais específicos para desconsideração da personalidade jurídica, os quais estão indicados nas regras de direito material, basicamente aqueles que constam da cláusula geral do art. 50 da Codificação Civil (desvio de finalidade ou confusão patrimonial) ou de alguma legislação esparsa que discipline a matéria objeto da demanda (como v.g. a disposição do art. 28 da legislação consumerista).

3 Possibilidade de instauração ex officio do incidente de desconsideração nas lides consumeristas

Apesar da previsão expressa do Código de Processo Civil no sentido de vincular a instauração do incidente de desconsideração à realização de pedido pela parte interessada (ou pelo

9 Em relação à análise do art. 50 do Código Civil remetemos o leitor a XAVIER, 2002, p. 69-85.

Ministério Público), acreditamos que a questão merece uma reflexão mais detalhada.

Num primeiro momento, parece bastante sedutora a adoção de um raciocínio mais simplista, apegado à estrita dicção legislativa, levando à conclusão de que a efetivação da *disregard doctrine* dependeria, sempre, da postulação da parte, conforme indicado no texto da lei¹⁰ e, também, considerando a correlação do texto legal processual com a tipificação da *disregard doctrine* ditada pelo Código Civil.

No entanto, essa visão mais simplista não serve para atender às peculiaridades que delineiam o sistema de defesa do consumidor. Essa conclusão é balizada pela própria previsão contida no artigo 133, § 1º, ao dispor que o pedido de desconconsideração da personalidade jurídica observará os pressupostos previstos em lei. Assim, se o direito material autorizar – ou justificar – a atuação de ofício do magistrado na definição da ampliação da responsabilidade por decorrência da superação da personalidade jurídica, a instauração de ofício do incidente estará viabilizada¹¹.

10 Nesta trilha seguem Nelson Nery Jr e Rosa Maria de Andrade Nery, defendendo que “segundo o CPC 133, o juiz só analisará a possibilidade de desconsiderar a personalidade jurídica caso a parte interessada ou o MP requerer a providência. Não pode, pois, aplicar a desconsideração ex officio (NERY JUNIOR; NERY, 2015, p. 571). Na mesma linha, André Pagani de Souza, em estudo anterior à Codificação Processual atual, já se posicionava radicalmente contrário a efetivação ex officio da *disregard doctrine*, considerando o seu caráter excepcional. Nas palavras desse autor: “a desconsideração da personalidade jurídica – seja ela no âmbito do direito do consumidor, seja em qualquer outra área do direito – é medida extremamente excepcional. Havendo pedido de condenação da pessoa jurídica ao pagamento de certa indenização, cabe ao juiz atender ao pedido. O modo pelo qual o juiz atenderá ao pleito, em se tratando de hipóteses excepcionais, deve estar vinculado ao pedido que a parte formulou”, concluindo: “aliás, esse entendimento é coerente com o fato de que, caso se descubra depois que não era hipótese de se desconsiderar a personalidade jurídica, nascerá para o prejudicado um direito a pleitear indenização, e somente quem pediu e se beneficiou com essa medida excepcional é que estará legitimado a indenizar” (SOUZA, 2000, p. 154).

11 Na oportunidade da I Jornada de Direito Civil, por sugestão de Kennedy Josué Greca de Mattos, foi cogitada a necessidade de ser alterada a redação do art. 50 do CC, com a proposta da seguinte redação: “Art. 50: É necessário dar nova redação ao referido artigo: Em caso de insolvência da pessoa jurídica, pode o juiz ou tribunal decretar, de ofício, a requerimento de qualquer interessado ou do Ministério Público, o fim da separação de seu patrimônio com o de seus sócios ou administradores, sempre que houver suspeita de prática de fraude, desvio de finalidade ou bens, bem como confusão patrimonial. Parágrafo único: Na hipótese prevista neste artigo, o ônus processual e econômico da prova sobre a licitude do fato, ato ou negócio jurídico praticado antes do estado de insolvência é sempre da pessoa jurídica”. Tal proposta, que não chegou a lograr êxito, contou com a seguinte justificativa: “o Código Civil de 1916 sempre garantiu a total independência jurídica e econômica da pessoa jurídica e de seus integrantes. Tanto é verdade que o art. 20 da lei em vigor reza: As pessoas jurídicas têm existência distinta da dos seus membros. A norma permitiu que, ao longo dos anos, se formasse uma cultura de irresponsabilidade dos sócios frente às conseqüências nefastas

Os aspectos peculiares que desenharam a estrutura do Direito do Consumidor o colocam como direito especial, de modo a permitir a sua aplicação de ofício pelo julgador. Vejamos a estrutura normativa sobre o tema: a Constituição Federal, em seu art. 5º, XXXII, eleva a defesa do consumidor à condição de Direito Fundamental; e no art. 179, V, coloca a matéria como princípio orientador da Ordem Econômica; no interior da legislação consumerista central há a indicação do Código de Defesa do Consumidor representar norma “de ordem pública e interesse social” (art. 1º). Há que se concluir, portanto, que na efetivação da desconconsideração da personalidade jurídica nas demandas fundadas na defesa dos direitos do consumidor o juiz poderá instaurar ex officio o incidente de desconconsideração, tornada despicienda a necessidade de postulação do interessado ou do representante do Ministério Público¹². Seguindo-se a lição de Luis Alberto Reichelt:

da insolvência, sendo que, na maioria das vezes, terceiros de boa-fé eram prejudicados com a impossibilidade de ser reparada a lesão ao direito praticado em virtude daquela separação. Nem mesmo a jurisprudência teve forças para desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade, já que a prova da fraude ou do abuso de finalidade sempre foi de difícil ou impossível obtenção. A redação do art. 50 da Lei nº 10.406/02 mostra-se tímida e imprecisa. Tímida, porque não adota integralmente a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, deixando várias brechas para que as fraudes ou desvios de bens continuem sendo praticados, bastando, para tanto, que a produção da prova da prática de ato ilícito seja complexa ou onerosa. Imprecisa, quando estabelece, em sua segunda parte, que o juiz poderá estender aos bens dos sócios ou administradores os efeitos de certas e determinadas obrigações, o que certamente ocasionará um longo debate sobre quais seriam as verdadeiras hipóteses de incidência da lei. É bom lembrar, ainda, ter sido a nova lei inspirada nos princípios da equidade e boa-fé, conceitos que superam em muito a simples observância da gênese dos negócios jurídicos. A norma futura exige que esses princípios estejam presentes durante o desenvolvimento de toda a relação obrigacional, não apenas quando da captação da vontade dos envolvidos. Por outro lado, a transparência que o novo ordenamento quer dar às relações jurídicas, exige que haja a facilitação da investigação judicial sobre a licitude do funcionamento da empresa. Trata-se de norma de ordem pública que deve impor esse ônus àqueles que querem ter deferimento estatal para criação de nova personalidade jurídica. Além disso, também por se tratar de lei que não pode ser afastada pelas partes, deve o magistrado poder agir imediatamente, muitas vezes para evitar iminente lesão de direito. O enunciado propõe, ainda, legitimar qualquer interessado a provocar a incidência da lei, porque nem sempre a vítima da lesão de direito é parte na relação obrigacional. Outro aspecto a ser salientado é que o parágrafo único agora sugerido tem a função de dar vida ao instituto da desconsideração da personalidade jurídica. Além de prever a inversão do ônus probatório, obrigação processual que passa a ser atribuída a quem detém as efetivas condições de demonstrar a verdade, já que, por exemplo, é possuidor dos livros contábeis, dos balanços, das cópias dos contratos, do levantamento do passivo e ativo etc., também impõe o adiantamento dos custos econômicos da produção da prova em juízo, tudo a fim de evitar que aqueles que sofram os reflexos da insolvência não possam utilizar o novo ordenamento jurídico devido a sua hipossuficiência”.

12 Nesse sentido é a orientação encontrada de Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, argumentado, explicando: o incidente de desconsideração da personalidade jurídica depende, em regra, de pedido da parte interessada ou do Ministério Público, quando esse participe do processo. Pode o legislador expressamente excepcionar a necessidade de requerimento para

[...] do ponto de vista hermenêutico, tem-se que, na dúvida entre duas ou mais interpretações resultantes do contraste entre o Código de Defesa do Consumidor e o projeto de novo Código de Processo Civil, impõe-se seja sempre adotada aquela que permita ao consumidor obter resultados mais satisfatórios ao seu interesse, sendo vedado o retrocesso¹³.

Nessa linha, Eduardo Santos Pozza, ao concluir pela possibilidade de instauração *ex officio* do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica em demandas que envolvam matéria consumerista, fundamentando o seu posicionamento, em especial, na noção de processo civil cooperativo, ressalta que “a instauração do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica não significa que o magistrado deva decidir sobre a matéria sem antes ouvir as partes, respeitando, assim, o princípio do contraditório”¹⁴.

A efetiva tutela do consumidor, portanto, não se realiza apenas com a entrega a este de regramentos de direito material, outorgando-lhe direitos e prerrogativas, mas também pela oferta de um sistema procedimental efetivo que viabiliza a concretização destes direitos.

4 Considerações finais

Buscamos por meio do presente ensaio, de forma sucinta, mas incisiva, propor o debate sobre a adequação da estrutura procedimental prevista no Código de Processo Civil atual no

tanto – como o faz, por exemplo, o art. 28, do CDC” (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 106).

13 REICHEL, 2015, RTonline. Na mesa linha, Osmar Vieira da Silva defende a aceitação da aplicabilidade *ex officio* da *disregard of legal entity*, argumentando: “como as situações fáticas que ensejam a desconconsideração podem emergir no decorrer da instrução do processo, deve-se aceitar a possibilidade de o juiz desconsiderar a pessoa jurídica independentemente de postulação da parte autora. Tal postura não irá colidir com o princípio da iniciativa da parte, pois essa se refere à propositura da demanda. Por outro lado, estará preservando o princípio da congruência porque a tutela jurisdicional será prestada no âmbito do pedido” (SILVA, 2002, p. 158).

14 POZZA, 2017, p. 101-117.

concernente ao incidente de desconconsideração da personalidade jurídica às relações de consumo.

Acreditamos que a escolha do legislador consumerista proposital, reproduzindo de forma bastante clara e satisfatória o que acabou por ser conhecido como “teoria menor da desconconsideração”, considerando suficiente a presença da insolvência para se justificar o levantamento da personalidade jurídica em favor dos consumidores.

Certamente o pensamento que iluminou os idealizadores deste Código de Procedimentos foi a prática da efetivação da teoria da desconconsideração da personalidade jurídica para o direito comum, tendo como bússola a cláusula geral da “teoria maior”, consolidada na dicção do artigo 50 do Código Civil. Porém, acreditamos que as diferenças materiais em relação à teoria maior e à teoria menor da desconconsideração da personalidade jurídica não podem passar incólumes ao pensamento procedimental. Trata-se de figuras de vieses distintos, os quais necessariamente devem ser considerados na questão procedimental.

Em síntese, defendemos a dispensa de pedido específico para a instauração do incidente de desconconsideração quando a matéria versada na lide envolver a aplicação da legislação consumerista.

Referências

BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**, 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

KRIGER FILHO, Domingos Afonso. Aspectos da Desconconsideração da Personalidade Societária na Lei do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 13, jan.-mar. 1995, p. 78-86.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 2.

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

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade civil, (aspectos) no código de proteção e defesa do consumidor, desconsideração da personalidade jurídica. **Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas**, v. 9, n. 7, p. 127-140, 2015.

POZZA, Eduardo Santos. A possibilidade de instauração ex officio do incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto no novo Código de Processo Civil. **Revista Síntese de Direito Empresarial**, v. 57, jul.-ago. de 2017, p. 101-117.

REICHELT, Luis Alberto. A desconsideração da personalidade jurídica no projeto de novo Código de Processo Civil e a efetividade da tutela jurisdicional do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 98, mar-abr, 2015, ROnline.

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

SILVA, Osmar Vieira da. **Desconsideração da personalidade jurídica: aspectos processuais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002

SOUZA, André Pagani. **Desconsideração da personalidade jurídica: aspectos processuais**. São Paulo: Saraiva, 2000.

VAL, Olga Maria do. Responsabilidade Civil – Desconsideração da Personalidade Jurídica – Prestação de Serviços Defeituosa – Fraude à Execução – Art. 28, “Caput” do CDC. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 15, p. 179/190, 2015.

XAVIER, José Tadeu Neves. A teoria da desconsideração da personalidade jurídica no novo Código Civil. **Revista de Direito Privado**, n. 10, 2002, p. 69-85.

OS DILEMAS DE UM PROCESSO PENAL EM TRANSFORMAÇÃO

André Machado Maya¹

¹ Doutor e Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Especialista em Ciências Penais (PUCRS). Especialista em Direito Público (Uniritter). Professor do PPGD (Mestrado) da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). Advogado.

1 Introdução

O presente ensaio é resultado de reflexões proporcionadas pelos trabalhos apresentados pelos professores doutores Miguel Wedy (UNISINOS) e Fábio Sbardelotto (Fundação Escola Superior do Ministério Público, FMP) no painel sobre Criminalidade econômica e persecução penal: dilemas do devido processo legal, durante o V Seminário Nacional sobre Tutelas aos direitos públicos incondicionados, do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da FMP. Durante os trabalhos, várias questões surgiram sobre o atual modelo de processo penal e os horizontes que se apresentam com as reformas legislativas em tramitação no Congresso Nacional, em especial no tocante à preservação das garantias processuais penais nesse momento de transição de um modelo de persecução penal pautado na obrigatoriedade da ação penal para outro estruturado sobre o princípio de oportunidade. O intuito, aqui, não é aprofundar questões cuja complexidade demandaria estudo bastante mais detido, mas pontuar alguns dilemas que se apresentam no momento atual, em que novos riscos e novas demandas por segurança impõem uma necessária atualização das metodologias de persecução penal conhecidas e sedimentadas há quase um século no Brasil. A esse intuito, o ensaio inicia pontuando os novos riscos e seus efeitos na persecução penal. O segundo momento é dedicado a uma reflexão sobre a exigência de eficiência e os efeitos daí decorrentes para o processo penal. Ao final, é posta a reflexão sobre a justiça negocial como novo horizonte e a necessidade urgente de uma regulamentação legislativa, ao efeito de ajustar os mecanismos consensuais aos preceitos estruturantes do Estado Democrático de Direito.

2 Os novos riscos e seus efeitos na persecução penal

As relações sociais contemporâneas são marcadas, na sua essência, por uma complexidade que cresce na mesma medida

em que se agudiza o processo de globalização mundial. Na década de 1980, já passados mais de trinta anos, Ulrich Beck (1998) cunhou a expressão “sociedade de risco”, com o intuito de definir a sociedade que surgia com o que denominava de “nova modernidade”. O fenômeno da globalização, ainda incipiente, já estava ali presente na sua teoria sociológica, cuja essência estava no método comparativo entre dois estágios da sociedade: a industrial, de dois séculos antes, estática e estruturada sobre bases referenciais sólidas como a indústria, a família e a religião; e a moderna, dinâmica e identificada pela revolução científica e pela consequente diluição daquelas bases referenciais em detrimento de um fenômeno identificado como “individualismo”. Em apertada síntese, o que caracteriza a sociedade de risco de Ulrich Beck não são propriamente os riscos, mas a dinâmica social deles decorrentes. Dito de outra maneira, o que caracteriza a dita sociedade de risco é a forma como a sociedade lida com as situações de risco no âmbito social, político e econômico, ou como essas situações ensejam transformações nos modelos de relações sociais, em especial resultantes do medo e da insegurança. Nas palavras do sociólogo alemão (BECK, 1998, p. 89):

Os riscos da modernização são o ajuste conceitual, a versão categorial em que se captam socialmente as lesões e destruições da natureza imanente à civilização, se decide sobre sua vigência e urgência esse dispõe sobre o modo de sua ocultação e/ou elaboração.

Assim compreendida a teoria, assume especial relevância a noção de individualismo enquanto fenômeno característico da sociedade moderna e diretamente relacionado à dinâmica social de administração das situações de risco. Trata-se, aqui, da liberação dos indivíduos em relação às estruturas de classe estamentais próprias da sociedade industrial. O indivíduo moderno volta-se a si próprio e abandona os vínculos tradicionais, transformando-se na própria unidade de reprodução do social no mundo da vida (BECK, 1998, p. 95-99). Disso resulta, além do incremento do desemprego, uma situação de crescente in-

certeza, instabilidade e, conseqüentemente, um labirinto de insegurança (BECK, 1998, p. 126).

Esse cenário desenhado por Ulrich Beck na década de 1980 se acentuou com a consolidação da globalização. Eliminaram-se as fronteiras geográficas e disso resultou um processo de integração mundial que inseriu a sociedade do Século XXI em um cenário de complexidade ainda mais agudizado do que o imaginado por Beck, ao qual Bauman (2008, p. 127) se refere com acentuado pessimismo, identificando essa abertura propiciada pela globalização, porque seletiva e vinculada aos interesses capitalistas, como “a causa primeira da injustiça, e assim, indiretamente, do conflito e da violência”.

A observar esse cenário, Giddens (2002a, p. 21) define o “mundo moderno” como um “mundo em disparada”, em “descontrole” (2002b, p. 14), destacando a aceleração das mudanças sociais e a maior amplitude e profundidade com que essas mudanças afetam as práticas e os modos de comportamento dos indivíduos, em comparação com as formatações sociais anteriores. A par disso, a relação entre evolução científica e incremento de riscos é inequívoca, tanto quanto a gestão desses riscos por aqueles que dominam a ciência. No dizer de Beck (1998, p. 80) a consciência do risco não é laica, mas determinada pela ciência, do que resulta incertezas, insegurança e medo. Daí porque Bauman (2008, p. 132) apregoa que “a geração mais tecnologicamente equipada da história humana é aquela mais assombrada por sentimentos de insegurança e desamparo”. Também Castells (2005, p. 60) destaca a insegurança como característica marcante dessa sociedade, inerente ao desenvolvimento descontrolado das ciências e das tecnologias e à possibilidade de sua utilização em prejuízo da natureza e do meio ambiente.

Esse cenário, perfeitamente demarcado nas últimas duas décadas do século XX, como destacado, se agudizou nessas primeiras décadas do século XXI, com o avanço acelerado dos meios de comunicação propiciado pelo surgimento e pela conseqüente democratização da internet, que consolidou a globalização como um fenômeno também cultural e social, para além de meramente econômico. Castells (1999) trabalha, agora, o con-

ceito de “sociedade em rede”, ou “sociedade da informação”, cuja complexidade está diretamente relacionada à revolução tecnológica. Nesse ponto, assumem relevância as tecnologias de rádio, televisão, telefone e, principalmente, computadores, que, uma vez empregadas pelas pessoas no contexto social, político e econômico, geram novas comunidades em âmbito não apenas local, mas principalmente global. É o que se verifica com as atuais redes sociais.

As conseqüências da revolução tecnológica, no entanto, não são puramente benéficas. As facilidades proporcionadas pelas tecnologias que marcam a sociedade da informação também servem às práticas delitivas, e com elas novos riscos surgem, na mesma medida em que riscos já conhecidos são acentuados. O meio ambiente está atualmente exposto a riscos inerentes ao modo de produção de bens do capitalismo globalizado, diversos em níveis quantitativos e qualitativos, em comparação com aqueles característicos da sociedade industrial, e mesmo da década de 1980. Da mesma maneira, o sistema econômico-financeiro está igualmente exposto a riscos desconhecidos antes da democratização da internet e da revolução dos meios de comunicação. A paz pública, que no século passado era ameaçada pelo terrorismo no seu formato tradicional, com a revolução tecnológica passa a ser ameaçada pelo denominado “ciberterrorismo”. Em todos esses casos, a insegurança é potencializada, tanto objetiva, quanto subjetivamente. Os efeitos de práticas delitivas são mais intensos no ambiente da sociedade em rede, assim como o medo inerente a esses riscos é potencializado, seja pelo desconhecimento dos possíveis efeitos dessas ameaças, seja pela exploração desses riscos pela imprensa.

Nesse cenário, enfim, ao Estado são direcionadas demandas por segurança, e inevitavelmente o Direito Penal surge como instrumento simbólico de resposta. Simbólico porque de eficácia apenas aparente, na medida em que o incremento quantitativo e qualitativo de Direito Penal não tem gerado os resultados esperados em termos de segurança, mas, ainda assim, produz um efeito sedativo da sociedade, com o atrativo de ser a medida mais célere para alcançar esse efeito. A expansão

do Direito Penal ou da intervenção penal é uma característica inafastável da sociedade de risco, impulsionada pela pretensão de segurança (RIPOLLÉS, 2005), e com ela se verifica a flexibilização do devido processo legal e a incorporação de práticas persecutórias próprias de outros modelos de processo penal, tudo em busca de assegurar mais eficiência à persecução penal (MAYA, 2019).

3 A exigência de eficiência e seus efeitos na persecução penal

A exigência de eficiência é uma tônica da sociedade atual. Direcionada à persecução penal, a pretensão de eficiência se confunde com celeridade, com imediatidade da resposta estatal a determinado ilícito penal noticiado pela imprensa. Tais demandas são compreensíveis no contexto da sociedade em rede, tecnológica, na qual a velocidade das comunicações sociais conduz a sociedade ao patamar do instantâneo. Através da internet, e especialmente por meio das redes sociais e dos canais de comunicação que possibilitam transmissões ao vivo, como Facebook e YouTube, as notícias circulam pelo mundo em tempo real. Pessoas se comunicam também em tempo real. Nesse cenário, é natural que a expectativa social em relação à persecução penal seja de celeridade, de instantaneidade, o que acaba por gerar um tensionamento, em especial pelo fato de que a persecução penal brasileira segue o tempo da década de 1940, da comunicação por carta e dos anos de ouro do rádio no Brasil, em evidente descompasso com o atual estágio social.

De outro lado, para além da velocidade das comunicações, também a nova dinâmica social característica da sociedade de risco e, agora, da sociedade em rede, impõe uma aceleração da persecução penal. Os novos riscos, no atual formato social, decorrem da utilização dos recursos tecnológicos por organizações criminosas estruturadas para a prática de ilícitos penais que atingem bens transindividuais, como o sistema financeiro (lavagem de capitais e evasão de divisas), a paz pública (terro-

rismo e ciberterrorismo) e a administração pública (corrupção). E como já destacado no ponto anterior, é a forma como a sociedade lida com as situações de risco no âmbito social, político e econômico, ou como essas situações ensejam transformações nos modelos de relações sociais, em especial resultantes do medo e da insegurança, o que caracteriza, para Ulrich Beck, a sociedade de risco.

A persecução penal característica dessa sociedade é marcada pela flexibilização de regras e pela antecipação ao ilícito, ou pela prevenção, agora não apenas pelo Direito Penal, mas também pelo Processo Penal. À tipificação de crimes de perigo abstrato, no plano do Direito Penal material, se equivalem os meios de investigação ou de produção de prova praticados com o intuito de combater organizações criminosas, e também o uso desmedido das prisões preventivas e a relativização das regras, no plano processual penal.

Nesse cenário, a compreensão ontoantropológica de eficiência (WEDY, 2013, p. 21) perde espaço e sustentação. A ideia de um processo em que celeridade e garantias estejam em equilíbrio (FERNANDES, 2008), em que a prestação célere da jurisdição criminal seja efetivada com a irrestrita observância das regras que compõem o devido processo legal, em que eficiência seja compreendida como a combinação equilibrada entre duração razoável do processo e garantismo, não resiste à tentação do instantâneo. O processo penal é inserido na lógica da aceleração, da velocidade, e será eficiente na medida em que apresente uma solução rápida à sociedade. A legitimidade da decisão judicial passa a estar atrelada mais ao tempo, e menos ao devido processo legal.

Nessa busca por respostas imediatas, então, mecanismos processuais próprios de outros modelos de administração da justiça criminal passam a ser incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro como fórmulas aptas a tornar a prestação jurisdicional mais célere e adequada aos padrões da sociedade em rede. Fala-se aqui dos instrumentos característicos da justiça negocial. No ano de 1995, entrou em vigor no Brasil a Lei dos Juizados Especiais Criminais, com as previsões de transa-

ção penal e suspensão condicional do processo aplicáveis aos denominados crimes de menor potencial ofensivo. Nas primeiras décadas deste século consolidou-se no Brasil a colaboração premiada como instrumento negocial de aceleração da justiça criminal e de combate à criminalidade organizada, agora com foco nos crimes de maior potencial ofensivo. Ao observarem esse cenário, Reale Jr. e Wunderlich (2019) identificam duas dimensões de justiça negocial. Com o advento da Lei 12.850/13 e, posteriormente, com as práticas adotadas no âmbito da operação Lava-Jato, a colaboração premiada se consolidou como metodologia de investigação de meios de prova e de aceleração da persecução penal de crimes empresariais e praticados contra a administração pública.

Os aparentes benefícios, no entanto, são naturalmente acompanhados por aspectos negativos. Naturalmente surgiram impasses e dúvidas acerca da aplicabilidade desse instituto, em especial quanto aos seus limites e ao seu procedimento, dada a regulamentação deficitária da mencionada legislação, da qual resultam insuperáveis lacunas. Para além disso, merece também reflexão a incorporação de um mecanismo negocial próprio de um sistema de administração de justiça anglo-saxão, ao Direito Processual Penal brasileiro, de origem romano germânica. As incompatibilidades daí decorrentes são consequências das diferenças fundantes de ambos os sistemas. Como compatibilizar a colaboração premiada com o princípio de obrigatoriedade da ação penal, por exemplo? Por que, para os crimes empresariais, característicos da sociedade de risco e atentatórios de bens jurídicos transindividuais, é possível a negociação e até mesmo uma imunidade ao suspeito, e nos crimes comuns, que atentam contra bens jurídicos individuais, essa possibilidade é vedada? Como conciliar a possibilidade de imposição de sanções extrapenais com o princípio da legalidade?

Perguntas como essas expõem as contradições internas resultantes das inúmeras reformas parciais da legislação processual penal brasileira, em especial da incorporação de mecanismos processuais próprios de sistemas que operam em outra lógica (princípio de oportunidade, *due process of law* em

uma perspectiva procedimental) ao nosso processo burocrático, obrigatório, escrito e orientado à busca da verdade real, do que resulta que a legitimação da decisão judicial é material, e não procedimental. É a denominada “americanização do Direito” (REALE JR.; WUNDERLICH; 2019). Nesse cenário, a busca por uma coerência sistêmica mínima impõe a reflexão sobre os rumos a seguir para o que se deve considerar não apenas a necessidade de ajuste do tempo do processo, mas também, e especialmente, a função do processo penal.

A persecução penal própria da sociedade de risco, ou da agora denominada sociedade em rede, materializa a forma como o Estado lida com a criminalidade que afeta bens jurídicos próprios dessa formação social contemporânea, na sua essência transindividuais. O uso dos recursos tecnológicos por organizações criminosas gera novos riscos e incrementa riscos até então conhecidos. A velocidade das práticas ilícitas é diferente, se comparada com os ilícitos penais contra bens jurídicos individuais, como patrimônio e vida, por exemplo. Também os seus efeitos são distintos. Frente a isso, a relação entre liberdade e segurança no âmbito processual penal resta afetada. A tradicional função do processo penal – de instrumento de limitação ao exercício do poder punitivo do Estado e, portanto, de tutela das liberdades individuais – cede espaço para a função de concretização do dever de proteger direitos fundamentais, o que decorre do reconhecimento da natureza também objetiva desses direitos (FELDENS, 2012).

Do direito à segurança, previsto em diferentes dispositivos da Constituição Federal, decorre um dever assegurar a maior eficácia possível aos direitos fundamentais, imposto ao Estado. E consoante precedentes da Corte Americana de Direitos Humanos (Caso Garibaldi vs. Brasil; Caso Gomes Lund e outros vs. Brasil; Ximenes Lopes vs. Brasil, Kawas Fernández vs. Honduras e Castillo Páez vs. Peru), em algumas situações – a depender da relevância constitucional do bem jurídico – essa segurança há de ser efetivada através do Direito Penal e do Processo Penal. Trata-se, aqui, dos mandados de criminalização e das obrigações processuais penais positivas (FISCHER; PEREIRA, 2018, p. 58).

Com as novas tecnologias, portanto, surgem novos riscos e novas demandas ao Estado, e disso decorrem novas formas de tutela, inclusive pela via penal. Seria inimaginável a persecução penal de ilícitos transnacionais praticados por organizações criminosas com regras oriundas da década de 1940. Disso decorre, em um paralelo ao que Silva Sanchez (2006) sustentou em relação à expansão do Direito Penal, o surgimento de diferentes velocidades processuais penais. A necessidade e a obrigação de tutela penal (*lato sensu*) de novos bens jurídicos expostos a riscos próprios da sociedade em rede exigem metodologias de investigação e de persecução penal adequadas a essa formatação social, sem o que a prestação jurisdicional penal não será eficiente, e tampouco efetiva².

Não se trata, portanto, apenas de celeridade, mas de adequação da persecução penal a um novo formato de sociedade. O desafio, nesse âmbito, é compatibilizar essa adequação com garantias humanitárias fundamentais ao controle do exercício do poder estatal e, pois, à concretização da democracia. A exigência de eficiência aplicada ao processo penal, então, impõe a implementação de mecanismos processuais aptos a propiciar um resultado eficaz, mas com irrestrita observância das garantias fundamentais.

4 A justiça negocial como o novo horizonte e a necessidade de uma regulamentação urgente

O cenário posto é de um direito processual penal em transformação, em busca de adaptação a um novo modelo de sociedade. O Código de Processo Penal brasileiro é de 1941. Sua base principiológica está inequivocamente superada pelo advento dos postulados democráticos que estruturam a Constituição Federal de 1988 e a Convenção Americana de Direitos Humanos, da qual o Brasil é signatário. Disso resulta a inade-

quação de diversos dispositivos, o que há muito vem sendo apontado pela doutrina (FAUZI, 2018; GIACOMOLLI, 2014). De outro lado, sua estrutura burocrática, pautada na escrita e na centralidade do juiz, por exemplo, é agora percebida como defasada, como causa principal da morosidade do sistema de administração de justiça criminal brasileiro.

Consequência disso, já destacada, é a relativização das regras processuais em busca de celeridade. Tendo como base a premissa legitimadora da verdade real, consagrou-se a lógica de que os fins justificam os meios, e, assim, a inobservância das regras processuais desimporta quando o resultado alcançado retrata a verdade. Com base nessa premissa, as nulidades são relativizadas (inclusive as ditas absolutas), regras procedimentais são consideradas não vinculantes, o juiz abandona sua posição de imparcialidade e provas ilícitas passam a ser admitidas, por exemplo. O Cenário é de esvaziamento da garantia do devido processo legal. Afinal, qual o conteúdo dessa garantia constitucional, quando todas as regras processuais são flexibilizadas?

Dessa constatação decorre que a formatação codificada do processo penal brasileiro, porque defasada no tempo, não é mais apta à finalidade pretendida. De nada adiantam regras que determinem o afastamento do juiz por aparente suspeição, ou que estabeleçam o procedimento de produção de determinado meio de prova, ou mesmo as que exijam determinada prova para a demonstração da materialidade, se as mesmas são flexibilizadas e superadas em razão da ausência de prejuízo. De nada adianta a previsão teórica de garantias que, na *law in action*, não são concretizadas. Impõe-se rumar para um modelo em que as garantias sejam efetivamente concretizadas.

É nesse âmbito que se coloca a questão da justiça negocial. Seus instrumentos, como a transação penal, a aplicação de pena imediata e a colaboração premiada, inserem a persecução penal em uma nova velocidade, outra vez no sentido utilizado por Silva Sanchez para o Direito Penal material. Observadas determinadas garantias mínimas, e havendo consenso, a solução imediata afigura-se razoável e apta a otimizar o espaço jurisdicional, contribuindo para a eficiência (celeridade com garantias) da

² A propósito, sobre a distinção entre efetividade e eficiência, veja-se: FERNANDES, 2009.

persecução penal tradicional, reservada essa para determinados crimes e para os casos em que não houver consenso. No dizer de Reale Jr. e Wunderlich (2019), “É cediço que, se aplicadas com segurança, as soluções negociadas na seara penal podem contribuir para a resolução de conflitos, para a redução da morosidade judicial e para a diminuição do inchaço penitenciário.”

Efetivamente, no âmbito da criminalidade organizada, o incentivo à colaboração por meio de acordos é uma medida adequada à pretensão de eficiência da persecução penal. Sua necessidade, de outro lado, decorre da elevada complexidade do modus operandi dos crimes econômicos e praticados contra a administração pública, bem como da já mencionada exigência da imediata atuação estatal na investigação e na reprovação desses delitos. Ademais, o alargamento dos espaços de consenso no processo penal é uma tendência mundial.

Assim compreendidos, os mecanismos consensuais ou negociais poderão contribuir para um resultado mais eficiente da persecução penal. Naturalmente, porém, o regramento desses mecanismos precisa ser aprimorado. Bem delimitadas as hipóteses e os procedimentos, por certo no âmbito da negociação, o acusado terá concretizadas garantias que atualmente não o são na persecução penal tradicional. Mas a adequação desses mecanismos ao ordenamento jurídico brasileiro pressupõe regras procedimentais rígidas e bem definidas, imprescindíveis ao controle do exercício do poder punitivo pelos órgãos de persecução penal (CALLEGARI, 2019)³ e ao incremento dos níveis de confiança nas instituições e de segurança jurídica (REALE JR.; WUNDERLICH, 2019).

Este parece ser o cenário que se apresenta. A tendência negocial, consagrada pela Lei 12.850/13, alcançou os projetos de reforma do Código Penal e do Código de Processo Penal, ambos em tramitação no Congresso Nacional. Em ambos há previsões explícitas de justiça negocial agora também para os crimes comuns, observados alguns requisitos e certa limitação

relacionada à sanção penal abstratamente cominada. Também o recente Projeto Anticrime apresentado pelo Ministro da Justiça alarga sobremaneira os espaços de consenso na persecução penal. Inequivocamente, portanto, a justiça negocial é o novo horizonte. O desafio é estabelecer um regramento que ofereça garantias suficientes no âmbito de um modelo negocial, apto a justificar o abandono de princípios tão fundamentais à estruturação do modelo de persecução penal romano germânico como a legalidade e a obrigatoriedade da ação penal.

Referências

- BAUMAN, Zygmunt. **Medo Líquido**. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. 1. Ed. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2008.
- BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo**. Hacia una nueva modernidade. Paidós: Barcelona, 1998.
- CALLEGARI, André Luís; LINHARES, Raúl Marques. **Colaboração premiada: lições práticas e teóricas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.
- CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. Tradução: Roneide Venâncio Majer; atualização para a 6ª edição: Jussara Simões. A era da informação: economia, sociedade e cultura; v.1, São Paulo: Ed. Paz e Terra, 1999.
- CASTELLS, Manuel; CARDOSO, Gustavo (Orgs.). **A Sociedade em Rede: do conhecimento à ação política**; Conferência. Belém, Portugal: Imprensa Nacional, 2005.
- CHOUKR, Fauzi Hassan. **Iniciação ao processo penal**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2018.
- DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado. **Revista electrónica de ciência penal y criminologia**. nº 07, jan., 2005, p. 01-37.
- FELDENS, Luciano. **Direitos Fundamentais e Direito Penal: a Constituição Penal**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

³ A propósito, vide-se entrevista concedida pelo autor ao periódico Estadão, disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,e-hora-de-o-congresso-mudar-a-lei-da-colaboracao-premiada-diz-criminalista,70002884568>. Acesso em 02.07.2019.

FISCHER, Douglas; PEREIRA, Frederico Valdez. **As obrigações processuais penais positivas segundo as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

FERNANDES, Antonio Scarance. Reflexões sobre as noções de eficiência e garantismo no processo penal. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoid de [coord.]. **Sigilo no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Devido processo penal**. São Paulo: Atlas, 2014.

GIDDENS, Anthony. **Mundo em descontrole**: o que a globalização está fazendo de nós. Tradução: Maria Luiza X. de A. Borges. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Record, 2002b, p. 15.

GIDDENS, Anthony. **Modernidade e identidade**. Tradução: Plínio Dentzien. 1. Ed. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2002a, p. 20. Base de Dados Minha Biblioteca.

MAYA, André Machado. O processo penal na sociedade de risco: a persecução penal no Brasil entre os ideais de liberdade e segurança. **Revista de Estudos Criminais**, n. 73, Porto Alegre, maio/2019.

REALE JR., Miguel; WUNDERLICH, Alexandre. Justiça negocial e o vazio do projeto anticrime. **Boletim IBCCRIM**, n.º 318, maio/2019.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **La expansión del derecho penal. Aspectos de la Política Criminal en las sociedades postindustriales**. 2ª. Ed. Montevideo-Buenos Aires: B de f, 2006.

A (DES)CRENÇA NAS INSTITUIÇÕES DEMOCRÁTICAS EM TEMPOS DE ESCÂNDALOS DE CORRUPÇÃO¹

Bianca Medran Moreira²
Bárbara Guerra Chala³

1 Artigo escrito para o V Seminário Nacional Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis realizado pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP), na linha de pesquisa Tutelas à Efetivação de Direitos Públicos Incondicionados, no eixo temático Patologias Corruptivas e Interesses Públicos Indisponíveis.

2 Mestranda em Direito na Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). Especialista em Direito Constitucional e graduada pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Advogada. E-mail: bimedran@gmail.com

3 Mestranda em Direito na Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). Especialista em Direito de Família e Sucessões e graduada pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Funcionária Pública. E-mail: barbaragchala@gmail.com.

Resumo

O presente estudo tem por escopo analisar o crescente combate à corrupção, bem como a paradoxal e progressiva desconfiança da sociedade civil nas instituições pilares da democracia. A partir de uma investigação jurídica, sem a menor pretensão de esgotar a temática, a pesquisa bibliográfica, por meio do método dedutivo, busca demonstrar o porquê da relação contraditória, com o fito de instigar o debate sobre o reconhecimento do combate à corrupção como forma de avanço civilizatório, para além da punição dos desonestos, mas com fins à construção e edificação de um novo paradigma por intermédio da educação e conscientização da coletividade sobre o tema com o aprimoramento do sistema e das instituições públicas e privadas.

Palavras-chave: Civilização. Corrupção. Democracia. Educação.

Abstract

The present study aims to analyze the growing fight against corruption and the paradoxical, also progressive, distrust, of civil society, in the pillar institutions of democracy. From a juridical investigation, without the least pretension to exhaust the subject, the bibliographical research, through the deductive method, tries to discover the reason of the contradictory relation, to instigate the debate and recognition the fight against corruption as a form of civilization advance, above of the the dishonest punishment, to building a new collective sense, through education and awareness of the community on the subject, with the improvement of the system and public and private institutions.

Keywords: Civilization. Corruption. Democracy. Education.

1 Considerações iniciais

Este trabalho investiga a desconfiança da sociedade nas instituições democráticas, em tempos de corrupção obscena. Abordam-se, já inicialmente, importantes críticas e reflexões que surgiram com o combate à corrupção, no Brasil, para tentar superá-las. Na sequência, faz-se uma breve análise da cultura da impunidade, na tentativa de explicar, ainda que brevemente, o porquê de ser longo o caminho para a erradicação de práticas corruptivas. A partir dessas considerações, comentam-se as principais críticas.

Por derradeiro, defende-se a superação das reprovações ao combate à corrupção e argumenta-se, ainda, a ultrapassagem até mesmo das ideias de alargamento do direito penal. Propõe-se um olhar integral para o tema da corrupção, em conjunto com a mais importante ferramenta de edificação humana e transformação de paradigmas, a educação, como melhor forma de afrontar o problema. Isso porque somente por meio da educação e de políticas públicas direcionadas será possível alcançar o fortalecimento da democracia.

Em considerações finais, o esforço é nesse mesmo sentido: tecer reflexões e aventar melhores formas de enfrentamento da corrupção com vistas ao fortalecimento do sistema.

2 A eficiência no combate à corrupção e seu efeito colateral

Em obra sobre patologias corruptivas, Leal (2013, p. 80) traz a feliz informação de que o relatório anual Assuntos de Governança, publicado pelo Banco Mundial, mostra uma curva ascendente no índice que mede a eficiência no combate à corrupção no Brasil. A grande mídia, ainda que sem o aprofundamento necessário, nos últimos anos, noticiou o sucesso de grandes operações no desvelamento de esquemas que assaltavam o país. O que parecia significar avanço, porém, pa-

radoxalmente, produziu o reverso: pesquisas informam queda de confiança a níveis alarmantes da população nas instituições do País durante as últimas décadas e confirmam verdadeira crise na crença do brasileiro naquelas organizações que deveriam ser os pilares da democracia.

A 143ª pesquisa CNT/MDA, realizada em fevereiro de 2019, por exemplo, mostrou que a justiça e o governo estão muito atrás da igreja e das forças armadas no ranking de credibilidade. Em 2017, a pesquisa Edelman Trust Barometer (HEREDIA, 2017) apontou que 62% dos brasileiros não acreditavam nas instituições do país, bem como demonstrou que para 70% deles o maior medo é justamente o da corrupção.

No âmbito político, a principal crítica dos cientistas é no sentido de que há quem se beneficie com o discurso anticorrupção, eis que o populismo cresce a partir do enfraquecimento de todas as instituições democráticas. Destarte, a crítica é porque, como as punições nas grandes operações contra a corrupção são ínfimas (em função, por exemplo, dos acordos de delação premiada), elas terminam – recorrendo-se a uma expressão popular –, quase que em pizza.

Para piorar, a sociedade civil é levada a acreditar que o grande problema da atualidade é a corrupção, quando, na verdade, isso seria uma perigosa forma de tentar enfraquecer a democracia, causando a tomada de poder por grupos extremistas ou militares, o que conduziria, inevitavelmente, ao ápice da corrupção, ditaduras políticas e períodos sombrios. Nesse fanal, Saflate (2019, p.1) argumenta que

No entanto, há ainda dois casos mais brutais de corrupção, casos nos quais a apropriação privada do bem comum é ainda mais explícita. O primeiro é o exemplo privilegiado de corrupção no interior da filosofia política. Trata-se da tirania e do autoritarismo. A tirania é a pior forma de corrupção porque ela é a apropriação violenta da força do estado e de sua soberania por grupos particulares.

Apesar da referida preocupação ser legítima, essa análise parece reducionista, porquanto ignora os avanços e as possibilidades de progresso que a superação do resquício absolutista de impunidade dos governantes traz justamente para o fortalecimento das instituições democráticas e para a evolução desta forma de governo, notadamente se associada à conscientização e educação. Este trabalho, portanto, objetiva, de forma sucinta, analisar o cenário de combate à corrupção no país, as críticas e os debates políticos sobre esse e a necessidade de superação da descrença nas instituições para que a consequência do enfrentamento à corrupção, com exceção do desgaste ou da crítica aos métodos, seja propriamente o fortalecimento do governo igualitário e progressista, em especial por meio da educação e do aprimoramento ético e moral do sistema, para além, até mesmo, da ótica punitivista e da teoria dos incentivos⁴.

3 A chamada cultura da impunidade e uma breve análise das críticas filosóficas e sociológicas à luta contra a corrupção no Brasil

Em que pese a sujeição dos governantes à lei, fundamentada e sedimentada pelo advento do próprio Estado de Direito, na prática ainda é possível perceber resquícios absolutistas da impunidade dos governantes, vestígios de quando o poder era concentrado nas mãos do imperador e ele não estava sujeito à lei alguma. A título de ilustração, essa irresponsabilidade era explicitamente positivada. Com efeito, o artigo 99 da Constituição Brasileira do Império, de 1824, dispunha que: “A Pessoa do Imperador é inviolável, e Sagrada: ‘Ele não está sujeito a responsabilidade alguma’”. Nos dias atuais, ainda persiste o que se pode chamar de uma cultura de

4 A teoria dos incentivos entende, resumidamente, no que é pertinente para esta leitura, que se deve criar uma estrutura de incentivos para desestimular as práticas de corrupção e, também, estimular, com premiações, denúncias de civis contra a corrupção, por exemplo.

impunidade da elite político-empresarial, mesmo imperando a democracia.

A dificuldade no trâmite e o encalhamento dos procedimentos que investigam e processam agentes políticos e cidadãos que pertencem a classes privilegiadas parecem testemunhar nesse sentido. Percebe-se, assim, que a própria vinculação de algumas classes à ordem é um processo histórico que ainda precisa ser conquistado e construído. Para melhor avaliar o tamanho da complexidade do tema, salienta-se que importantes historiadores chegam a afirmar que a própria fundação da república brasileira não ocorreria se não fossem as corrupções das elites em relação à coroa portuguesa (ROMEIRO, 2017, p. 96).

A ideia de que os crimes praticados por governantes e indivíduos pertencentes a classes favorecidas não são investigados ou, quando o são, os processos não seguem adiante, em uma espécie de seletividade do direito penal para essas pessoas, não só faz parte do inconsciente coletivo como é retratada nos dados estatísticos. Uma das fases da famosa operação Lava Jato, inclusive, foi batizada de *Erga Omnes*, expressão em latim que significa para todos, a qual chamou a atenção da imprensa internacional porque, de acordo com a polícia, indicaria um esforço para acabar com a cultura da impunidade entre as classes privilegiadas do Brasil.

Assim, o combate à corrupção é um avanço democrático que visa o fortalecimento das instituições. Entretanto esse tem como efeito colateral o desgaste dos poderes e a sensação pública em sentido diametricamente oposto ao seu objetivo, pois o povo, quando toma conhecimento dos escândalos de corrupção, passa a desacreditar no sistema, ao invés de refletir que, se está ocorrendo controle, investigação e denúncia, é justamente porque o sistema está funcionando.

Nesse sentido, a crítica de que uma supervalorização do problema da corrupção possa servir para inflar discursos que originem sistemas autoritários é pertinente, mas só beneficia o retrocesso e a cultura da impunidade. A reprovação dos avanços no combate à corrupção, como se a ruína do mode-

lo fosse necessariamente a ruína da política, não se sustenta. A pergunta não deveria ser “a quem beneficia a descrença nas instituições?” e, sim, “a quem beneficia a impunidade dos governantes?”. O que se propõe é que a válvula de escape para este problema seja o aprimoramento ético e moral de todo o sistema por meio de políticas públicas e principalmente educativas.

O ideal seria um comprometimento de toda a sociedade com a união de esforços para a implementação de medidas educativas de prevenção e educação para combate à corrupção, com fins à evolução do processo civilizatório e, conseqüentemente, ao fortalecimento da democracia, sempre que o tema estivesse em voga. Todavia os meios de comunicação, por exemplo, tanto comerciais quanto alternativos (que inegavelmente prestam relevante serviço denunciativo), tratam a corrupção sem o aprofundamento necessário e talvez, em muito nesse aspecto, contribuem para que o senso comum seja de descrença nas instituições, especialmente quando exploram sem propósito e fundamento os avanços do combate à corrupção no Brasil, descompromissadas com reflexões mais profundas e dados fidedignos. De outro lado, os juristas, apesar de dizerem que a luta contra a corrupção é um objetivo comum, usualmente atacam, pelas mais diversas razões, as principais medidas de combate. Nesse sentido, ressalta Lopes Júnior (2015, p.12) sobre as dez medidas contra a corrupção:

É óbvio que não se está a fazer qualquer apologia à corrupção, um crime grave e uma conduta extremamente danosa para a sociedade. Punir é necessário e civilizatório, mas medidas assim, casuísticas e claramente populistas, em nada contribuem para uma discussão séria sobre o problema. Mais do que oportunismo, existe um engodo nesse movimento: aproveitando a onda de revolta com a corrupção, produzida pela operação Lava Jato, vem a proposta punitivista com esse apelo e pano de fundo.

Ética e honestidade precisam ser vistas realmente e honestamente como objetivos comuns a todos para que o avanço seja efetivo. A corrupção, não o seu combate, enfraquece a democracia, pois é a principal culpada pela ineficácia dos direitos sociais. Em 2014, a Polícia Federal, em força-tarefa com o Ministério Público Federal (MPF), deflagrou grandes operações anticorrupção, descobriu e desestruturou enormes esquemas criminosos que assaltavam o país com gigantescos desvios de dinheiro público. A operação recebeu o nome de Lava Jato e trouxe, de forma pioneira e inédita, ao Poder Judiciário o processamento de políticos, empresários, empreiteiros, executivos e privilegiados economicamente.

É importante exigir que este tema não seja avaliado sob o olhar apaixonado, ideológico e, conseqüentemente, comprometido. Não se trata de defender ou não a operação Lava Jato e todos os seus métodos, menos ainda o desdobramento de todos os seus processos (que, inclusive receberam críticas pertinentes de notáveis, como Luigi Ferrajoli⁵). Também não se pretende ignorar a necessidade de efetivação do sistema de garantias penais; todavia é impossível não reconhecer o avanço e a evidente independência e força das instituições para perquirir crimes praticados pelas mais altas castas de poder econômico e político.

O episódio, aliás, não tem precedentes na história do país. Só isso, pelo menos em primeira análise, deveria fazer o brasileiro crer nas instituições democráticas e não o contrário. Dizer, por exemplo, que a forma como o MPF maneja o discurso de combate à corrupção apenas ampliou o trauma psicossocial da corrupção é insensato, ignora os progressos conquistados até aqui e em nada constrói para os avanços que parecem ser objetivos comuns e urgentes a toda sociedade.

5 Luigi Ferrajoli, em discurso no Parlamento em Roma, referiu-se à operação como “processo de perseguição e espetacularização midiática” (JUSBRASIL, 2017).

4 Considerações finais

Apesar de dados do índice de Percepção da Corrupção (TRANSPARÊNCIA, 2019) comprovarem que em sistemas nos quais se amplia o direito penal para o combate à corrupção esta ocorre menos, entende-se que o fortalecimento do espírito de (re)educação comportamental dos agentes públicos e privados, com a construção de uma rede que solidifique o sistema para construir uma sociedade proba e progressista, parece ser a melhor alternativa em busca de uma democracia efetiva⁶. Esse gerará mais que sensação de segurança, mas uma verdadeira erradicação da corrupção.

No Brasil, por exemplo, os critérios de elegibilidade não exigem qualquer requisito intelecto-moral do candidato, motivo pelo qual, não raro, a sociedade elege representantes com ideias mais vinculadas ao senso comum do que ao saber científico. Nesse contexto, a despeito da teoria de interligação dos saberes⁷, é inegável a importância de formação formal dos agentes públicos para que estes conheçam e não pratiquem crimes contra a administração pública e tantos outros ao seu alcance.

Pesquisas mais recentes indicam que – diferentemente de estudos anteriores que denunciaram o que ficou conhecido como jeitinho brasileiro e diziam, em suma, que o povo brasileiro é corrupto no seu cotidiano e pratica pequenas corrupções – o brasileiro não é tão corrupto como se pensa. O Barômetro Global da Corrupção (2017), por exemplo, apon-

6 A utilização do termo efetiva faz alusão aos teóricos que entendem que a democracia é uma ilusão na maioria das sociedades modernas. Nas palavras de Michels (2001, p.81), “[...] o princípio democrático aparenta ser uma utopia porque inviável no atual cenário político que todos tenham uma influência igual e a mesma participação na administração dos interesses comuns. Seja porque a democracia direta é burocrática e inviável para a tomada de todas as decisões, seja em razão do sistema representativo ser eivado de vícios individuais egoísticos”. Nesse mesmo sentido, o poeta Carlos Drummond de Andrade (1990, p. 38) é autor da célebre frase que diz: “Democracia é a forma de governo em que o povo imagina estar no poder”.

7 Interligação dos saberes é um dos conceitos que fundamenta a crítica ao ensino fragmentado. Tem como seu principal pesquisador Edgar Morin, pensador francês, pai da Teoria da Complexidade, para quem o ser humano é reducionista por natureza e, por isso, é preciso combater a simplificação para entender melhor o mundo. Morin (2003) defende a interligação de todas as áreas do conhecimento e combate o reducionismo instalado em nossa sociedade.

tou o País como o menos corrupto da América Latina, dois anos atrás. O discurso anticorrupção necessita, certamente, de reflexão crítica, mas o combate é um processo que precisa ser construído para que haja avanços concretos capazes de produzir novas perspectivas. O caminho não é curto e o enfrentamento passa pelo deslocamento do tratamento e pela adoção de atenção multidisciplinar ao tema. Informar e educar já é antídoto para honestidade, integridade e probidade, mas educar com vista à erradicação da corrupção parece a melhor alternativa de batalha.

O resgate – não somente da crença dos cidadãos nas instituições democráticas, como da própria construção do sistema de governo do povo – será possível apenas quando o tema da corrupção for preocupação impregnada em todo sistema educacional e nas principais políticas públicas do País. É preciso acreditar na força de cada cidadão para construir uma sociedade íntegra e levar a sério os mecanismos disponíveis para enfrentamento do que é, sim, o maior obstáculo ao progresso da atualidade: a corrupção.

Referências

ANDRADE, Carlos Drummond de: **O Avesso das Coisas**. 2ª Edição. Record, 1990, p.38.

BARBOSA, Lívia. **O Jeitinho Brasileiro**. 10. reimpr. Rio de Janeiro: Elsevier, 2003.

BARÔMETRO Global da Corrupção. **Portal EBC**. Disponível em: <http://www.ebc.com.br/barometro-global-da-corrupcao>. Acesso em: 12 maio 2019.

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brazil**. Rio de Janeiro, 25 mar. 1824. Manda observar a Constituição Política do Império, oferecida e jurada por Sua Magestade o Imperador. Coleção das Leis do Império do Brasil de 1824, p. 7. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm. Acesso em: 10 maio 2019.

CONFEDERAÇÃO Nacional de Transportes. **Pesquisa CNT/MDA**: relatório síntese. Rodada 143. 21-23 fev. 2019. Disponível em: <https://www.cnt.org.br/pesquisas>. Acesso em: 12 maio 2019.

DALLAGNOL, Deltan. **A Luta Contra a Corrupção**. Rio de Janeiro: Sextante, 2017.

HERÉDIA, Thais. **62% dos Brasileiros não Acreditam nas Instituições do País, diz pesquisa**. Portal G1, 08 mar. 2017. Disponível em: <http://g1.globo.com/economia/blog/thais-heredia/post/62-dos-brasileiros-nao-acreditam-nas-instituicoes-do-pais-diz-pesquisa.html>. Acesso em: 26 abr. 2019.

JUSBRASIL. **Crítica de Ferrajoli à Lava Jato Deveria Acender o Alerta Contra o Populismo Jurídico**. 20 abr. 2017. Disponível em: <https://portal-justificando.jusbrasil.com.br/noticias/450382050/critica-de-ferrajoli-a-lava-jato-deveria-acender-o-alerta-contra-o-populismo-juridico>. Acesso em: 10 maio 2019.

LEAL, Rogério Gesta. **Patologias corruptivas nas relações entre estado, administração pública e sociedade**: causas, consequências e tratamentos. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2013.

LOPES JÚNIOR, Aury. Mudanças no Sistema Recursal: só esqueceram de combinar com a Constituição. **Boletim IBCCRIM**, ano 23, n. 277, p. 12-14, dez. 2015. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/site/boletim/pdfs/Boletim277.pdf>. Acesso em: 10 maio 2019.

MAX, Diogo. **Veja a Repercussão Internacional das Prisões da Lava Jato**. Portal Exame, 20 jun. 2015. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/brasil/veja-a-repercussao-internacional-da-prisoes-da-lava-jato/>. Acesso em: 03 maio 2019.

MICHELS, Robert. Los partidos políticos: um estúdio sociológico de las tendencias oligarquicas de la democracia moderna. Tradução Enrique Molina de Vedia. Buenos Aires: Amarrortu, 2001.

MORIN, Edgar. **Os Sete Saberes Necessário a Educação do Futuro**. Tradução Catarina Eleonora F. da Silva e Jeanne Sawaya. 8. ed. Brasília, DF: UNESCO, 2003.

ROMEIRO, Adriana. **Corrupção e Poder no Brasil**: uma história, séculos XVI a XVIII. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2017.

SAFLATE, Vladimir. **A Verdadeira Corrupção**. Portal Folha de São Paulo, 21 set. 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/vladimirsafatle/2018/09/a-verdadeira-corrupcao.shtml>. Acesso em: 9 maio 2019.

TRANSPARÊNCIA Internacional Brasil. Índice de **Percepção da Corrupção**. 2018. Disponível em: http://ipc2018.transparenciainternacional.org.br/?gclid=EAIaIQobChMIhL2Uzc-CR4gIVEoKRCh2aWwt2EAAYASAAEgK9T_D_BwE. Acesso em: 9 maio 2019.

A DESCENTRALIZAÇÃO NO FEDERALISMO E A EFETIVIDADE DA PARTICIPAÇÃO NA GESTÃO PÚBLICA

Bruna Lietz¹

¹ Mestranda em Direito na área de concentração Fundamentos Constitucionais do Direito Público e do Direito Privado. Especialista em Direito do Estado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Especialista em Direito Público com ênfase em Direito Constitucional pela Uniasselvi. Advogada. E-mail: Bruna.Lietz@edu.pucrs.br

Resumo

Este artigo tem como objeto a análise da efetividade do federalismo democrático na participação dos cidadãos na gestão pública dos entes federais e dos mecanismos legais que conferem eficiência a estes. Assim, pretende-se responder o problema de pesquisa: Qual a relevância do federalismo e da descentralização para a efetividade da participação na gestão pública? Para isso, em um primeiro momento, será realizada uma breve explanação do federalismo democrático de Augusto Zimmermann e os três pilares deste. Após, realizar-se-á uma explanação sobre os principais aspectos das legislações brasileira que preveem a participação dos cidadãos e, por fim, analisar-se-á a descentralização como fator de efetividade. Com isso, visa-se demonstrar que as disposições legais conferem eficiência à participação na gestão pública, sendo que a descentralização promove a efetividade desta.

Palavras-chave: Federalismo. Descentralização. Gestão pública.

Abstract

The objective of this paper is to analyze the effectiveness of democratic federalism on the participation of citizens in the public administration of federation entities and legal mechanisms that give them efficiency. Thus, we intend to answer the research problem: What is the relevance of federalism and decentralization for the effectiveness of participation in public administration? For that, in a first moment it will be realized a brief explanation of the democratic federalism of Augusto Zimmermann and his three pillars will be made, after an explanation about the main aspects of the Brazilian legislation that foresees the participation, and finally, will be analyzed the decentralization as an effectiveness factor. With this, it aims to demonstrate that the legal provisions make efficient the participation in the public administration, being that the decentralization promotes its effectiveness.

Keywords: Federalism. Decentralization. Public administration.

1 Considerações iniciais

A participação dos cidadãos e dos grupos sociais na gestão pública relaciona-se diretamente com políticas públicas estatais, as quais, por sua vez, são formuladas dentro de uma terminada forma de Estado, que no caso brasileiro é o federativo. O federalismo e seus elementos comuns ao serem estruturados em um Estado assumem formas e contornos próprios, entretanto alguns valores são inerentes àqueles para conferir uma maior qualidade democrática à sociedade que se está ordenando.

Nesta perspectiva, a teoria do federalismo democrático e a descentralização que lhe é pilar relacionam-se intimamente com a estruturação estatal, uma vez que apresentam consequências na participação dos indivíduos na gestão pública como ocorre ao definir a existência de três esferas de governo. Este é, especificamente, o objeto do presente artigo, o qual foca na descentralização como fator de efetividade da participação dos cidadãos na gestão pública.

2 A descentralização no federalismo e a efetividade da participação na gestão pública

A efetiva participação e o controle por parte de movimentos e grupos comunitários são elementos que completam a implementação e o alargamento da sociedade democrática descentralizada (WOLKMER, 1994, p. 226). Nesta perspectiva, passa-se à análise da descentralização promovida pelo federalismo por meio da teoria geral do federalismo democrático proposta por Zimmermann (2014).

2.1 O federalismo democrático: a descentralização política, o pluralismo e o princípio da subsidiariedade

A estrutura estatal de determinado país tem por influência os aspectos históricos, socioculturais, econômicos e as heterogeneidades daquele, sendo que tal estruturação exerce influência sobre o ordenamento jurídico adotado. O federalismo² é expressão desta relação quando considerada a flexibilidade (CAMARGO, 2001, p. 69) para estruturar-se a um contexto real diante das peculiaridades daquele que o adota e dos efeitos sobre a estrutura jurídica do Estado, notadamente quanto à distribuição de poder.

Os valores atinentes ao federalismo pressupõem a divisão do poder estatal em mais de um nível de governo, sendo que na estruturação de uma federação há uma escolha que perpassa a ponderação entre a centralização e a descentralização dada à imprescindibilidade da atribuição dos fins estatais a mais de um nível. A concessão de poder a mais de uma esfera irradia efeitos sobre todo o ordenamento jurídico³.

Notadamente, na atualidade, o Estado deixou de se preocupar apenas com a sua manutenção para adotar novas atribuições, como a promoção de direitos prestacionais e a correção de falhas de mercado, trazendo estas como desideratos constitucionais. Ademais, é no contexto das atribuições estatais que o federalismo irradia efeitos sobre a participação na gestão pública, constituindo um instrumento para sua efetivação.

Analisando esta descentralização inerente às federações, o autor Zimmermann (2014) formulou uma teoria geral do fede-

ralismo democrático, por meio da qual traz que este possui três pilares fundamentais, quais sejam: a descentralização política, o pluralismo federativo e o princípio da subsidiariedade, sendo o primeiro o objetivo de análise no presente trabalho.

A descentralização política é um processo garantidor de autoridade e recursos para os governos regionais, o que leva a um processo de diversificação do poder estatal uma vez que na divisão vertical há uma adaptação às contextualizações locais, além da aproximação do cidadão das fontes do poder estatal, como será demonstrado. Esta descentralização pressupõe a autonomia⁴ político-administrativa e financeira⁵, sendo a primeira de relevância para a análise da participação na gestão pública. Eis que a autonomia financeira está relacionada às condições financeiras para o exercício das competências conferidas ao ente, ao passo que refere-se à capacidade de se organizar e administrar.

Nesta perspectiva de autonomia político-administrativa os entes descentrais devem possuir não somente competência, mas também de serem responsáveis pelas escolhas relacionadas ao exercício dessas, já que há matérias as quais a responsabilidade pela execução diverge do titular do poder decisório⁶.

A descentralização do poder, nesta perspectiva, leva uma ideia de democracia que se relaciona com maior legitimidade às decisões e aos gastos públicos no contexto federativo, dada a aproximação do cidadão e dos grupos sociais com o poder político. Esta análise também pode ser empreendida sob a ótica da participação desses na gestão pública, como passa-se a expor.

2 O presente trabalho foi estruturado considerando federalismo e federação como conceitos diversos. O termo federalismo corresponde à "dimensão da teoria política e da Teoria do Estado mais propriamente, que busca referir as generalidades do sistema federal, sua rede de valores, pontos de consenso, enfim, os vários aspectos comuns a todo e qualquer sistema que seja estruturado federativamente" (REVERBEL, 2007, p. 21). O termo federação, por sua vez, corresponde à aplicação concreta destes valores e ideias e está "centrada nos arranjos institucionais possíveis [...]". Trata especificamente dos órgãos componentes da federação e das inter-relações existentes entre eles" (REVERBEL, 2007, p. 43).

3 Observa Bastos (1995, p. 105-107) que, embora haja a predominância no Brasil da discriminação de competências em caráter exclusivo, não se trata de regra geral às federações, eis que em outros países adotam-se outras modalidades como concorrentes e partilhadas ou então formas mistas por meio da combinação de tais modalidades.

4 A autonomia dos entes deve ser vista na federação como plena dentro de suas competências, ou seja, dentro e até o que foi fixado na Constituição Federal, razão pelo qual, nos termos conferidos pela lei fundamental, os entes se autogovernam, incluindo a possibilidade de escolher seus governantes e de agir por vontade própria em relação a tais assuntos (DALLARI, 1986, p. 18).

5 Observa Horta (2010, p. 330) que o conceito de autonomia foi inserido no campo do direito público pela política como um título às reivindicações das comunidades locais contra o poder central.

6 Neste sentido expõem Vazquez e Gomes (2012) a distinção entre execução e autoridade decisória com o fim de prever os efeitos dos arranjos verticais dos estados nacionais. Ademais, expõem os autores que a autoridade da União para normatizar as políticas executadas pelos governos subnacionais está orientada a promover regras homogêneas e que com os recursos institucionais há um aumento exponencial na capacidade de coordenação federal das políticas executadas pelos governos subnacionais. Nesta perspectiva, os autores trazem como exemplo políticas na área da saúde, programas de transferência de renda, política de educação fundamental, entre outros.

2.2 A descentralização como fator de efetividade da participação na gestão pública

A participação na gestão pública apresenta-se como um direito dos cidadãos decorrente da cidadania, o qual possui dimensão de princípio fundamental inerente à própria natureza do Estado Democrático de Direito, como expõe Favreto (2016). Este princípio fundamental tem sua efetivação relacionada à forma como o estado é organizado, especialmente ao se tratar do federalismo e da divisão do poder em múltiplos níveis que lhe é decorrente. A ideia de esferas de governo em um plano vertical traz a centralização e a descentralização, bem como remete a uma aproximação, neste último, do indivíduo.

Zimmermann (2014, p. 152) observa que a descentralização federativa traz impactos ao controle popular do poder estatal, uma vez que cria esferas mais próximas ao cidadão que ocasiona uma participação social mais intensa fazendo o governo um mero reflexo dos anseios dos governados. Essa análise não se limita apenas à perspectiva do jurista Motta (1994), quem expõe que por presunção a população em geral não compreende nem possui informações sobre a repartição de fundos ou receitas entre esferas de governo, sendo que “a demanda da população por serviços e atendimento a necessidades básicas se faz indiferentemente da consciência acerca de distinções jurídicas e é canalizada para a autoridade pública mais próxima” (MOTTA, 1994, p. 181).

Nesta perspectiva, a descentralização e a participação na gestão pública estão intimamente ligadas, uma vez que a instância de poder mais descentralizada tem como ínsita uma maior participação, independentemente dos mecanismos estabelecidos na ordem jurídica. Ademais, é interessante observar que pequenos grupos têm baixa representatividade e, como observa Motta (1994), a incapacidade de influir na política pública reforçam nos indivíduos e grupos o sentimento de dominação por parte dos governantes⁷.

7 Na perspectiva de Freitas (2015, p. 114), a condução da coisa pública tem sido operada historicamente pelas lideranças políticas de forma patrimonial, administrando os interesses coletivos

Neste prisma de descentralização do poder como opção de organização política aliado à criação de organizações mais democráticas, os indivíduos têm um controle sobre questões de importância imediata à vida comunitária, o que retoma a afirmação de ser a descentralização um dos pilares do federalismo democrático.

2.3 O federalismo brasileiro e os instrumentos jurídicos de participação na gestão pública: algumas reflexões

O Brasil⁸ adota o federalismo desde 1891, havendo durante este período momentos de descentralização. Entretanto a centralização é uma marca especialmente histórica⁹, pois, embora sempre tenha sido consagrado o federalismo, em alguns textos constitucionais este era apenas nominal¹⁰. Este contexto

mediante práticas clientelistas, com pouca transparência, sem abrir espaços para que a população possa ser legitimamente representada, e elaborando seus próprios projetos.

- 8 Observa Motta (1994, p. 191) em uma perspectiva histórica e comparada que a proximidade da gestão pública com o cidadão sempre foi a base da organização política nos países anglo-saxões, sendo que nestes a administração pública sempre incorporou uma base de poder local, não somente refletida em legislação específica, mas, sobretudo, no exercício constante de uma solidariedade comunitária. Essa organização de base inibe influências de instâncias superiores e longínquas de poder nos assuntos de interesse local. Ademais, expõe que nos países latinos o poder central procura impor às comunidades locais não apenas formas de organização política, como também chega a prescrever mecanismos de relacionamento e deveres de solidariedade. Especificamente quanto ao Brasil, onde o autor considera que prevalece a prescrição latina de tutela e a realidade de nação em desenvolvimento, com relações frágeis entre o Estado e a sociedade, os domínios políticos tradicionais são capazes de inibir e distorcer os valores mais amplos da participação e da descentralização.
- 9 Este pensamento é expresso por Zimmermann (2014, p. 357) ao considerar que se realizada uma análise rigorosa sobre elementos durante o período do federalismo no Brasil, ou seja, sobre a existência de autogoverno pelos entes da descentralização democrática ou do princípio da subsidiariedade, bem como de uma verdadeira representação regional no poder central, poderia se concluir que jamais houve um autêntico federalismo, uma vez que tais elementos não eram estruturados de forma a serem efetivados nos diversos períodos históricos pelos quais passou a organização estatal sob a forma federal.
- 10 Observa Horta (1969, p. 47), ao referir-se ao texto constitucional de 1937, que embora este conservasse a forma federal de Estado, tratava-se, em verdade, de federalismo nominal, que não ultrapassou o texto escrito e permaneceu inaplicado. Deste modo, ainda que a constituição preveja a forma federal, tal pode restringir-se somente a este, não se aplicando na realidade, tratando-se isto do federalismo nominal, termo utilizado por Karl Loewenstein, conforme Raul Horta, para designar os textos constitucionais inaplicados, cuja validade normativa se exaure na inobservância inveterada.

histórico¹¹ apresenta reflexos na nossa atual estrutura no sentido desta ser centralizada¹².

Neste viés, embora a descentralização seja fator qualitativo da participação na gestão pública no atual contexto jurídico-federativo, ela apresenta-se limitada pela estrutura da organização estatal, entre os quais está a concessão de competência decisória ao poder central e a executória aos descentrais. Ainda, é de se considerar que os mecanismos previstos no nosso ordenamento jurídico, cujo objetivo é conferir eficiência à participação na gestão pública, decorrem, em grande maioria das vezes, de normas editadas pelo poder central sem a participação dos poderes mais descentralizados.

A não participação dos municípios na elaboração dos instrumentos jurídicos que conferem à participação na gestão pública definições pelo poder central não desnatura a participação promovida pela descentralização, eis que lhe é ínsita, além de não impedir que os entes descentrais criem mecanismos de efetivar este direito, que é decorrente da cidadania.

3 Considerações finais

A descentralização promovida no contexto federativo apresenta-se como um fator de efetividade à participação na gestão pública, uma vez que as demandas dos cidadãos são canalizadas para a autoridade pública mais próxima, o que se relaciona à participação democrática e à cidadania. Nesta perspectiva, a forma federativa e a descentralização são fatores de organização estatal relevantes, o que não dispensa a análise os aspectos da federação em si para verificar a efetividade e eficiência desta. No contexto brasileiro, há uma mitigação dessas quando o poder decisório está centralizado e o executório, des-

centralizado. Assim também ocorre na criação de instrumentos jurídicos de participação na gestão pública sem a participação dos Municípios.

Os mecanismos legais hoje existentes são criados em regra por órgãos centrais de forma que, dentro de contextos descentrais, embora sejam eficientes, não apresentem o melhor resultado, sendo que a participação formal instituída por tais mecanismos é absorvida pelo que podemos denominar de participação substancial decorrente das descentralizações.

Referências

- BASTOS, Celso Ribeiro. A Federação e o Sistema tributário. In: BASTOS, Celso Ribeiro (Coord.). **Por uma nova federação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p.96-119
- CAMARGO, Aspásia. Federalismo cooperativo e o princípio da subsidiariedade: notas sobre a experiência recente do Brasil e da Alemanha. In: HOFMEISTER, Wilhelm; CARNEIRO, José Mario Brasiliense (org.). **Federalismo na Alemanha e no Brasil**. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001. p. 69-94.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Estado Federal**. São Paulo: Ática, 1986.
- FAVRETO, Rogerio. **Direito De Participação Na Gestão Do Estado: uma Garantia Constitucional**. 2016. 21 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2016.
- FREITAS, Leana Oliveira. Políticas públicas, descentralização e participação popular. **Rev. Katálysis**, Florianópolis, v. 18, n. 1, p. 113-122, jun. 2015.
- HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- HORTA, Raul Machado. Evolução política da federação. In: **Revista de ciência política**. p.30-61 jan./mar. 1969.

11 Não somente fatores históricos, mas também fatores econômicos (REZENDE, 2006, p. 12), tributários (REZENDE, 2001, p. 185-186), de heterogeneidades, entre outros levam a uma centralização de competências.

12 A consideração da presente ordem ser centralizada não é uma posição sem controvérsia uma vez que diversos autores têm apresentado que a atual ordem constitucional é descentralizada, tanto que os Municípios constituem entes da federação dotados de autonomia.

MOTTA, Paulo Roberto. Participação e descentralização administrativa: lições de experiências brasileiras. **Revista de Administração Pública**, v. 28, n. 3, p. 174-194, jul.-set. 1994.

REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. Federalismo, descentralização e subsidiariedade. In: SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha; ÁVILA, Marta Marques; (Coord.). **Direito do Estado - Estudos sobre o federalismo**. Porto Alegre: Dora Luzzatto, 2007. p.39-64.

REZENDE, Fernando. Compensações financeiras e desequilíbrios fiscais na federação brasileira. In: HOFMEISTER, Wilhelm; CARNEIRO, José Mário Brasiliense. **Federalismo na Alemanha e no Brasil**. São Paulo: Konrad Adenauer, 2001. p. 185-200.

REZENDE, Fernando. Os desafios do federalismo fiscal. In: REZENDE, Fernando (coord.). **Desafios do Federalismo Fiscal**. Rio de Janeiro: FGV, 2006. p.11-24.

VAZQUEZ, Daniel; GOMES, Sandra. As relações verticais na federação brasileira: explorando o problema da descentralização e da autonomia. In: ARRECHE, Marta (coord.). **Democracia, Federalismo e Centralização no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora FGV; Editora Fiocruz, 2012. p. 145-172.

ZIMMERMANN, Augusto. **Teoria Geral do Federalismo Democrático**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico – Fundamentos de uma Nova Cultura no Direito**. São Paulo: Alfa-ômega, 1994.

A DESCONSIDERAÇÃO INVERSA DA PERSONALIDADE JURÍDICA: BREVE ANÁLISE DO CASO CAOÁ

Paula Ferla Lopes¹
José Tadeu Neves Xavier²

1 Mestranda pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). Especialista em Direito de Família e Sucessões pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Integrante do Grupo de Pesquisa Relações Tensionais entre Mercado, Estado e Sociedade Interesses Públicos versus Interesses Privados de coordenação do Prof. Dr. José Tadeu Neves Xavier.

2 Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Santiago de Compostela (Espanha), doutor e mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), professor na Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP) nos cursos de graduação e mestrado em Direito, na Escola da Magistratura do Trabalho do Rio Grande do Sul (FEMARGS) e na Faculdade IMED/Porto Alegre. Advogado da União.

Resumo

O presente trabalho dedica-se ao estudo da modalidade inversa da teoria da desconsideração da personalidade jurídica com a análise do paradigmático Caso Caa. Destaca-se no trabalho a importância do reconhecimento da modalidade inversa e o incentivo à sua utilização quando verificados os requisitos autorizadores previstos no artigo 50 do Código Civil, a fim de preservar credores que se veem prejudicados pela atitude ilícita realizada nesse contexto.

Palavras-chave: Caso Caa. Confusão patrimonial. Desconsideração da personalidade jurídica. Desconsideração Inversa.

Abstract

The current text analyzes the study of the disregard of legal entity in its reverse modality on the known Caa Case. Emphasis taken on the importance of recognizing the reverse modality and encouraging its use when verifying the authorizing requirements set forth in article 50 of the Civil Code, in order to preserve creditors who had been harmed by the illegal action taken in this context.

Keywords: CAOAO Case. Commingling of assets. Disregard of Legal Entity. Reverse Disregarding.

1 Introdução

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica é um instituto que merece cada vez mais atenção, haja vista sua aplicabilidade prática, que se coaduna com diversas situações do cotidiano. Por meio daquela é possível proteger terceiro que se vê prejudicado em face de um desvio – termo aqui utilizado de forma ampla – realizado por um sócio no âmbito de uma sociedade empresária.

Diante disso, esse desvio pode ocorrer de duas formas: quando a entidade é devedora de uma obrigação e não possui bens ou quando o sócio possui uma obrigação pessoal e, de igual forma, não possui bens. A partir dessas situações é possível que se alcance o patrimônio dos sócios – no primeiro caso – e da sociedade – no segundo – por meio da desconsideração da personalidade jurídica nas modalidades tradicional e inversa, respectivamente. Para que se possa realizar esse alcance, todavia, alguns critérios devem ser observados, a fim de que não haja a banalização da relativização da autonomia patrimonial.

O presente trabalho, portanto, busca realizar uma análise pormenorizada – ainda que de forma breve – da modalidade tradicional da desconsideração da personalidade jurídica, contextualizando quando poderá ser aplicada e utilizando para isso análise de caso concreto. Para tanto, em um primeiro momento, realizar-se-á um histórico acerca da teoria da desconsideração da personalidade jurídica com enfoque nos campos doutrinário e legislativo, para que se conheçam os requisitos autorizadores de sua incidência e a forma como aquela poderá ser aplicada. Posteriormente, tal análise será transposta ao Caso CAOAO, com o intuito de verificar na prática sob quais fundamentos ocorreu a utilização desta modalidade de desconsideração.

2 O sentido da desconsideração inversa da personalidade jurídica

A formulação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica é encontrada no direito da common law, no século XIX, a partir do ativismo de tribunais, para servir de instrumento de enfrentamento pretoriano aos casos de utilização indevida de entes personalizados de atuação na seara negocial em claro prejuízo injusto aos credores da entidade. Logo, a melhor forma de se inserir neste importante tema da área jurídico-econômica é revisitar os casos que lhe serviram de manjedoura: os casos *Bank of United States versus Deveaux* (EUA) e *Salomon versus A. Salomon & Co. Ltd.* (Inglaterra).

O primeiro caso é datado de 1809 e decorreu de discussão sobre a extensão da competência dos tribunais federais norte-americanos, de regra limitada ao conhecimento das lides envolvendo cidadãos de diferentes unidades federativas. Nele o conhecido juiz Marshall acabou por preservar a jurisdição das cortes federais sobre as sociedades anônimas que contavam em seus quadros societários com acionistas residentes em estados distintos. A partir dessa ideia, o juiz teria “ultrapassado o véu da sociedade”, já que a personalidade jurídica foi afastada com o objetivo de preservar a jurisdição das cortes federais (AGUIAR, 2015).

O segundo julgado, por sua vez, é conhecido pela maioria da doutrina como o *leading case* da *disregard doctrine*. Tal caso é datado de 1897 e teve sua importância em face da situação fática apresentada: Aaron Salomon possuía um negócio de peles e botas e, junto a seis familiares, criou uma sociedade na qual cada um dos seis era detentor de uma ação, ao passo em que todas as restantes pertenciam ao próprio Aaron. Ocorre que Aaron Salomon simplesmente esvaziou o patrimônio de sua firma individual e o colocou integralmente na entidade que havia criado, mas mantendo-se como credor privilegiado, o que prejudicou os demais credores da corporation que não poderiam se valer do patrimônio da pessoa jurídica para saldar seus créditos. Em primeiro grau, a Justiça inglesa considerou a atitude de Sa-

lomon fraudulenta, todavia tal decisão foi reformada pela House of Lords que não vislumbrou nenhuma irregularidade na conduta de Salomon. Ainda que o julgamento tenha sido contrário à desconsideração da personalidade jurídica, foi a primeira vez que, de fato, a situação foi analisada e discutida de forma mais minuciosa (MADALENO, 2009). Este julgado acabou por balizar a construção teórica da doutrina da desconsideração da personalidade jurídica, definindo as bases de sua utilização.

No campo doutrinário, no âmbito do direito da civil law, a teoria de desconsideração da personalidade jurídica foi delineada em 1953, pelo jurista alemão Rolf Serick, em sua tese de doutorado intitulada *Rechtsform und realitat juristischer personen*. Este definiu alguns critérios para que se desconsiderasse a autonomia patrimonial dos entes personificados a partir de um estudo de casos alemães e norte-americanos (BRAVO, 2013). No direito brasileiro, o precursor do estudo foi o jurista Rubens Requião que, em 1969, proferiu conferência sobre o tema na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, cujo discurso foi posteriormente escrito e deu origem ao artigo *Abuso e Fraude Através da Personalidade Jurídica (disregard doctrine)* (XAVIER, 2016).

No direito brasileiro, a desconsideração da personalidade jurídica pode ser vista em diversos diplomas legais, tais como Código de Defesa do Consumidor (lei nº. 8.078/90), Lei Antitruste (lei nº. 12.522/2011), Lei Ambiental (lei nº. 9.605/1998), Lei de fiscalização do abastecimento nacional de combustíveis (lei nº. 9.847/1999) e Lei Anticorrupção (lei nº. 12.846/2013), bem como no Código Civil, mais precisamente em seu artigo 50, isso sem falar no diploma processual civil que acabou por prever o incidente de desconsideração da personalidade jurídica a partir de seu artigo 133.

Entretanto, ainda, se questiona: afinal, o que é a desconsideração da personalidade jurídica? Pois bem, tal teoria, também denominada de Teoria da Penetração, é a chamada doutrina que relativiza a autonomia patrimonial da empresa, a fim de – de forma episódica e sem despersonalizar a pessoa jurídica – retirar o véu da personalidade jurídica – daí a expressão *lifting the corpo-*

rate veil – para atribuir aos sócios responsabilidade patrimonial originariamente atribuída à empresa. A título mais elucidativo, Koury (2000, p. 86) afirma que:

A Disregard Doctrine consiste em subestimar os efeitos da personificação jurídica, em casos concretos, mas, ao mesmo tempo, penetrar na sua estrutura formal, verificando-lhe o substrato, a fim de impedir que, dela se utilizando, simulações e fraudes alcancem suas finalidades, como também para solucionar todos os outros casos em que o respeito à forma societária levaria a soluções contrárias à sua função e aos princípios consagrados pelo ordenamento jurídico.

Realiza esta breve noção sobre a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, passa-se à análise da sua aplicação na forma inversa, ponto central deste ensaio. Na modalidade inversa a desconsideração da personalidade jurídica é efetivada com o intuito de responsabilizar a pessoa jurídica por obrigações adquiridas originariamente por seus sócios (VIEGAS; SLATTERY, 2018). Nas palavras de Coelho (2008, p. 46), a desconsideração inversa é “o afastamento do princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica para responsabilizar a sociedade por obrigação do sócio”.

Diversamente do que ocorre em relação à aplicação da *disregard doctrine* na sua modalidade tradicional, decorrente da aplicação vertical da disciplina fixada no artigo 50 da Codificação Civil, a modalidade inversa não possui disposição legal detalhadora da sua ocorrência. Antes da entrada em vigor do Código de Processo Civil atual não havia sequer referência a esta modalidade em nenhum texto normativo. Todavia a sua existência já havia sido reconhecida no Enunciado nº 283 das Jornadas de Direito Civil, patrocinada pelo CEJ da Justiça Federal, ao afirmar que “é cabível a desconsideração da personalidade jurídica denominada inversa para alcançar bens de sócio que se valeu da personalidade jurídica para ocultar ou desviar bens pessoais, com prejuízo a terceiros” (XAVIER, 2016).

Cabe ainda ressaltar que mesmo antes da previsão expressa no artigo 133, § 2º do Código de Processo Civil, a desconsideração da personalidade jurídica na modalidade inversa já vinha sendo utilizada na prática pautada, principalmente no julgamento do RESp 948.117/MS, de relatoria da ministra Nancy Andrighi, no qual a aplicação desta modalidade da teoria da desconsideração da personalidade jurídica se afirmou ser devida a uma interpretação teleológica do instituto, a partir da qual poderia se concluir ser plenamente aplicável a desconsideração da personalidade jurídica também na modalidade inversa, em face de seu objetivo primordial de combate à má utilização do ente societário por seus sócios. Dessa forma, uma vez preenchidos os requisitos previstos no artigo 50 do Código Civil ao caso concreto, será devida a aplicação da *disregard doctrine*.

Portanto, na ausência de qualquer pormenorização dos requisitos a serem observados na efetivação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica na sua modalidade inversa, somos levados a buscar a adoção por meio da analogia à previsão contida na cláusula geral do artigo 50 do Código Civil, são recepcionados os mesmos elementos autorizadores da modalidade tradicional, quais sejam: (I) o desvio de finalidade ou (II) a confusão patrimonial. Tem que se atentar ao fato de que tal medida deve ser a exceção e apenas deve ser utilizada quando a superação da personalidade societária mostrar-se como a medida adequada para a realização da justiça no caso concreto.

Nesta linha, Santos (2016) é enfático ao se vincular a esta orientação, reiterando que a teoria inversa baseia-se nos mesmos pressupostos, ou seja, a existência de abuso da personalidade jurídica (que neste caso se daria inversamente, com o sócio ocultando seus bens por meio da sociedade empresária), o desvio de finalidade ou confusão patrimonial, e oferecendo o seguinte exemplo: “quando um sócio registra um veículo que comprou para si, e que o utiliza para fins particulares, em nome da sociedade da qual faça parte, gerando assim uma confusão entre quais seriam os seus bens e os da empresa” (SANTOS, 2016).

Dentro do contexto, o presente trabalho se propôs a analisar sob um viés mais prático, motivo pelo qual interessante se fez trazer à baila o estudo de caso paradigmático reconhecido nacionalmente, qual seja o Caso Caoa, a partir do qual será realizada uma verificação mais apurada sobre a aplicabilidade da disregard doctrine na modalidade inversa na prática.

3 Caso Caoa e a aplicabilidade da desconsideração inversa no direito brasileiro

O Caso Caoa (2008) envolve o julgamento de demanda bastante divulgada na mídia nacional, envolvendo famoso empresário brasileiro Carlos Alberto de Oliveira Andrade, mais conhecido como Sr. Caoa ou também como Henry Ford brasileiro, já que era praticamente o dono absoluto das empresas Hyundai Caoa Brasil Ltda. e Caoa Montadora de Veículos S/A. O processo teve por objeto a cobrança de honorários advocatícios por uma sociedade de advogados que havia prestado serviços jurídicos ao empresário, tendo sido dispensada pelo cliente sem maiores delongas e sem o pagamento dos honorários que lhes eram devidos. Julgada procedente a demanda, o feito passou à fase de cumprimento de sentença, sendo os credores surpreendidos ao requerer bloqueio judicial das contas de titularidade do ex-cliente e não encontrarem, em nenhuma delas, valores consideráveis e aptos a saldar a dívida judicialmente constituída.

A situação fática posta em análise, portanto, era a seguinte: muito embora o devedor – Sr. Caoa – fosse um empresário multimilionário que aplicava centenas de milhões em suas empresas, não possuía patrimônio em seu nome capaz de saldar suas dívidas individuais. Por óbvio, esse patrimônio milionário estava inserido em algum lugar – que não nas contas de titularidade individual do controlador das empresas – e, portanto, concluiu-se que o patrimônio pessoal era todo inserido na pessoa jurídica, restando configurada a confusão patrimonial. A título elucidativo, a confusão patrimonial, nas palavras de Pa-

lhares (2015), pode ser averiguada “pela junção do patrimônio pessoal do sócio com o da sociedade, não sendo possível diferenciar quais bens são de propriedade particular do sócio e quais são de titularidade da sociedade”.

No Caso Caoa foi justamente essa situação que se averiguou, mais ainda, haja vista que as empresas que seriam responsabilizadas pela desconsideração na modalidade inversa – Hyundai Caoa do Brasil Ltda. e Coa Montadora de Veículos S/A – eram de titularidade do Sr. Caoa e de sua esposa. Nesse sentido, vale dizer que a primeira – Hyundai Caoa do Brasil Ltda. – possuía capital social de R\$ 150.000.000,00. Ocorre que, posteriormente, Carlos Alberto de Oliveira Andrade retirou-se da sociedade e deu lugar à Caoa Family Participações S/A, que possuía endereço idêntico ao do ex-sócio com apenas a diferença de um andar entre as salas comerciais dos dois, o que evidenciava que continuava na titularidade da empresa. Ainda assim, sua mulher continuou como sócia e, atualmente, o capital social da empresa está dividido em R\$ 149.999.999,00 em quotas para a Caoa Family Participações S/A e uma quota no valor de R\$ 1,00 para a esposa do empresário.

No que diz respeito à empresa Caoa Montadora de Veículos S/A, por sua vez, na sociedade anônima de capital fechado figuram como sócios Carlos Alberto de Oliveira Andrade, sua esposa e C.A. de Oliveira Andrade, Comércio Importação e Exportação S/A – sociedade panamenha por ações –, totalizando R\$ 152.327.600,00 de capital social, dos quais R\$ 135.000.000,00 pertencem a Carlos Alberto, R\$ 15.000.000,00 a sua esposa e R\$ 2.327.600,00 à empresa panamenha.

Consequentemente, junto com tais distribuições, notou-se que o real controlador das duas empresas sempre foi Carlos Alberto e, além do mais, o caráter malicioso de transportar patrimônio pessoal para o da sociedade com o intuito de prejudicar seus credores, podendo-se dizer, até mesmo, que o caso albergava duas das situações postas como requisito, ainda que o julgado não tenha explorado a segunda que poderia ser utilizada, qual seja, a fraude.

Ainda no que tange à análise do caso concreto, os argumentos expostos pelas sociedades demandadas se basearam exclusivamente (I) na inexistência legal da figura da desconsideração inversa no ordenamento jurídico brasileiro; (II) na necessidade de interpretação restritiva ou de caráter excepcional do artigo 50 do Código Civil; e (III) na doutrina de desconsideração inversa que só a autorizaria nos casos de desvio ou transferência dos bens do sócio para a sociedade que integra.

Da análise desses argumentos, pode-se notar que transpondo a discussão ao plano atual a questão referente à inexistência de previsão legal da desconsideração já se encontra superada. No mais, os argumentos remanescentes puderam ser combatidos no próprio julgado que afirmou que, muito embora a defesa tenha alegado que não havia demonstração da transferência de ativos financeiros pessoais para a empresa, o mero fato de o empresário – nacionalmente conhecido como milionário – possuir suas contas praticamente zeradas pressupõe que ele retirava do patrimônio da empresa – cuja sócia é sua mulher – o necessário para a manutenção vital e socioeconômica deles.

No caso, pois, restou reconhecida a existência da confusão patrimonial que acabou por autorizar a desconsideração da personalidade jurídica na modalidade inversa nas empresas elencadas, a fim de determinar a penhora online das contas das empresas até o valor devido à sociedade de advogados. Com esse dispositivo, ainda, se extrai uma última conclusão, qual seja: a importância de não se confundir a desconsideração da personalidade da jurídica com a despersonalização.

Mais ainda, da análise da situação concreta apresentada no Caso Caoa, pode-se até se remontar ao próprio *leading case* *Salomon versus A. Salomon & Co. Ltd.*, haja vista o intuito do empresário de esvaziar patrimônio e colocá-lo em outra empresa, a fim de que esse numerário se tornasse intocável pelos credores. Ao contrário do que ocorreu no referido caso paradigma, entretanto, nesse o desfecho foi outro.

Pois bem, o Caso Caoa foi paradigmático, todavia vale ressaltar que a empresa continua exercendo suas atividades co-

merciais no mercado e não teve maiores prejuízos no que diz respeito à sua existência enquanto pessoa jurídica e isso é justamente o que o instituto da desconsideração da personalidade jurídica visa preservar: a real proteção da empresa que tem sua autonomia patrimonial desviada por sócios para fins escusos e que acabam prejudicando outros, por vezes, totalmente alienados da situação.

4 Conclusão

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica possui grande aderência atual dentro do cenário jurídico brasileiro. Atualmente, e aos poucos, diversas leis especiais, o próprio Código Civil e, agora, o Código de Processo Civil, vieram prever e regulamentar esse instituto que, por muito tempo, foi objeto de discussões acerca dos requisitos autorizadores e da forma como deveria ser utilizada dentro da prática jurídica.

Hoje em dia e antes mesmo da tão esperada expressa menção realizada pelo Código de Processo Civil, em 2015, já era reconhecido e autorizado o uso da desconsideração da personalidade jurídica também na modalidade inversa, a fim de que os empresários não pudessem se esconder de forma ilimitada atrás de suas sociedades, desviando patrimônio para ela – patrimônio esse que nunca seria alcançado pelos credores –, com o intuito de esquivar-se de obrigações existentes com credores que nunca conseguiriam ver seus créditos adimplidos, situação essa já alertada por Rubens Requião na década de 1960 (REQUIÃO, 1969).

Antes da previsão legal, entretanto, era necessária toda uma construção teórica, a fim de autorizar dita modalidade de disregard. O argumento de sua inexistência expressa sempre foi muito utilizado por aqueles que pudessem ter que se sujeitar a uma possível desconsideração, sendo esse, inclusive, o objeto do Caso Caoa, trazido ao presente estudo para análise.

O que se notou, portanto, é que o Caso Caoa perfectibilizou o objetivo da teoria da desconsideração da personalidade

jurídica na modalidade inversa, uma vez que buscou responder com patrimônio da empresa obrigação originariamente contraída pelo sócio que se valeu das pessoas jurídicas de sua titularidade para ocultar patrimônio pessoal. Diante desse contexto, a questão da inexistência de previsão legislativa que imperava à época se mostrou totalmente desnecessária em face do preenchimento do requisito da confusão patrimonial e, até por que não, da fraude, requisitos esses autorizadores da desconsideração da personalidade jurídica em ambas as modalidades.

Mais ainda e, por fim, o caso ilustrado apenas demonstra como, na prática, tal estudo se mostra importante, visto que reiteradas são as situações de ocorrência de situações desviantes por empresários com objetivos pouco elogiáveis que acabam prejudicando a própria pessoa jurídica e a função desta, o que mostra a necessidade de uma atenção maior à questão e de um estudo também da seara prática aplicável ao instituto que visa, sobretudo, resguardar os interesses e o direito daqueles que se veem diretamente lesados com tais práticas.

Referências

AGUIAR, Roberta Macedo de Souza. **Desconsideração da Personalidade Jurídica no Direito de Família**. 2. ed. Belo Horizonte: Arraes, 2016.

BRASIL. Decreto-Lei nº. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**: Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

BRASIL. Lei nº. 12.846, de 1º 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, p. 1, 02 ago. 2013.

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

BRASIL. Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, 12 set. 1990.

BRASIL. Lei nº. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, 13 fev. 1998.

BRASIL. Lei nº. 9.847, de 26 de outubro de 1999. Dispõe sobre a fiscalização das atividades relativas ao abastecimento nacional de combustíveis, de que trata a Lei no 9.478, de 6 de agosto de 1997, estabelece sanções administrativas e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, p. 1, 27 out. 1999.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 948117/MS**. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Diário Oficial da Justiça: Brasília, DF, 03 ago. 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200700452625&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 10 abr. 2019

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Agravo de Instrumento nº 1198103-0/0. 29ª Câmara**. Relator desembargador Manuel de Queiroz Pereira Calças. Diário Oficial da Justiça: Brasília, DF, 26 nov. 2008. Disponível em: <https://tjsp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2784031/agravo-de-instrumento-ag-1198103000-sp/inteiro-teor-101104586>. Acesso em: 17 abr. 2019

BRAVO, Raquel Nunes. **Sociedades Afetivas: dissoluções e a desconsideração da personalidade jurídica inversa**. Curitiba: Juruá, 2013.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 2.

KOURY, Suzy Elizath Cavalcante. **A Desconsideração da Personalidade Jurídica (disregard doctrine) e os Grupos de Empresa**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

MADALENO, Rolf. **A Desconsideração Judicial da Pessoa Jurídica e da Interposta Pessoa Física no Direito de Família e no Direito das Sucessões**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PALHARES, Felipe. A aplicação da teoria da desconsideração inversa da personalidade jurídica à luz do ordenamento jurídico brasileiro. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 3, p. 55-80. abr.-jun. 2015.

SANTOS, Giordano Bruno da Silva. Teoria da desconsideração inversa da personalidade jurídica. **Revista Fórum de Direito Civil – RFDC**, Belo Horizonte, ano 5, n. 13, p. 157-172, set.-dez. 2016.

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

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; SLATTERY, Maria Eugênia Nassim. A teoria da desconsideração inversa da personalidade jurídica no direito brasileiro à luz do novo CPC. **Revista dos Tribunais**, v. 978, p. 197-225, abr. 2017.

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

A DURAÇÃO DAS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA PREVISTAS NA LEI MARIA DA PENHA

Eveline Bernardy¹
Eduardo Ritt²

1 Acadêmica do 9º semestre curso de direito da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). E-mail: evelinebernardy@gmail.com.

2 Graduado no Curso de Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – (UNISC). Mestre em Direito pela UNISC. Professor do Curso de Direito da UNISC desde 2001, onde exerce o magistério superior nas áreas do direito penal e processual penal na referida Universidade. Atualmente exerce a função de Promotor da Justiça Criminal em Santa Cruz do Sul (RS). E-mail: eduardoritt@mprs.mp.br.

Resumo

O presente artigo tem como objetivo o estudo das medidas protetivas de urgência concedidas no âmbito da Lei Maria da Penha, em especial no que diz respeito ao período de duração das medidas uma vez concedidas. Este tem como objetivo esclarecer os requisitos mínimos para efetivação do pedido de medidas protetivas, bem como a natureza jurídica destas. Para tanto, realizou-se uma pesquisa bibliográfica e jurisprudencial – Tribunal de Justiça do Distrito Federal –, tendo como principais colaboradores Rogério Sanches Cunha, Ronaldo Batista Pinto, entre outros. Concluiu-se que ainda não há um período concreto estabelecido para a duração das medidas protetivas de urgência, devendo estas, na maioria dos casos, perdurar até a final condenação do acusado, salvo se o magistrado entender necessária a prorrogação, nesse caso, não ultrapassando o limite do período de execução da pena.

Palavras-chave: Duração. Medidas protetivas de urgência.

Abstract

The purpose of this article is to study the urgent protective measures granted under the Maria da Penha Law, especially with regard to the duration of the measures once granted. Its objective is to clarify the minimum requirements for effective application of protective measures, as well as their legal nature. For that, a bibliographical research, as well as jurisprudence - Federal District Court - was carried out, among which Rogério Sanches Cunha, Ronaldo Batista Pinto, among others. It is concluded that there is not yet a specific period established for the duration of urgent protective measures, and in most cases it should last until the final conviction of the accused, unless the magistrate deems necessary the extension, in this case, not exceeding the limit of the sentence execution period.

Keywords: Duration. Protective measures of urgency.

1 Introdução

O presente trabalho tem como tema o estudo das medidas protetivas de urgência trazidas pela Lei nº. 11.340/2006, especialmente no que diz respeito ao período de duração após essas serem concedidas pelo juízo. Nesta perspectiva, buscou-se a realização de um estudo das medidas protetivas de urgência previstas na referida lei no que diz respeito às obrigações do agressor e às especificações de proteção voltadas à vítima. Fez-se também um breve estudo quanto à natureza jurídica das medidas e aos procedimentos pelos quais a vítima poderá solicitá-las.

A Constituição Federal de 1988 prevê como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana, justificando o interesse estatal na intervenção em casos de violência doméstica e familiar contra as mulheres. É vedada qualquer discriminação que atente aos direitos e liberdades fundamentais (artigo 5º, inciso XLI), conferindo, assim, ao Estado o dever de assegurar a assistência familiar, o qual deve criar mecanismos capazes de coibir a violência no âmbito de suas relações, nos termos do artigo 226, §8º.

Com a criação da lei nº. 11.340, de 2006, foram elencadas, de forma exemplificativa, nos artigos 18 a 24, medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar. Tais medidas protetivas trazem uma inovação ao prever medidas que obrigam diretamente o agressor. Deste modo, para a concessão das medidas, além de demonstrar a real urgência na concessão do benefício, há a necessidade de se demonstrar o interesse da vítima na obtenção da proteção solicitada.

Nesse contexto, frente à omissão da lei em determinar um período concreto para a vigência da medida protetiva de urgência deferida pelo juízo, visto que estas não podem ter caráter eterno, busca-se analisar de que maneira tais medidas são concedidas e como o legislador faz a aplicação correspondente ao tempo de vigência. Para alcançar os objetivos propostos, utilizou-se a metodologia de abordagem dedutiva, uma vez que

será realizada uma análise quanto às medidas protetivas e a duração destas com base na legislação criada para tal, bem como em doutrinas e decisões do jurisprudenciais. Quanto ao método de procedimento, será utilizado o método bibliográfico, elaborado a partir de material já publicado, como doutrina, artigos, periódicos, internet, jurisprudência, entre outros.

2 A criação das medidas protetivas de urgência

A lei nº. 11.340/2006, popularmente conhecida como Lei Maria da Penha, trouxe um avanço significativo no combate à violência contra a mulher. Essa foi responsável por criar mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar, assegurando a toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, renda, nível educacional, idade e religião, o desfrute dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, oportunidades de viver sem violência e a preservação de sua saúde física e mental.

De acordo com a lei, a violência contra a mulher consiste na ação ou omissão com o intuito de discriminar, agredir ou coagir ocasionada pelo simples fato de a vítima ser mulher, podendo causar dano, morte, constrangimento, limitação, sofrimento físico, sexual, moral, psicológico, social, político, econômico ou perda patrimonial. Sendo o que prevê o artigo 5º da lei 11.340, de 2006, essa violência pode acontecer tanto em espaços públicos (vias públicas) como privados (dentro do lar).

Tratando-se de medida de urgência, estas poderão ser concedidas pelo juiz a requerimento do Ministério Público ou a pedido da ofendida. Nesse sentido, seria possível que o juiz de ofício defira as medidas? Conforme leciona Porto (2007), a resposta para tal questionamento encontra-se no artigo 22, § 1º, da Lei Maria da Penha, o qual dispõe que as medidas às quais se referem o citado artigo não impedem a aplicação de outras previstas na legislação em vigor sempre que a segurança da ofendida ou as circunstâncias em que esta se encontre

exigirem, sendo que tal providência deverá ser comunicada ao Ministério Público.

3 Natureza jurídica das medidas protetivas de urgência

Ao passo que as medidas protetivas de urgência visam a preservação do proveito prático do processo e a garantia da eficácia da decisão final, sendo marcadas pela urgência e a preventividade, tem-se que as medidas previstas na Lei Maria da Penha são de natureza cautelar. Nesse sentido, devem ser aplicadas de maneira excepcional e em caráter de urgência, no intento de garantir a integridade física e moral da vítima de violência doméstica.

Cumprido ressaltar que as medidas podem se comportar de maneira diferente, tendo natureza penal (artigo 24, I, II e III) ou civil, própria do direito de família (artigo 24, IV e V), não seguindo, necessariamente, o rito das cautelares civis, e tendo em vista que não há limite temporal para se intentar a ação principal. Impende destacar, ainda, quanto à natureza cautelar que a finalidade da lei atinge sua máxima efetividade quando as medidas protetivas são consideradas como assessórias à prática de uma infração penal e não apenas garantidoras do direito material.

4 Das medidas protetivas de urgência que obrigam o agressor

Voltadas diretamente ao sujeito ativo da violência doméstica, busca impor-lhe obrigações e restrições. Para a concessão de medidas protetivas, é preciso que sejam preenchidos dois pressupostos apontados pela doutrina, consistentes no *periculum in mora* (perigo da demora) e *fumus boni iuris* (fumaça do bom direito). Nessa senda, sem que se vislumbre pelo menos um começo de prova a demonstrar uma situação de incontor-

nável urgência, não terá o magistrado como deferir nenhuma das medidas previstas, pois a adoção de tais medidas traduziria algo temerário (CUNHA; PINTO, 2012 apud NOGUEIRA). O artigo 22 da lei nº. 11.340/2006, nos traz as medidas protetivas de urgência, que, como já exposto, buscam impor obrigações e restrições ao autor da violência, como veremos a seguir.

Há a suspensão da posse ou restrição do porte de armas, sendo aplicável quando o autor utilizar uma para praticar a violência contra a mulher. Cabe à polícia de imediato tomar as devidas providências, quando de eventual prisão em flagrante, ou por intermédio de mandado de busca e apreensão, sendo este último vinculado a ocorrência de um crime. Há também como medida a ser adotada, o afastamento do agressor do lar, de seu domicílio ou local de convivência com a ofendida. No entanto, para que seja deferida tal medida, é necessário que haja um risco concreto de algum crime que o justifique, visto que muitas vezes o afastamento do cônjuge extrapola os prejuízos à pessoa da ofendida, sendo medida violenta que também priva os filhos do contato com o pai (PORTO, 2007).

Ainda, há a possibilidade de aplicar a proibição de determinadas condutas, entre as quais destacam-se: a proibição do agressor de se aproximar da ofendida, de seus familiares e testemunhas, sendo fixado um limite mínimo de distância entre esses e o agressor; a proibição do ofensor de estabelecer contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação; e a proibição do ofensor de frequentar determinados lugares, a fim de que seja preservada a integridade física e psicológica da ofendida;

Poderá, quando a violência for direcionada aos dependentes menores, acima de tudo quando se tratar de casos de violência sexual, tentativa de homicídio ou maus tratos, ser aplicada a medida de restrição ou suspensão de visitas aos dependentes, sendo ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou outro serviço similar. Ademais, o referido artigo prevê a prestação de alimentos provisórios ou provisionais para a vítima, possibilitando que o juiz criminal os fixe desde logo, sendo tal medida imprescindível para a mulher e seus dependentes,

sob pena de acabar forçando-a a desistir de sua pretensão cível ou criminal por absoluta necessidade de sobrevivência (PORTO, 2007).

Cumprido ressaltar que a aplicação das medidas referidas não impedem a aplicação de outras que estejam previstas na legislação sempre que necessário se fizerem, devendo ser o Ministério Público comunicado de tal providência.

5 Das medidas protetivas de urgência à ofendida

As medidas protetivas de urgência voltadas à ofendida destinam-se, principalmente, a permitir que esta realize determinadas condutas, a fim de restituir-lhe direitos a que foram arbitrariamente retirados pelo agressor. A Lei Maria da Penha dispõe que o juiz poderá aplicar dois tipos de medidas protetivas diferentes com relação à ofendida, a primeira delas dizendo respeito à proteção da ofendida (artigo 23) e a segunda, ao patrimônio do casal ou dos bens particulares da vítima (artigo 24).

Passemos ao estudo das medidas constantes no artigo 23 da citada lei, o qual prevê como medidas o encaminhamento da ofendida e seus dependentes a um programa de proteção ou atendimento; a possível determinação por um juiz da recondução da ofendida e de seus dependentes ao respectivo domicílio após afastamento do agressor; a determinação do afastamento da ofendida do lar sem prejuízo dos direitos relativos a bens, guarda dos filhos e alimentos; e, por último, a determinação da separação de corpos entre vítima e agressor, sendo que tal medida é própria para pessoas casadas ou em união estável, as quais buscam autorização judicial para afastar-se do marido ou convivente durante a separação, dissolução da união estável ou anulação do casamento.

No que diz respeito às medidas protetivas à ofendida previstas no artigo 24 da lei nº. 11.340/2006, estas voltam-se à proteção dos bens do casal ou dos bens particulares, determináveis como tal em face das leis civis. A primeira destas medidas

diz respeito à determinação judicial para restituição de bens indevidamente subtraídos pelo agressor à ofendida, podendo ocorrer quando o agressor reter bens particulares de propriedade da ofendida ou em se tratando de bens comuns do casal, quando o ofensor subtraia estes.

A segunda medida diz respeito à determinação judicial de proibição temporária para a celebração de atos e contratos de compra, venda e locação de propriedade em comum, salvo expressa autorização judicial. Como regra, os atos de venda e alienação dependem de outorga uxória (autorização do outro cônjuge, visando proteger o patrimônio comum do casal contra atos que possam dilapidar o patrimônio), sendo possível, em casos de união estável, que o bem imóvel esteja em nome apenas de um dos conviventes, o qual aparece na escritura e no registro de imobiliário como solteiro.

Tem-se também, como terceira medida, a suspensão das procurações conferidas pela ofendida ao agressor, as quais por intermédio de mandato outorgavam ao agressor poderes para que este, em nome da vítima, pratique atos o administre interesses. Além da notificação do mandatário, faz-se necessário nesses casos a maior divulgação do ato, feito por meio de imprensa, se possível, para evitar danos a terceiros de boa-fé.

Por fim, há a medida que autoriza o juiz a determinar ao agressor a prestação de caução provisória, mediante depósito judicial, por perdas e danos materiais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a ofendida. Nesses casos o juiz poderá exigir depósito em dinheiro ou a indicação de algum patrimônio para ressaltar eventual condenação futura em perda e danos materiais, devendo o pedido da ofendida ser acompanhado de prova pré-constituída dos danos sofridos pela mulher, sejam estes emergentes de violência física, psicológica, patrimonial, moral ou sexual, para que então o juiz determine o valor da caução (PORTO, 2007).

6 Procedimento para a obtenção

A mulher que se encontra em situação de violência doméstica e familiar e queira solicitar as medidas protetivas de urgência deverá procurar a delegacia, de preferência a especializada no atendimento à mulher, e relatar a violência, momento em que será efetuado um boletim de ocorrência, sendo requerido a concessão das medidas protetivas de urgência necessárias, de acordo com o caso concreto. Ao término da solicitação, cabe ao delegado remeter ao juízo, que por lei terá o prazo de 48 horas para apreciação do pedido.

Para tal opção é necessário que se apresentes alguns requisitos mínimos, quais sejam a qualificação da requerente vítima e do agressor, o nome e idade dos dependentes, se tiverem, uma breve descrição fática, atual e pretérita para fins de tipificação penal e enquadramento concreto nas modalidades de violência e relacionamento interpessoal, constantes nos artigos 5º e 7º da Lei Maria da Penha, e, por fim, a relação das medidas pretendidas pela vítima, entre as previstas nos artigos 23 e 24 da referida lei.

Temos, ainda, como outra opção, que o pedido de medidas seja feito diretamente ao juízo ou ao Ministério Público por meio de petição, visando uma maior rapidez na concessão das medidas. Tal opção poderá ser adotada em casos de maior urgência.

Cumpramos ressaltar que as medidas protetivas devem ter caráter autônomo, independentemente da instauração de inquérito ou processo penal, já que é essência para sua efetividade a rapidez na obtenção. Para tanto, o juiz deve avaliar a situação apresentada pela vítima sem ouvir a outra parte, ou seja, de forma liminar, passando o agressor a estar obrigado a cumprir desde sua intimação.

7 Da duração das medidas protetivas de urgência

A lei nº. 11.340/2006 tem como um de seus objetivos a diminuição da violência contra a mulher, buscando a máxima efetividade dos direitos fundamentais levados a julgamento, para reprimir e prevenir situações de violência no âmbito doméstico e familiar. Apesar da Lei Maria da Penha não ter estipulado de forma expressa um prazo determinado de duração das medidas protetivas de urgência, estas apresentam um caráter excepcional, devendo vigorar enquanto houver situação de risco para a mulher.

Não se afigura viável, tampouco prudente, generalizar e padronizar uma medida excepcional que reclama o exame da situação específica, levando-se em conta as peculiaridades do caso concreto. As medidas protetivas restringem ou privam direitos. Por conseguinte, devem ser aferidas pelo juiz da causa que, na situação específica, avalia a pertinência e o prazo de duração de cada uma delas. (DISTRITO FEDERAL, 2018)

Cabe, portanto, ao magistrado, observando critérios de proporcionalidade e de razoabilidade, analisar as peculiaridades de cada caso e definir um período suficiente para garantir a proteção da mulher em situação de vulnerabilidade, sem implicar em excesso que violem injustificadamente o direito de ir e vir do réu.

Cabe salientar que a aplicação da medida deverá perdurar durante toda a vigência da ação penal, caso não se verifique sua desnecessidade (falta de interesse da ofendida). Verificando o magistrado, após sentença penal condenatória, que a medida de natureza predominantemente penal continua sendo necessária, poderá prorrogá-la por tempo razoável, nos limites do período de execução da pena imposta.

8 Conclusão

Diante do exposto, tem-se que a fixação de um período de vigência extremamente curto para as medidas protetivas de urgência concedidas pelo juízo seria uma violação ao dever do Estado de proteção integral às mulheres em situação de risco no âmbito doméstico e familiar. Portanto, deve-se levar em consideração que a Lei Maria da Penha não estipula prazo específico para a duração de tais medidas, devendo essa lacuna ser interpretada de acordo com o caso concreto, com a finalidade de adequação da norma jurídica aos critérios atuais, atentando aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade com os fins pretendidos pela norma protetiva, quais sejam, a existência de uma situação de violência que demande urgente proteção.

A violência doméstica praticada contra a mulher é fato que não pode ser desprezado, sendo resultado de uma sociedade desenvolvida sobre influências patriarcais onde a situação de hipossuficiência das mulheres é justificativa suficiente à defesa da legitimidade legislativa adotada. No entanto a aplicação das medidas protetivas aqui tratadas somente devem ser admitidas nos casos em que a violência externada na forma da infração penal demonstre o real interesse da vítima e a existência da urgência da situação, sendo o risco ao qual se encontra exposta a vítima atual ou iminente.

Referências

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Decreto-Lei nº. 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera

o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, p. 1, 8 ago. 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: 11 abr. 2019.

CARDOSO, Bruno. **Violência Contra a Mulher**: o que são as medidas protetivas de urgência? Portal Jus.com.br, fev. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/64030/violencia-contra-a-mulher-o-que-sao-as-medidas-protetivas-de-urgencia>. Acesso em: 11 abr. 2019.

COSTA, Laura Maria Machado. **A cautelaridade das medidas protetivas da Lei nº. 11.340/06**. Portal Conteúdo Jurídico, 24 ago. 2015. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-cautelaridade-das-medidas-protetivas-da-lei-no-1134006,54266.html>. Acesso em: 11 abr. 2019.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência Doméstica** – Lei Maria da Penha Comentada artigo por artigo. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. **Acórdão n. 1081290. 20170020219354RCC**. Relatora: Des^a. Ana Maria Amarante. 14 mar. 2018. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/consultas/consultas-processos-fisicos/jurisprudencia/informativos/2018/informativo-de-jurisprudencia-n-367/prazo-de-duracao-das-medidas-protetivas-de-urgencia-2013-protecao-da-mulher-em-situacao-de-violencia-domestica-e-familiar>. Acesso em: 10 abr. 2019.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. Relatora: Des. Carlos Pires Soares Neto. 22 mar. 2018. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/consultas/consultas-processos-fisicos/jurisprudencia/jurisprudencia-em-foco/lei-maria-da-penha-na-visao-do-tjdft/medidas-protetivas/prazo-de-duracao-medidas-protetivas-de-urgencia>. Acesso em: 10 abr. 2019.

PORTO, Pedro Rui da Fontoura. **Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher** – Lei 11.340/06 – análise crítica e sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE COMO CONSEQUÊNCIA DE PRÁTICAS CORRUPTIVAS NA PRESTAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

Luiza Eisenhardt Braun¹
Caroline Fockink Ritt²

- 1 Graduanda do curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Bolsista de Iniciação Científica PUIC sob a orientação da professora Dra. Caroline Fockink Ritt na pesquisa As consequências negativas de práticas corruptivas e má gestão na realização de políticas públicas com relação ao direito fundamental à saúde. E-mail: luizaeise@hotmail.com
- 2 Doutora e mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC – RS). Pós-doutoranda em Direitos Fundamentais na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Especialista em Direito penal e processual penal pela UNISC. Professora de Direito Penal na UNISC. Coordena o projeto de pesquisa intitulado: As consequências negativas de práticas corruptivas e má gestão na realização de políticas públicas com relação ao direito fundamental à saúde. E-mail: rittcaroline@unisc.br

Resumo

O presente trabalho aborda a judicialização da saúde, considerada excessiva por muitos, como uma das consequências das práticas corruptivas na prestação do direito fundamental à saúde. A temática é relevante devido ao contexto no qual o país se encontra perante a concretização do direito à saúde, a qual não é efetiva para muitos cidadãos devido à ineficiência estatal, o que provoca fenômenos como a judicialização da saúde. A problemática que move a pesquisa é: a judicialização na saúde, considerada excessiva por muitos, é uma das consequências das práticas de corrupção na prestação do direito fundamental à saúde? A pesquisa é dividida em três partes, tendo, respectivamente, como objetivos: analisar o direito fundamental à saúde no Brasil, os conceitos, conteúdo, regime jurídico e a ligação intrínseca daquele com a dignidade da pessoa humana; apontar algumas das práticas corruptivas que acontecem com relação à prestação de políticas públicas da saúde no Brasil; e, analisar até que ponto as práticas corruptivas contribuem à judicialização da saúde. O método de abordagem é dedutivo e o método de procedimento monográfico, utilizando-se de pesquisa bibliográfica. Os resultados apontam que muitos cidadãos, devido a serviços deficientes na saúde, cuja causa é a corrupção, voltaram-se para os tribunais para garantir seu exercício regular do direito à saúde, causando a chamada judicialização da saúde.

Palavras-chave: Corrupção. Direito fundamental à saúde. Ineficiência estatal. Judicialização.

Abstract

The present article is about the health judicialization, which is considered exceeding by many people, as one of the consequences of the corrupting practices in the installment of the fundamental right to health. The theme is relevant due to the context in which the country is found in front of the concretization of the right to health, that is not effective for a lot of citizens because of the state inefficiency, which causes phenomena such as the judicialization of health. The problem that guides the research is: is the judicialization of health, which is considered exceeding by many, one of the consequences of corrupting practices in the installment of the fundamental right to health? The research is divided into three parts, and has the following goals: to analyze the fundamental right to health, its concepts, content, legal regime in Brazil and its intrinsic bond with the human dignity; to point some of the corrupting practices that happen in the installment of health public policies in Brazil; and, finally, to analyze until where the corrupting practices contribute to the judicialization of health. The approach method is the deductive, and the (method of) procedure one is monographic. The bibliographic research methodology was used. The results show that many citizens, due to deficient services in health generated by corruption, went to courts to guarantee their right to health, which caused the judicialization of health.

Keywords: Corruption. Fundamental right to health. Judicialization. State inefficiency.

1 Introdução

O Brasil, a exemplo de outros países, está em constante mudança de paradigmas sociais e legais. No século XX, ocorreu o advento do Estado Social (Welfare State), que trouxe fundamentalidade a um catálogo de direitos que necessitavam da atuação positiva do Estado para que fossem de fato concretizados, conhecidos como direitos sociais. Entre esse grupo, encontra-se o direito fundamental à saúde, cuja prestação é imprescindível à configuração de uma vida digna para cada cidadão.

Entretanto infere-se que, na contemporaneidade, diversos óbices impedem o pleno exercício do direito à saúde, como a falta de recursos econômicos, a deficiente prestação de políticas públicas e as práticas de corrupção, todos de alguma forma interligados. Como alternativa para contornar tais problemáticas, os indivíduos recorreram ao Poder Judiciário a fim de obter os serviços de saúde necessários. Tal comportamento provocou o fenômeno da judicialização da saúde, no qual há grande demanda de prestações nesse sentido e, para muitos, é considerada excessiva.

A partir disso, o presente trabalho foca na judicialização da saúde como uma das consequências das práticas corruptivas na concretização do direito fundamental à saúde, devido aos desvios de recursos e outras fraudes que comprometem os recursos que deveriam ser destinados a prestar o referido direito fundamental. O problema que move a pesquisa é: a judicialização na saúde, considerada excessiva por muitos, é uma das consequências das práticas de corrupção na prestação do direito fundamental à saúde?

Assim, em um primeiro momento, buscar-se-á analisar o direito fundamental à saúde no Brasil, os conceitos, conteúdo, regime jurídico e a ligação intrínseca daquele com a dignidade da pessoa humana. Após, serão apontadas algumas das práticas corruptivas que acontecem com relação à prestação de políticas públicas da saúde no Brasil. E, por fim, será analisado até que ponto as práticas corruptivas contribuem à judicialização da saúde, considerada excessiva por muitos. O método de pes-

quisa utilizado é o dedutivo. Faz-se uso da técnica de análise de documentação indireta, por meio de pesquisa bibliográfica em artigos científicos, obras e sítios eletrônicos de órgãos públicos pertinentes ao assunto.

2 Direito fundamental à saúde no Brasil: os conceitos, conteúdo, regime jurídico e a ligação intrínseca com a dignidade da pessoa humana

A fim de compreender quais os prejuízos causados pela corrupção na esfera da saúde é imprescindível conhecer as particularidades desse direito. A partir disso, não somente a determinação do alcance do direito à saúde, mas também o próprio conceito deste não se mostram como tarefas fáceis a serem dirimidas. Ao buscar um significado fixista e absoluto ao termo "saúde", vê-se que ele sofreu alterações no decorrer da história da humanidade.

Durante muito tempo a saúde foi concebida apenas como ausência de doenças. Ao longo do processo histórico constatou-se que este conceito negativo de saúde, de forma isolada, não é capaz de proporcionar uma vida com qualidade. Tem-se, então, uma ampliação da noção de saúde para abranger uma dimensão positiva, incumbindo ao Estado e à sociedade a tarefa de concretizar efetivamente este direito fundamental (ROCHA, 2011, p. 79).

Importante para essa mudança de olhar perante a saúde foi o conceito trazido pela Organização Mundial da Saúde (OMS), em 1946, que determina que "a saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade." Assim, coloca-se a saúde como uma situação humana complexa, cujos serviços passam a uma rede de meios eficazes para atingir o bem-estar e a qualidade de vida humana.

Ao demonstrar-se que a saúde proporciona tal qualidade de vida às pessoas, vem à tona a ligação intrínseca desta com a dignidade da pessoa humana. Sarlet (2001, p. 40), sobre o que é o princípio da dignidade humana, afirma que ela é uma qualidade imprescindível do ser humano, irrenunciável e alienável, qualificando o homem como tal. Assim, quando as declarações internacionais de direitos humanos do século XX começaram a influenciar as nações ao redor do mundo, ocorreu a edição de Constituições que previam em seus textos direitos fundamentais dependentes de uma atuação positiva do Estado, com finalidade máxima de conceber uma vida digna, ou seja, a dignidade a todos os cidadãos.

Portanto, tratando-se da saúde, a dignidade humana é preservada quando o Estado se abstém de praticar algum ato que cause prejuízos à saúde dos indivíduos e esta dignidade é promovida também quando há uma atuação por parte do Estado, seja na forma de elaboração de leis, como também na forma de prestações materiais que envolvam o direito fundamental à saúde (ROCHA, 2011, p. 121-123).

No Brasil, há a aderência a esse tipo de previsão dos direitos fundamentais. Quanto ao direito à saúde, ele está presente no caput do artigo 6º da Constituição, sob o Título II “Dos Direitos e Das Garantias Fundamentais”. Há, também, uma normatização mais densa sobre a saúde a partir do artigo 196. Nesse dispositivo, é determinado que a saúde é um direito de todos e dever do Estado. O meio pelo qual isso será atingido são as políticas sociais e econômicas, cuja tarefa de regulamentação pertence ao legislador. Ademais, é dito que o objetivo dessas políticas é garantir o acesso universal e igualitário aos serviços de saúde (LEITE, 2014, p. 115).

Já os demais artigos referentes a essa temática determinam que as ações e os serviços de saúde possuem relevância pública (artigo 197); constituem o sistema único de saúde formalmente (artigo 198); mantêm a assistência à saúde livre à iniciativa privada (artigo 199); e apresentam as competências do Sistema Único de Saúde (artigo 200), detalhando as atribuições deste (AGUIAR, 2011, p. 45). Tais políticas públicas devem ser

tomadas justamente no sentido de instrumento de efetivação de direitos fundamentais sociais. Sem a implementação de políticas públicas, o Estado Social não existe, já que a sua razão de ser está voltada para concretizar os direitos das pessoas na comunidade onde vivem (OLIVEIRA, 2015, p. 48). À saúde, a criação e o funcionamento eficaz de políticas públicas são imprescindíveis a fim de tornar toda a rede de serviços determinada pela Constituição possível, terminando na configuração de uma vida digna aos indivíduos.

Todavia, apesar de existir mais de uma norma jurídica impondo a universalização do direito à saúde, voltando-se para a realidade fática da área da saúde pública brasileira e, consoante Gebran Neto (2014, p. 10), é de comum conhecimento que os recursos são finitos e que não há médicos, clínicas e estabelecimentos hospitalares para que seja possível atender o sistema público de forma semelhante ao privado. Há, também, outros fatores que fazem com que os recursos destinados à saúde fiquem ainda menores, como as práticas de corrupção realizadas nesse segmento, objeto de estudo do próximo item.

3 Algumas das práticas corruptivas que ocorrem na prestação do direito fundamental à saúde

Nos últimos anos, a mídia mostra, com alta frequência, escândalos de corrupção e a perda de grandes valores de dinheiro público. A área da saúde pública não é exceção, exprimindo condutas que são caracterizados como atos de corrupção. Para que seja possível demonstrar quais são algumas das patologias corruptivas mais comuns praticadas nesse segmento, cabe, em um momento inicial, ter noções do próprio conceito de corrupção.

Gabardo e Reis (2011, p. 139) destacam que, embora inexistam condutas devidamente delineadas e que se enquadrem como exaustivas quanto aos atos corruptos que podem acontecer, as práticas mais comuns são aquelas indicadas pela Organização das Nações Unidas, como suborno, fraude, outros

pagamentos ilícitos, compra e comprometimento de valores, abuso de poder, quebra de confiança, apropriação indevida de recursos públicos e conflitos de interesses.

Para Bitencourt e Reck (2015, p. 125-129), a temática da corrupção tornou-se fato cotidiano no mundo das relações sociais e o uso do termo corrupção está generalizado na sociedade brasileira. No Brasil, ele é utilizado para definir as condutas que denotam falta de cuidado para com a coisa pública, realizado por particulares ou por agentes públicos. Ainda, para Leal (2013, p. 81), a corrupção é um fenômeno de múltiplas fundamentações, cujo estudo é feito por diversas áreas do conhecimento, tais como Filosofia, Antropologia, Ciência política e Ciência jurídica, sendo sua compreensão e própria definição complexa.

Desse modo, a partir dos conceitos apresentados, volta-se para o viés fático das práticas de corrupção, especificamente dentro da área da saúde, a fim de demonstrar algumas das formas mais comuns de realizar ilícitos e irregularidades. Em uma série de reportagens publicizadas por grande veículo de comunicação nacional, são relatados desperdício de verbas de um setor essencial para complementar o atendimento, não poucas vezes já precário, nos ambulatórios e hospitais com serviços do SUS ou por ele garantidos. Especifica tal reportagem que, com base em relatórios de auditorias e fiscalizações do Departamento Nacional de Auditoria do SUS (Denasus), se estaria diante de um quadro considerado “sombrio”, estando juntos, para prejudicar o usuário do Sistema Único de Saúde, malefícios como superfaturamento, direcionamento de licitações, sobrepreço de até 10.000%, estoques sem monitoramento, “empréstimo” de medicamentos entre hospitais e até mesmo venda de remédios a mortos (O GLOBO, 2014).

Já em situações casuísticas, exemplo de prática de corrupção realizada por uma organização criminosa está na operação realizada em conjunto pelo Ministério Público e o Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul em Canoas, no início de dezembro de 2018. A organização criminosa em pauta, de nome Grupo de Apoio à Medicina Preventiva e à Saúde Pública (Gamp), teria realizado o superfaturamento de medicamentos em até 17.000% e o

desvio de dinheiro da saúde pública para os envolvidos na fraude, utilizado de laranjas na direção do Gamp e feito a cooptação de agentes públicos e pagamento de viagens de férias com dinheiro originalmente da saúde pública de Canoas. Segundo o Ministério Público, pelo menos 40 milhões de reais, dos 426 milhões recebidos pelo Gamp da Prefeitura de Canoas, foram para a conta pessoal dos integrantes da organização (G1, 2018).

No estado do Amazonas, por outro lado, desde 2016, por meio da “Operação Maus Caminhos”, apura-se o repasse atípico de recursos do Fundo Estadual de Saúde ao Instituto Novos Caminhos (INC), cujos administradores e fornecedores recebiam pagamento por serviços médicos não realizados ou superfaturados. Houve, ainda, o envolvimento de secretários estaduais da saúde no esquema, que recebiam propina para priorizar o instituto no recebimento de recursos do Fundo Estadual. Mostrou-se, também, que um ex-governador do Amazonas recebia vantagens indevidas do grupo criminoso. O total de dinheiro desviado do Sistema Único de Saúde (SUS) nas fraudes é de cerca de R\$ 140 milhões (BRASIL, 2018).

4 As práticas de corrupção e a judicialização da saúde

As patologias corruptivas, como explicitado no item anterior, são responsáveis por inúmeros prejuízos na esfera da saúde pública brasileira, afetando serviços e ações vitais para que os cidadãos tenham um acesso adequado à saúde. Entre os efeitos negativos ganham destaque a perda de recursos públicos, que, ao causar uma prestação deficiente do direito fundamental à saúde, viola este.

Segundo Leal (2013, p. 97), não há dúvidas sobre a existência de conexão entre violações dos direitos humanos e fundamentais e corrupção, especialmente quando esta conduta é usada como forma de violação do ordenamento jurídico inteiro, afetando não somente a ordem jurídica, mas também toda a rede vigente de direitos e garantias.

Assim, uma vez que a administração pública não concretiza o direito à saúde de acordo com os ideais contidos na Constituição Federal, por meio de omissão e inércia, os tribunais passaram a ter uma postura mais ativa com a finalidade de promover esse direito social fundamental. Com efeito, o Poder Judiciário tem atuado, por meio de suas decisões, a fim de implementar as previsões constitucionais relativas à saúde que julga inadequadamente tratadas pelo Poder Executivo (OLIVEIRA, 2015, p. 16).

A esse tipo de postura dos órgãos judiciais se atribui a nomenclatura judicialização, estando presente aqui a chamada judicialização da saúde. O fenômeno de judicialização, como um todo, é um processo histórico, próprio do constitucionalismo democrático e chamado de neoconstitucionalismo. Este processo tem como base inúmeros fatores, como a centralidade da Constituição, a preocupação com a força normativa desta, associados a aspectos como o caráter principiológico, a supremacia e a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, os quais são considerados vinculantes. Tais fatores somados conduzem a uma ampliação e a uma transformação da natureza da atuação da jurisdição constitucional (LEAL, 2014).

Desse modo, muitas demandas anteriormente dirigidas ao Poder Legislativo são apresentadas, agora, ao Poder Judiciário, na expectativa de que ele venha a suprir determinados serviços negligenciados pela administração pública. Assim, juízes e tribunais vêm abdicando de uma postura meramente técnica para assumirem uma função política, dialogando com a sociedade e visando a defesa dos princípios e direitos fundamentais (OLIVEIRA, 2015, p. 16-17).

Os números confirmam a existência desse fenômeno. O Conselho Nacional de Justiça (2019, p. 59) disponibilizou pesquisa feita acerca da judicialização da saúde, na qual foi apresentado que, no ano de 2017, ao serem somados os processos relativos à saúde de 17 estados brasileiros, o número total obtido era de 95.752. Em 2008, essa soma totalizava somente 41.453 processos, demonstrando um aumento de mais de 50% em menos de 10 anos na demanda judicial em saúde. Ademais, utilizando-se dos dados dos mesmos estados federados, ao

comparar a representatividade dos processos judiciais relativos à saúde em relação ao total de processos de 1º grau, Juizados Especiais e Turmas Recursais, o número obtido foi de 0,155%, contra 0,065% em 2009 (CONSELHO, 2019, p. 122).

É devido a dados como esses que muito autores consideram que a judicialização da saúde é excessiva e que esta causa danos à prestação do direito à saúde, assim como às práticas de corrupção. Isso porque tal excesso também traz problemas para planejar e executar políticas públicas, uma vez que os recursos que deveriam ser destinados a elas estão comprometidos com demandas judiciais. Corroborando essa tese, tem-se o fato de que, por ano, os Estados e a União gastam em média 7 bilhões de reais para cumprir determinações processuais. Além disso, de janeiro até outubro de 2017, foram gastos 751 milhões de reais para o cumprimento de sentenças relativas à saúde (ANDRADE, 2017).

Ferraz e Vieira (2009, p. 29), discutindo sobre o tema, frisam que a interpretação dominante do Poder Judiciário brasileiro na atualidade, segundo a qual o direito à saúde é um direito individual ao atendimento médico ilimitado, só pode ser considerado sustentável às custas de princípios constitucionais como os da universalidade e equidade. Em outras palavras, para dar atendimento ilimitado a certos indivíduos, outros têm seu acesso a serviços e ações de saúde diminuídos.

5 Conclusão

A fim de atingir os objetivos da pesquisa, inicialmente foi explorado o direito fundamental à saúde no âmbito brasileiro. Compreendeu-se que o conceito deste se tornou muito mais abrangente a partir do século XX, culminando, por meio da Constituição Federal de 1988, em um direito com caráter universal e igualitário, devido, entre outras razões, a sua ligação com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Após, estudou-se as práticas corruptivas dentro da área da saúde. Viu-se que a temática é multifacetada, podendo a cor-

rupção ser vista a partir de diversas esferas de conhecimento. Tratando-se das formas mais comuns de corrupção na saúde, têm destaque as que envolvem superfaturamento de medicamentos, fraudes em licitações, desvio de dinheiro público que originalmente pertencia à saúde para contas particulares e o recebimento, por parte de figuras políticas, de vantagens irregulares para favorecimento de empresas.

Como consequência desses atos, tem-se a diminuição dos recursos destinados às políticas públicas de saúde. Assim, respondendo o problema da pesquisa: a judicialização na saúde, considerada excessiva por muitos, é uma das consequências das práticas de corrupção na prestação do direito fundamental à saúde? Muitos cidadãos, devido a serviços deficientes na saúde gerados pela corrupção, voltaram-se para os tribunais para garantir seu exercício regular do direito à saúde, o que causou a chamada judicialização da saúde.

Esse fenômeno tem crescido na última década, estando cada vez mais presente nas demandas do Poder Judiciário. Todavia ele também gera muitos gastos, usando verba que poderia ser destinada à execução ou ao melhoramento de políticas públicas de saúde. Compreende-se, portanto, que se trata de um ciclo no qual a corrupção retira recursos dos serviços de saúde, o que faz com que a busca pelo Judiciário aumente. Isso, por sua vez, também retira valores dos cofres públicos, fato que, por seu turno, torna a prestação de políticas públicas insuficiente.

Referências

AGUIAR, Zenaide Neto. O Sistema Único de Saúde e as Leis Orgânicas de Saúde. In: AGUIAR, Zenaide Neto. **SUS: Sistema Único de Saúde – antecedentes, percurso, perspectivas e desafios**. São Paulo: Martinari, 2011. p. 41-68.

ANDRADE, Paula. **Ministério da Saúde Alerta sobre Custos da Judicialização**. Portal Conselho Nacional de Justiça. Brasília, DF: 12 dez. 2017. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cn->

[j/85915-ministerio-da-saude-alerta-sobre-custos-da-judicializacao](http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/85915-ministerio-da-saude-alerta-sobre-custos-da-judicializacao). Acesso em: 30 abr. 2019.

CONSELHO Nacional de Justiça. **Judicialização da Saúde no Brasil**: perfil das demandas, causas e propostas de solução. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, 2019. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2019/03/66361404dd5ceaf-8c5f7049223bdc709.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2019.

BITENCOURT, C. M.; RECK, J. R. Construção pragmático-sistêmica dos conceitos básicos do direito corruptivo: observações sobre a possibilidade do tratamento da corrupção como um ramo autônomo do direito. A&C. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional (Impresso)**, São Paulo, v. 62, p. 123-140, 2015.

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

BRASIL. Controladora Geral da União. **Quarta fase da Operação Maus Caminhos combate fraude na saúde pública do Amazonas**. Brasília, DF: 11 out. 2018. Disponível em: <https://www.cgu.gov.br/noticias/2018/10/terceira-fase-da-operacao-maus-caminhos-combate-fraude-na-saude-publica-do-amazonas>. Acesso em: 30 abr. 2019.

FERRAZ, Octávio Luiz Motta; VIEIRA, Fabiola Supino. Direito à saúde, recursos escassos e equidade: os riscos da interpretação judicial dominante. **Dados**, Rio de Janeiro, v. 52, n. 1, mar. 2009. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0011-52582009000100007>. Acesso em: 30 abr. 2019.

G1 RS. **MP investiga irregularidade em contrato de R\$ 1 bilhão para gestão de saúde em Canoas**. 06 dez. 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2018/12/06/mp-investiga-irregularidade-em-contrato-de-r-1-bilhao-para-gestao-da-saude-em-canoas.ghtml>. Acesso em: 30 abr. 2019.

GABARDO, E.; REIS, L. E. O gerencialismo entre eficiência e corrupção: breves reflexões sobre os percalços do desenvolvimento. In: SILVEIRA, R. D. da; CASTRO, R. A. P. de. (Org.). **Estudos dirigidos de gestão pública na América Latina**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

GEBRAN NETO, João Pedro. Direito constitucional à saúde e suas molduras jurídicas e fáticas. **Revista Interesse Público**, Belo Horizonte, v. 17, n. 89, p. 57-81, jan.-fev. 2015. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/88078>. Acesso em: 30 abr. 2019.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. A dignidade humana como critério para o controle jurisdicional de Políticas Públicas: análise crítica da atuação do Supremo Tribunal Federal brasileiro. *In*: COSTA, Marli Marlene Moraes da; LEAL, Mônia Clarissa Hennig (org.). **Direitos Sociais e Políticas Públicas**. Tomo 14. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2014.

LEAL, Rogério Gesta. **Patologias Corruptivas nas Relações entre Estado, Administração Pública e Sociedade: causas, consequências e tratamentos**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2013.

LEITE, Carlos Alexandre Amorim. **Direito Fundamental à Saúde: efetividade, reserva do possível e o mínimo existencial**. Curitiba: Juruá, 2014.

O GLOBO. **Falhas mostram que SUS padece de má gestão**. 12 ago. 2014. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/opiniao/falhas-mostram-que-sus-padece-de-ma-gestao-13567999>. Acesso em: 30 abr. 2019.

OLIVEIRA, Heletícia de. **Direito Fundamental à Saúde, Ativismo Judicial e os Impactos no Orçamento Público**. Curitiba: Juruá, 2015.

ORGANIZAÇÃO Mundial da Saúde. **Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO)**. 1946. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>. Acesso em: 30 abr. 2019.

ROCHA, Eduardo Braga. **A Justiciabilidade do Direito Fundamental à Saúde no Brasil**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

A LIBERDADE DE IMPRENSA COMO PRESSUPOSTO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Pedro Henrique Carneiro Mosmann¹

¹ Graduado em Direito pela Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul (FMP-RS). Mestrando em Direito pelo Programa de Pós-graduação *stricto sensu* da FMP (PPGD-FMP) e integra o grupo de pesquisa Patologias Corruptivas (FMP/RS). É assessor jurídico na Procuradoria de Recursos do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul e pesquisador nas áreas de Direito da Informação, Improbidade Administrativa e Processo Civil (com ênfase no estudo dos precedentes) E-mails: pedro_mosmann@hotmail.com e pmmosmann@mprs.mp.br.

Resumo

O presente artigo aborda a questão da liberdade de imprensa como pilar de sustentação e pressuposto do Estado Democrático de Direito, bem como os limites e as restrições daquela enquanto direito fundamental. Analisa, a partir de uma perspectiva histórica, a ligação entre liberdade de imprensa e democracia. Destaca o papel da imprensa como função essencial à publicidade dos atos emanados pelos organismos de governo, enfatizando o importante papel exercido pelas novas mídias na produção de conteúdo, abordando as ferramentas de checagem de fatos que vêm sendo criadas para proporcionar o controle do uso da verdade como matéria prima da informação. Examina, ainda, o papel do Poder Judiciário enquanto garantidor da ausência de abusos e indevidas restrições a esse direito.

Palavras-chave: Liberdade de imprensa. Democracia. Garantias.

Abstract

This article addresses the issue of freedom of the press as a pillar of support and assumption of the Democratic State of Law, as well as its limits and restrictions as a fundamental right. It analyzes, from a historical perspective, the link between freedom of the press and democracy. It emphasizes the role of the press as an essential function for the publicity of acts emanating from government agencies, emphasizing the important role of new media in the production of content, addressing the tools of fact checks that have been created to provide control of the use of truth as information. It also examines the role of the judiciary as guarantor of the absence of abuses and undue restrictions on that right.

Keywords: Freedom of the press. Democracy. Guarantees.

1 Introdução

A história já demonstrou que existe uma relação de dependência mútua entre democracia e liberdade de imprensa. Não por outro motivo, quando um regime ditatorial se instala, uma de suas primeiras medidas é instituir censura sobre produções artísticas, veículos de comunicação e, sobretudo, organismos de imprensa que eventualmente possam vir a publicar fatos contrários aos interesses de quem detém o poder.

A censura atua como instrumento de contenção das críticas ao regime e, conseqüentemente, como obstáculo à formação de movimentos de oposição. Desse modo, não há como se conceber a ideia de um Estado Democrático onde não existam as chamadas liberdades de manifestação do pensamento.

Todavia a complexidade das relações que se desenvolvem na sociedade traz à tona muitos casos nos quais se faz imprescindível a imposição de limites ao exercício dos direitos de manifestação do pensamento na medida em que, frequentemente, tais liberdades colidem com outros direitos fundamentais de mesma hierarquia, como a garantia da intimidade e a presunção de inocência. Esses limites são fixados de forma abstrata pelo legislador e aplicados pelo Poder Judiciário de acordo com critérios jurídicos aplicados às hipóteses concretas que a ele se apresentam.

Ademais, ainda que as maiores fontes de difusão de informação sejam organismos privados de imprensa, o crescente papel adquirido pelas redes sociais nesse processo vem trazendo novas questões que ensejarão enfrentamento por praticamente todos os ramos do Direito. A título exemplificativo, uma das grandes questões postas a enfrentamento para os operadores do Direito diz respeito à (im)possibilidade de que uma entidade privada responsável pela administração de redes sociais (Google, Facebook, YouTube) exerça controle quanto ao conteúdo da informação veiculada no ambiente daquela rede.

Sabe-se que um grave problema, facilitado pela difusão das informações via rede social, diz respeito à sua confirmação no mundo dos fatos, isto é: trata-se de um momento no qual

a verdade não necessariamente integra a matéria-prima da informação. Muitas soluções vêm sendo criadas na intenção de resolver esse problema, notadamente a criação de agências especializadas na checagem de fatos (*fact-checking*). Entretanto essa ferramenta não afastará o Direito deste processo, podendo, ao revés, incrementar a complexidade das questões a serem resolvidas.

Diante desse contexto de desafios que ora se apresenta, o presente artigo não tem a intenção de oferecer respostas, mas tão somente de compreender os fundamentos do direito à liberdade de imprensa como modalidade especial dos direitos de manifestação do pensamento, bem como analisar a construção das balizas teóricas que informam o tratamento desse direito pelo ordenamento jurídico e, especificamente, pelo Poder Judiciário, procurando identificar os possíveis limites ao controle da informação.

2 Conteúdo do direito fundamental à liberdade de imprensa

Além de ser um direito fundamental com importância própria, a liberdade de expressão também é imprescindível para defender outras liberdades e outros direitos. Exercemos esse direito em nossas vidas cotidianas, com a troca de idéias, opiniões e informações. Portanto, entender os meios e as estruturas de comunicação e a regulação de ambientes que facilitam essa troca torna-se crucial para aqueles que buscam a liberdade de expressão.

A liberdade de expressão está consagrada no artigo 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) e do Pacto Internacional sobre os Direitos Cíveis e Políticos (PIDCP). A DUDH sustenta que “todos têm o direito à liberdade de opinião e expressão; esse direito inclui a liberdade de ter opiniões sem interferência e de buscar, receber e transmitir informações e idéias através de qualquer mídia e independentemente de fronteiras”. O PIDCP sustenta que

todos devem ter o direito à liberdade de expressão; esse direito inclui a liberdade de buscar, receber e transmitir informações e idéias de todos os tipos, independentemente de fronteiras, seja oralmente, por escrito ou impresso, na forma de arte, ou através de qualquer outro meio de sua escolha.

Nesse prisma, Silva (2001, p. 240) afirma que, por não viver isolado e circunscrito ao seu espírito, tendo a natureza de um ente social, o indivíduo tem a tendência e necessidade de expressar e trocar suas idéias e opiniões com outros homens, cultivando mútuas relações. Seria impossível vedar esta conduta, porque para isso seria necessário dissolver a própria sociedade.

No Direito Brasileiro, entretanto, o sentido técnico da liberdade de expressão é mais restrito: configura apenas um dos desdobramentos dos chamados direitos de manifestação do pensamento (ROSA, 2015), previstos na Constituição Federal (opinião, expressão, comunicação e informação). Para melhor compreender a liberdade de imprensa, se faz necessário diferenciá-la liberdade de expressão, cujo conteúdo se resume à manifestação de pensamentos, idéias, opiniões e juízos de valor, ao passo que a liberdade de imprensa tem como objeto a difusão de fatos e notícias (conteúdo jornalístico) (FARIAS, 2004, p. 55).

Segundo Rosa (2015), quando falamos em direito/liberdade de comunicação existem basicamente duas finalidades. A primeira é a tutela de todos os direitos e liberdades decorrentes da manifestação do pensamento (opinião, expressão e informação), nas hipóteses em que veiculados nos meios de comunicação social. A segunda, a regulamentação ou estruturação dos meios de comunicação social propriamente ditos, a exemplo de suas titularidade, concessões, etc.

Por outro lado, o direito/liberdade de informação tem caráter tripartite, uma vez que envolve as faculdades de informar, informar-se e ser informado. O direito de informar diz respeito à possibilidade de o indivíduo divulgar as informações de que dispõe, sem embaraços de qualquer ordem. Na esfera do direito de se informar, tem-se a garantia da busca de informações. Sobre o direito de ser informado, o Constituinte não fixou como

obrigação de pessoas privadas (meios de comunicação em geral) o dever de manter a sociedade plenamente informada a respeito dos acontecimentos relevantes, tendo legado tal obrigação somente ao Poder Público, conforme a previsão genérica do princípio da publicidade (artigo 37, caput), bem como a especificação do artigo 5.º, XXXIII (MEYER-PFLUG, 2009, p. 42-44).

No que tange ao direito de informação, pode-se aprofundar um pouco mais a sua análise, tendo como parâmetro o conteúdo daquilo que é transmitido ou buscado mediante seu exercício. A doutrina constitucional o faz subdividindo-o em: (a) "direito de transmitir ideias, conceitos e opiniões (ex: livros de história, política ou direito)"; (b) "direito de veicular notícias e os respectivos comentários ou críticas" (NUNES JÚNIOR, 2011, p. 49).

A segunda subdivisão se trata da denominada liberdade de informação jornalística, também conhecida como liberdade de imprensa. Essa garantia compartilha de todos os atributos do direito de informação, com a particularidade de envolver somente conteúdo noticioso (ROSA, 2015). Amoldam-se ao conceito de conteúdo noticioso os fatos aos quais necessitam ter acesso todas as pessoas que convivem em sociedade, sob pena da não integração dessas, isto é, a exclusão social; sendo aqueles fatos de conhecimento imprescindível para a vida em sociedade (ROSA, 2015).

3 Liberdade de imprensa como categoria especial da liberdade de expressão

A importância da diferenciação estabelecida no tópico anterior decorre da especial posição de que goza a liberdade de imprensa, ou liberdade de informação jornalística, em nossa Constituição Federal. Em outras palavras, a proteção e defesa dessa é mais vigorosa se comparada aos outros direitos decorrentes da liberdade de manifestação do pensamento. Segundo Silva (2001, p. 245), a liberdade de informar está concentrada na liberdade de informação jornalística e é nela que se realiza

o direito coletivo à informação. Daí o porquê de a liberdade de imprensa ter garantido um regime específico a esse direito.

Em razão da modernidade dos meios de comunicação, hoje compreende-se que o direito de imprensa alcança qualquer forma de difusão de notícias, comentários e opiniões, por qualquer veículo de comunicação, sendo os mais comuns os livros, jornais, revistas e outros periódicos, os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens e os serviços de notícias (ROSPA, 2011). Ademais, a doutrina entende que, para que sejam os direitos à liberdade de expressão e, por conseguinte, à liberdade de imprensa valorizados e respeitados se faz necessário o dever de cautela de quem informa.

Nesse aspecto, Farias (2004, p. 87) afirma que esse dever consiste, em suma, na prudência de checar a idoneidade das notícias antes da divulgação destas, especialmente averiguando e comparando as fontes das informações, a fim de que o informado possa obter uma comunicação honesta e correta dos fatos.

4 Tratamento jurídico da liberdade de imprensa

Como se sabe, as restrições constitucionais aos direitos fundamentais baseiam-se na premissa de que nenhum direito fundamental é absoluto. Conforme já destacado, a liberdade de expressão é protegida constitucionalmente e deve ficar resguardada de qualquer possibilidade de arbítrio por parte do poder público. Entretanto, se de um lado o Estado não pode interferir no exercício das liberdades, de outro deve proteger a sociedade contra os abusos no exercício do mesmo direito (ROSPA, 2011).

Sendo assim, toda manifestação do pensamento que interfira na esfera de direitos de determinada pessoa deve ser contida, pois não faz parte da liberdade de expressão (ZISMAN, 2003, p. 124). O art. 5º, IX da Constituição Federal dispõe que é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença. Dessa forma, conforme asseverado pelo ministro Ilmar Galvão,

na *Ação Direta de Inconstitucionalidade 869*, o Constituinte originário previu que a regra é a liberdade ampla para o exercício dos direitos de manifestação do pensamento, sendo que a restrição é exceção. Não obstante deve-se atentar para o fato de que, para ser considerada legítima, independentemente da fundamentação, a restrição sempre deverá apoiar-se na Constituição.

Nesse prisma, o conflito frequente entre a liberdade de informação e a proteção à intimidade, privacidade, honra e imagem das pessoas é levantado seguidamente nas discussões doutrinárias e judiciais acerca da ponderação de direitos. Estabelece o artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal, por sua vez, que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação, sendo a intimidade, portanto, também um direito fundamental.

Considerando essa disposição normativa, pode-se afirmar que há colisão entre o direito à liberdade de imprensa com o direito à intimidade quando, sobre determinada pessoa, se divulga indiscriminadamente quaisquer informações. Ocorre o abuso de direito quando o exercício deste vai além dos limites fixados em lei, a exemplo de quando as informações são veiculadas por razão sensacionalista, mediante distorções de fatos e sem maiores preocupações ou compromissos com a verdade. Todavia cada hipótese concreta apresenta suas particularidades, as quais exigem grande esforço do intérprete do direito para compreendê-las.

Nessa toada, Farias (2004, p. 253) leciona que quando há colisão envolvendo a liberdade de expressão e imprensa e o direito à intimidade, atendendo ao caráter institucional daquela liberdade e a importância dela para a Democracia, tem-se preferido, abstratamente, a expressão em detrimento da intimidade. Acerca da questão, afirma o ministro Marco Aurélio de Mello (2002) que, dependendo do caso *sub judice*, há maior envergadura da liberdade de expressão, uma vez que, sendo um bem coletivo, deve se sobrepor a interesses isolados e momentâneos. Assim, reservam-se as esferas das responsabilidades civil e penal para o momento posterior à veiculação de fatos ou informações sobre certo sujeito.

Como se vê, a doutrina confere à liberdade de imprensa o tratamento de garantia do Estado Democrático de Direito, privilegiando a possibilidade de que todos os integrantes da sociedade tenham acesso à informação. Esse tratamento repele a arbitrariedade e o autoritarismo estatal, motivo pelo qual, há muito tempo, a defesa desse direito fundamental é considerada prioridade no âmbito da sociedade (ROSPA, 2011).

Nessa perspectiva, é consenso que o direito à liberdade de imprensa nem sempre prevalece sobre outros direitos fundamentais, já que todos eles são iguais aos olhos da Carta Magna, de modo que o Estado propiciar os meios para que o exercício do direito à liberdade de imprensa seja efetivamente aplicado, velando, contudo, o respeito aos demais direitos fundamentais (ROSPA, 2011).

5 O poder judiciário como garantidor da liberdade de imprensa

O Poder Judiciário pode, mediante provocação do interessado e assegurado o devido processo legal, restringir a liberdade de expressão, tendo em vista a necessidade de proteção de outros direitos constitucionais. Nesse rumo, Barroso (2002, p. 372-373) leciona que

Qualquer restrição à liberdade de informação jornalística deve ter embasamento no próprio texto constitucional. E a Constituição Federal dá ao Poder Judiciário, com absoluta exclusividade, o poder de controlar os abusos da liberdade de informação jornalística, bem como os abusos da atuação de qualquer outra instituição, ou mesmo Poder, mediante o exercício da jurisdição. Assim, quando surge um conflito de interesses envolvendo a imprensa com a sua liberdade de informação jornalística de um lado e o cidadão com seus direitos civis e constitucionais do outro lado, cabe ao Poder Judiciário compor tal conflito.

Logo, o que deve ser observado é que o Poder Judiciário não pode levemente impedir o prévio exercício da liberdade de expressão, tendo em vista que o tipo de punição escolhido pelos constituintes foi a responsabilização a posteriori. As violações eventuais devem ser resolvidas em perdas e danos. O que não é previsto pela Constituição é a prévia interferência do poder público, não permitindo a divulgação de qualquer livro ou revista (ROSPA, 2011).

Entretanto não basta que o Estado se abstenha de praticar atos que impeçam ou dificultem o exercício deste direito, principalmente nos dias atuais em que o fluxo de informações é enorme, servindo para que a população se defenda dos possíveis abusos cometidos pelo Estado ou por seus pares. Efetivamente, é imperioso que o Estado fomente meios a fim de que o exercício do direito à liberdade de imprensa seja de fato aplicado, oferecendo os instrumentos necessários para que a aplicação desse seja real e não apenas ficção jurídica.

Na opinião de Tavares (2005), para que determinada ação tenha como fundamentação a liberdade de expressão, tem-se como requisito que o exercício dessa liberdade não prejudique ninguém, em nenhum de seus direitos. Em suma, para que a liberdade de imprensa fosse exercida livremente no Brasil foi necessária uma grande luta. Por isso, é importante que ela seja exercida com muito discernimento, ou seja, para honrar a liberdade conquistada deve haver responsabilidade, devendo o Poder Judiciário sopesar todos esses fatores quando se deparar com conflitos interpretativos acerca desse Direito que, como se viu, é um dos pilares sobre os quais está assentado o Estado Democrático de Direito.

6 Considerações finais

A título de considerações, cabe destacar que o tema guarda profunda importância social, na medida em que a liberdade de imprensa, tanto na dimensão de quem informa quanto de quem quer ser informado, constitui-se como base de sustentação dos Estados democráticos. Todavia é notório que tal

liberdade, quando desvirtuada, acaba por forçar a sociedade ao convívio com informações nem sempre claras ou verdadeiras e com opiniões que fomentam práticas que se quer repelir, notadamente como aquelas ligadas aos discursos de ódio por parte de religiões e etnias.

Nesse contexto, o desafio que se apresenta consiste em encontrar o ponto de equilíbrio entre controle da informação e censura, bem como buscar as ferramentas adequadas para tanto. Conforme salientado, o presente artigo abordou a questão sob o prisma da ciência Direito e, portanto, ocupou-se de compreender o papel destinado à comunidade jurídica na resolução dessas questões. Talvez a baliza mais clara hoje em dia seja o controle posterior da informação, que contempla a faculdade de informar e, ao mesmo tempo, não deixa desguarnecido aquele que teve sua intimidade violada.

Derradeiramente, as questões atinentes à regulação das mídias sociais já se encontram em bom estágio de maturação, de modo que alguns instrumentos de controle já foram concebidos para tanto, como as agências autônomas de *fact checking*. Porém deve-se manter um bom grau de ceticismo em torno da eficiência desses instrumentos, não podendo o Direito abster-se de se debruçar sobre a matéria, uma vez que a tendência atual é de intensificação das questões atinentes ao controle das informações veiculadas nas redes sociais, de modo que, inexoravelmente, o Poder Judiciário continuará a ser chamado a resolver conflitos dessa natureza.

Referências

- BARROSO, Luis Roberto. **Temas de Direito Constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, 5 out. 1988.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. Coimbra: Coimbra, 1993.

COSTELLA, Antônio. **Direito da comunicação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

FARIAS, Edílson. **Liberdade de Expressão e Comunicação: teoria e proteção constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

HUGHES, Thomas. **Who will protect press freedom now?**. Portal The Guardian, 30 nov. 2017. Disponível em: <https://www.theguardian.com/commentisfree/2017/nov/30/press-freedom-censorship-fake-news-journalism>. Acesso em: 28 set. 2018.

MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. Entrevista concedida a Revista Consulex. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, n. 141. p. 16-18, 2002.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MORETZSOHN, Sylvia. A lógica do jornalismo impresso na era do "tempo real". **Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 7/8, p. 261-266, 1999.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Direito e jornalismo**. São Paulo: Verbatim, 2011.

ROSA, Lucas Costa. Meios De Comunicação: Limites e Controle No Brasil. **Revista dos Tribunais**, v. 956, p. 217-231, jun. 2015.

ROSPA, Aline Martins. **O papel do direito fundamental à liberdade de imprensa no estado brasileiro**. Portal Âmbito Jurídico, 01 set. 2011. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10287&revista_caderno=9#_ftn6. Acesso em: 27 set. 2018.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

TAVARES, André Ramos. Liberdade de Expressão-Comunicação. In: ROCHA, Fernando Luiz Ximenes; MORAES, Filomeno (coord.). **Direito Constitucional Contemporâneo: Estudos em Homenagem ao Professor Paulo Bonavides**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

ZISMAN, Célia Rosenthal. **A Liberdade de Expressão na Constituição Federal e suas Limitações: os limites dos limites**. São Paulo: Livraria Paulista, 2003.

A PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA SOB O PRISMA DO ATIVISMO JUDICIAL E DA VINCULATIVIDADE DOS PRECEDENTES

THE PROVISIONAL DETENTION FROM THE PERSPECTIVE OF JUDICIAL ACTIVISM AND THE BINDING PRECEDENTS

Pedro Henrique Carneiro Mosmann¹

¹ Graduado em Direito pela Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul (FMP-RS). Mestrando em Direito pelo Programa de Pós-graduação *stricto sensu* da FMP (PPGD-FMP) e integra o grupo de pesquisa Patologias Corruptivas (FMP/RS). É assessor jurídico na Procuradoria de Recursos do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul e pesquisador nas áreas de Direito da Informação, Improbidade Administrativa e Processo Civil (com ênfase no estudo dos precedentes) E-mails: pedro_mosmann@hotmail.com e pemosmann@mprs.mp.br.

Resumo

Dois conceitos sobre os quais a dogmática jurídica contemporânea vem se debruçando são os chamados ativismo judicial e vinculatidade dos precedentes nos países da civil law. O primeiro conceito consiste em postura adotada pelo Poder Judiciário nas hipóteses em que há possível transposição dos limites da sua competência, com invasão na esfera de atribuições dos demais poderes; o tema da vinculatidade, por sua vez, diz respeito ao papel das decisões judiciais – notadamente aquelas proferidas pelas Cortes Superiores – na formação do direito. Discussões acerca desses dois temas acabam ocorrendo quando se analisa a decisão do habeas corpus nº. 126.292/SP do Supremo Tribunal Federal. Assim, o presente artigo procura examinar, em momentos distintos, a referida decisão sob a ótica do ativismo judicial e da vinculatidade dos precedentes.

Palavras-chave: Ativismo judicial. Precedentes. Segurança jurídica. Vinculatidade.

Abstract

Two concepts on which contemporary juridical dogmatics have been considering are the so-called “judicial activism” and the binding of precedents in countries applying civil law. The first concept consists of a posture adopted by the Judiciary in the hypotheses in which it is possible to transpose the limits of its competence, with invasion in the sphere of attributions of the other powers; the issue of binding, in turn, concerns the role of judicial decisions - notably those issued by the High Courts - in the formation of law. Discussions about these two issues end up occurring when the decision of Habeas Corpus nº 126.292 / SP of the Federal Supreme Court is analyzed. In this way, this article seeks to analyze, at different times, the aforementioned decision from the point of view of judicial activism and the binding nature of precedents.

Keywords: Decisions. Judicial activism. Binding precedents. Legal security.

1 Considerações iniciais

Em de 17 de fevereiro de 2016, ressurgiu no âmbito jurídico brasileiro o tema da execução provisória da sentença penal condenatória. O fato se deu a partir do julgamento do habeas corpus nº. 126.292/SP, pelo Supremo Tribunal Federal (STF), o qual modificou substancialmente o entendimento até então dominante para permitir o início do cumprimento da pena após a confirmação das condenações penais em segunda instância.

O tema imediatamente ganhou o meio acadêmico, despertando diversas opiniões favoráveis e contrárias a tal decisão. Todavia foram poucos os juristas que se dispuseram, à época, a efetuar uma análise em torno da fundamentação empregada pela Corte Suprema para fazer valer a possibilidade de execução provisória da pena. Passados aproximadamente três anos, é possível encontrar alguns estudos que, efetivamente, se debruçaram sobre os critérios de racionalidade utilizados pelos ministros do Supremo Tribunal Federal para afastar a interpretação até então conferida ao artigo 5º, inciso LVII, da Carta Magna.

Nesse viés, procurar-se-á abordar essa decisão sob dois aspectos importantes dentro do desenvolvimento do Direito contemporâneo: o ativismo judicial e a teoria dos precedentes. É objetivo do presente ensaio examinar a decisão do habeas corpus nº. 126.292/SP sob estes dois enfoques, procurando desvendar-se, de fato, se está diante de típico caso de ativismo judicial (hipótese levantada por grande parte dos críticos). Ainda, verificar-se-á o grau de importância que aquela deteve sob o prisma da vinculatidade dos precedentes.

Nessa acepção, será possível ter um panorama mais exato do grau de segurança jurídica trazido pelo referido precedente, bem como da adequação dos critérios de fundamentação empregados pela Suprema Corte, sob o prisma de alguns parâmetros que vêm sendo desenvolvidos pela dogmática jurídica contemporânea.

2 Ativismo judicial: conceito e critérios de aferição

Atualmente, convencionou-se chamar de ativismo judicial a postura proativa do Poder Judiciário na concretização de valores e objetivos postos na Constituição, nas hipóteses em que o seu agir venha a interferir na esfera de atuação dos demais poderes constituídos. Segundo Pellegrini e Turatti (2015, p. 215-238), as discussões acerca desse fenômeno se intensificaram especialmente em face da repercussão de algumas decisões proferidas pelo STF sobre questões que, supostamente, não estariam abarcadas pela sua competência.

Os autores destacam que a expressão ativismo judicial foi empregada, inicialmente, nas décadas 1950 e 1960 para qualificar a atuação da Suprema Corte dos Estados Unidos. Salientam, ainda, que naquele período ocorreu uma revolução em torno de diversas práticas políticas anglo-saxônicas, “conduzida[s] por uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais” (PELLEGRINI; TURATTI, 2015, p. 215-238).

A fim de estabelecer parâmetros capazes de identificar uma postura ativista, Barroso (2011, p. 225-270) afirma que o ativismo judicial é uma atitude que consiste na escolha de “um modo específico e proativo de interpretar a Constituição”, expandindo o seu sentido e alcance, diferenciando-o da judicialização, que seria uma circunstância decorrente do modelo constitucional adotado e não uma simples prática de vontade política.

Em suma, pode-se considerar que a postura ativista é aquela segundo a qual o Poder Judiciário avança na esfera de atribuição de outros poderes constituídos. Conforme Barroso (2015, p. 225-270), ela normalmente se insere nas hipóteses em que há omissão do Poder Legislativo, bem como naquelas nas quais se verifica algum descompasso entre os objetivos da classe política e as demandas da sociedade civil, impedindo que sejam atendidos os anseios dos cidadãos.

Nessa conformidade, o contrário de uma postura ativista seria a autocontenção judicial, conduta pela qual o próprio Poder Judiciário decide reduzir a sua interferência nas ações dos outros poderes. Assim, a diferença que se estabelece é que o ativismo judicial procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional sem invadir o campo da criação livre do direito, enquanto a autocontenção restringe o espaço de incidência da Constituição em favor das instâncias políticas (PELLEGRINI; TURATTI, 2015, p. 215-238).

Barroso (2015, p. 225-270) enfatiza, nesse viés, que o fenômeno em foco detém dois alicerces: positivo e negativo. O positivo qualifica-se pela circunstância de o Judiciário responder aos anseios sociais que o Legislativo deixou de atender. Por outro lado, a face negativa do ativismo judicial é evidenciar as dificuldades inerentes ao exercício do poder Legislativo.

Ramos (2010), por sua vez, faz uma abordagem do ativismo judicial a partir da perspectiva dos sistemas jurídicos de common law e civil law. O primeiro deles, como se sabe, tem origem no direito britânico e possui como principal elemento a valorização da jurisprudência, que é tida como principal fonte do direito, no lugar das leis estatutárias. Neste sistema, a partir de um precedente, o Poder Judiciário atua da mesma forma como agem os juízes no civil law diante da Constituição ou da lei, isto é, observam a adequação do julgado frente ao caso que se apresenta; “procedem à interpretação do texto da decisão precedente, de onde poderá decorrer a restrição ou ampliação dos efeitos da norma que a acompanha ou até mesmo a revogação total ou parcial do precedente” (RAMOS, 2010, p. 105).

Finalmente, em caso de revogação total ou parcial do precedente, o juiz ou o tribunal formulam nova decisão com base nos princípios gerais do common law, no raciocínio analógico ou na equidade, de maneira semelhante ao procedimento de integração de lacunas no sistema civil law; “no entanto, com a diferença considerável de que essa nova decisão, caso seja adotada por Tribunal Superior ou Tribunal de Apelação, passará a constituir um precedente vinculativo” (RAMOS, 2010, p. 105).

Desse modo, o que se tem de concreto é o fato de que a prática do ativismo judicial acontece quando o Judiciário atua nos âmbitos de competência dos demais poderes, com a finalidade de intensificar valores e objetivos constitucionais. Há, sem sombra de dúvidas, evidente dificuldade em demarcar uma linha divisória entre as competências dos poderes constituídos, razão pela qual se torna de suma relevância o estudo aprofundado do tema.

3 A vinculatividade dos precedentes como meio de garantir a segurança jurídica e a igualdade material: o papel das cortes superiores na formação do direito

A perspectiva de que o ativismo judicial seja, em essência, um exercício antidemocrático conduz à reflexão acerca da autoridade dos precedentes, visto que aqueles derivados de uma prática questionável do ponto de vista da separação dos poderes não deveriam, em tese, ter a mesma eficácia vinculante daqueles oriundos de um agir constitucionalmente atribuído ao Poder Judiciário.

Doutrinariamente, compreende-se como precedente a norma jurídica dotada de força vinculante e extraída de decisões judiciais proferidas por Cortes Superiores, cuja observância é obrigatória tanto do ponto de vista horizontal quanto vertical, ou seja, imposta a julgadores da mesma Corte na qual se originou o precedente, bem como a magistrados de instâncias inferiores (MITIDIERO, 2017, p. 89-90).

Com efeito, embora se reconheça que o precedente tem origem em questões analisadas na decisão judicial, são conceitos que não se confundem. Da mesma forma, a expressão *ratio decidendi* não se confunde com a fundamentação, uma vez que a primeira está inserida na segunda (MARINONI, 2016, p. 162). Nesse viés, muitas são as discussões na doutrina a respeito do conceito de *ratio decidendi*, de modo que alguns autores de-

fendem, até mesmo, que este seja “o ponto mais polêmico da teoria dos precedentes e de toda teoria jurídica produzida no *common law*” (BUSTAMANTE, 2012, p. 259).

De forma ainda superficial, pode-se dizer que a *ratio decidendi* de uma decisão é um “material normativo” imprescindível para o alcance da solução do caso *sub judice*, o qual é extraído do texto decisório e tem força vinculante em relação aos casos análogos futuros (MARSHALL, 1997, p. 506). Mitidiero (2017, p. 90) entende que se trata de “razões jurídicas, necessárias e suficientes, [...] invocadas para a justificação da questão decidida”.

Assim, sempre que uma decisão do Supremo Tribunal Federal gerar coisa julgada *erga omnes* e possuir eficácia vinculante, todos os órgãos jurisdicionais do país – a exemplo dos Tribunais de Justiça dos estados – estão duplamente submetidos à mesma decisão, porém por razões diversas e autônomas: devem respeitar tanto a coisa julgada *erga omnes* quanto a *ratio decidendi*. Nesse caso, apesar de ser possível, em tese, abordar novas circunstâncias para fazer cessar a eficácia temporal da coisa julgada, não se pode adotar aquelas que são capazes de permitir a revogação do precedente constitucional, negando a sua *ratio decidendi*. Portanto, o que impossibilita os demais aplicadores de fazer cessar a coisa julgada não é a coisa julgada *erga omnes*, mas a eficácia vinculante (MARINONI, 2016, p. 162).

Marinoni (2016) frisa, ainda, que mesmo decisões provisórias, que não são sequer capazes de gerar coisa julgada material, podem ser dotadas de eficácia vinculante. O autor cita como exemplo as decisões liminares proferidas em ações diretas de constitucionalidade e inconstitucionalidade. Enfatiza que, nestes casos, a *ratio decidendi*, em que pese seja provisória, detém tem caráter de obrigatoriedade “ou eficácia vinculante em relação aos demais órgãos judiciais e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal” (MARINONI, 2016, p. 162).

Destarte, se pode dizer que a confiança e a expectativa depositadas no ordenamento jurídico – composto também pelas decisões judiciais, especialmente as da Corte Suprema – são tuteladas pelo princípio da segurança jurídica. Portanto, o res-

peito aos precedentes é fundamental para a estabilidade da ordem jurídica, de modo que não dependerá apenas dos órgãos judiciais inferiores respeitar as decisões das Cortes Superiores, mas também do “próprio tribunal responsável pela elaboração do precedente deve observá-lo, sem o que, em verdade, os precedentes não passariam de anúncios passageiros do semblante do Direito” (MARINONI, 2016, p. 162).

4 A mudança de orientação firmada no habeas corpus nº. 126.292/SP do supremo tribunal federal

No caso da decisão do habeas corpus nº. 126.292/SP, houve profunda reformulação da jurisprudência até então vigente, sobretudo porque naquela oportunidade entenderam os ministros da Corte Suprema por alterar significativamente o método hermenêutico que até então vinha sendo empregado. Apesar do resultado do referido julgamento ter sido proferido, inicialmente, *inter partes*, teve seu efeito *erga omnes* reconhecido posteriormente pelas ADCs 43 e 44.

Na oportunidade, os julgadores lançaram mão de interpretação sistêmica a fim de definir o alcance do princípio da presunção de não culpabilidade. Conforme destacam Rodrigues e Krell (2017), “houve menção, embora sem elaboração específica, dos incisos XXVIII (duração razoável do processo) e XXXVIII, alínea c (soberania dos veredictos), do artigo 5º da Constituição”, como comandos da Constituição que não estariam coerentes com a interpretação segundo a qual a decisão condenatória somente poderia ser executada após o julgamento dos recursos destinados às Cortes Superiores.

Na mesma toada, foram especialmente mencionados pela Suprema Corte como parâmetro para a interpretação sistêmica da presunção de inocência os artigos 5º, LXI, 102 e 105, §3º, da Constituição Federal, bem como os artigos 102 e 105, também da Carta Magna, que estabeleceram os limites e hipóteses para interposição de recursos especial e extraordinário ao Superior

Tribunal de Justiça e ao Superior Tribunal Federal (RODRIGUES; KRELL, 2017).

O ponto fulcral da controvérsia, entretanto, fica por conta do artigo 283 do Código de Processo Penal, que dispõe de forma diversa, e cuja superação não fora devidamente enfrentada pelo STF. Tal questão, todavia, deverá ser sanada em breve, em face do iminente julgamento definitivo das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº. 43 e 44 (RODRIGUES; KRELL, 2017)

Compelidos a examinar a norma contrária à sua conclusão, os ministros decidirão se mantêm a linha argumentativa de sopesamento entre princípios, fundamentando as razões da não aplicação do artigo 283 do Código de Processo Penal ou se seguirão a afirmar a possibilidade de “trânsito em julgado parcial” (RODRIGUES; KRELL, 2017), permitindo a execução provisória da pena.

É possível certamente que o Supremo Tribunal Federal reveja o seu entendimento acerca da matéria, seja pela instabilidade do cenário jurídico atual que vem conduzindo a jurisdição constitucional pátria, seja por se convencer da procedência das críticas que lhe foram realizadas (RODRIGUES; KRELL, 2017).

5 Considerações finais

Diante desse panorama, é possível constatar que a decisão proferida no habeas corpus nº. 126.292/SP não consubstancia exemplo de ativismo judicial, na medida em que a postura do Supremo Tribunal Federal foi eminentemente interpretativa e não criou qualquer hipótese inconstitucional ou contra legem de prisão em segunda instância.

Não se pode olvidar, contudo, que parte significativa da doutrina considera ativista a postura da Corte Suprema por entender, em suma, que o Pretório Excelso desbordou da interpretação literal do artigo 5º, inciso LVII, da Carta Magna, ampliando o sentido constitucional de culpabilidade. Todavia há de se atentar, ainda, ao fato de que, sob o ponto de vista hermenêutico, a decisão colhe sua validade a partir dos fundamentos empregados pelos ministros da Corte Suprema, reforçando, as-

sim, a ideia de que, neste caso, o Poder Judiciário atuou dentro dos limites da sua competência.

Conforme salientado no voto do ministro Teori Zavascki, a jurisprudência da Corte Suprema, historicamente, sempre admitiu a execução da pena como efeito da decisão condenatória recorrível. Esse posicionamento foi alterado apenas no julgamento do habeas corpus nº. 84.078/MG, realizado em 05 de fevereiro de 2009, oportunidade em que, por sete votos a quatro, optou-se por privilegiar o princípio da presunção de inocência, reputando-o incompatível com a execução da sentença penal condenatória antes do trânsito em julgado da condenação.

Todavia, ao revés desse entendimento, a principal justificativa colhida da decisão do habeas corpus nº. 126.292/SP consiste em enfatizar o caráter estrutural do Direito, privilegiando a interpretação sistêmica das regras e princípios que o integram sobre a interpretação isolada de um único comando normativo da Constituição. Assim, não se pode considerar como ativista o entendimento firmado decidum, na medida em que se trata de típico ato de jurisdição.

Sob o enfoque da vinculatidade, o principal ponto a ser destacado é a necessidade de que a Corte Suprema esteja atenta à necessidade de estabilizar o seu entendimento acerca da questão, notadamente por se tratar de aspecto que impacta diretamente nas expectativas de um imenso contingente de pessoas que respondem a processos criminais em todo o território nacional, tutelando, em última análise, o princípio da igualdade.

Nesse viés, tratando-se de decisão que, automaticamente, vincula os demais órgãos do Poder Judiciário, é de suma importância que sejam esclarecidos, no mais alto grau de detalhamento possível, os fundamentos pelos quais têm ocorrido as recentes guinadas jurisprudenciais em torno da matéria, a fim de que a decisão seja democraticamente legítima. No caso, considerou-se que a decisão proferida no habeas corpus nº. 126.292/SP atendeu aos referidos critérios, sendo de suma importância que se mantenha exaustivo uso da racionalidade jurídica no iminente julgamento definitivo das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº. 43 e 44.

Referências

BARROSO, Luis Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: Direito e política no Brasil contemporâneo. In: FELLET, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo; PAULA, Daniel Giotti de. (org.). **As novas faces do ativismo judicial**. Bahia: JusPodivm, 2011. p. 225-270.

BÔAS, Regina Vera Villa; FERNANDES, Francis Ted. Prática de ativismo judicial ou diálogos contemporâneos entre áreas do conhecimento? Efetividade dos direitos fundamentais, concretizando a justiça. **Revista de Direito Privado**, v. 65, p. 55-72, jan.-mar. 2016.

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

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

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

GOMES, Renato Rodrigues. Efeito vinculante – Pressupostos para a sua compreensão e aplicação. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 12, n. 44, jan.-mar. 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. Autoridade de Precedente do Supremo Tribunal Federal e Critério para Identificação de Terra Indígena no Brasil. O Caso “Raposa Do Sol”. *Soluções Práticas - Marinoni* | vol. 2 | p. 165 - 204 | Out / 2011 | DTR\2012\358.

MARINONI, Luiz Guilherme. Eficácia Temporal da Revogação da Jurisprudência consolidada dos Tribunais Superiores. **Revista dos Tribunais**, v. 906, p. 255-284, abr. 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARMELSTEIN, George. O ativismo dos juízes na perspectiva da filosofia moral. In: ANJOS, Leonardo Fernandes dos; OLIVEIRA, Umberto Machado de (coord.). **Ativismo Judicial**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 13-88.

MENDES, Gilmar Ferreira; STRECK, Lenio Luiz. Comentários ao art. 93, IX. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 1324-1325.

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

PELLEGRINI, Janine Maria; TURATTI, Luciana. As deliberações do STF relacionadas a definições de direitos fundamentais. **Revista dos Tribunais**, v. 952, p. 215-238, fev. 2015.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

RODRIGUES, Paulo Gustavo; KRELL, Andreas J. Uma análise crítica da argumentação constitucional utilizada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Habeas Corpus nº 126.292/SP. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – RIHJ**, Belo Horizonte, ano 15, n. 22, jul.-dez. 2017.

VITOVSKY, Vladimir Santos. Activismo judicial: Só pecados e virtudes? Contribuição para uma teoria sócio jurídica. In: ANJOS, Leonardo Fernandes dos; OLIVEIRA, Umberto Machado de (coord.). **Ativismo judicial**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 89-136.

A RECLAMAÇÃO COMO INSTRUMENTO PARA MANUTENÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA ESTÁVEL, ÍNTEGRA E COERENTE À LUZ DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Fernanda Rosa Coelho¹
Lucas Moreschi Paulo²

1 Bacharelada em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público. Bolsista do Grupo de Estudos do Projeto de Pesquisa Garantias Processuais Cíveis dos Bens Transindividuais do Programa de Pós-Graduação em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público, coordenado pelo Prof. Dr. Handel Martins Dias e vinculado no CNPq ao Grupo de Estudos Tutelas à Efetivação dos Direitos Transindividuais. E-mail: nandarosa.coelho@gmail.com.

2 Bacharelado em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público. Bolsista do Grupo de Estudos do Projeto de Pesquisa Colisão de Direitos Fundamentais e o Direito como Argumentação do Programa de Pós-Graduação em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público, coordenado pelo Prof. Dr. Anízio Pires Gavião Filho e vinculado no CNPq ao Grupo de Estudos Tutelas à Efetivação dos Direitos Transindividuais. E-mail: lucasmoreschipaulo@gmail.com.

Resumo

Por meio da revisão da legislação e da doutrina nacional e internacional, utilizando-se do método dedutivo, o presente estudo busca analisar precisamente a função da reclamação para a manutenção de um sistema jurídico estável, íntegro e coerente à luz dos objetivos postos pelo Código de Processo Civil de 2015, explicitado em seu artigo 926. Muito importante para a concretização desses objetivos é o sistema de precedentes, outra inovação trazida também pelo novo diploma processual, do qual se originam decisões vinculantes. Assim, a reclamação se mostra como o instrumento hábil para garantir a observância dessas teses, ajudando na concretização da segurança, da integridade e da coerência no sistema judicial atual.

Palavras-chave: Código de Processo Civil de 2015. Coerência. Precedentes. Reclamação. Segurança jurídica.

Abstract

Through the revision of the legislation, as well as the national and international doctrine, using the deductive method, the present study seeks to analyze precisely the function of the complaint to maintain a stable, integrated and coherent legal system, in the light of the goals set by the Civil Procedure Code of 2015, as explicit at its article 926. Very important for the accomplishment of these objectives, we have the system of precedents, another innovation brought also by the new procedural document, from which are originated binding decisions, being the “Reclamação”/Complaint-the instrument capable of guaranteeing the observance of these theses, helping to achieve concretizing the security, integrity and coherence in the current judicial system,

Keywords: Code of Civil Procedure of 2015. Coherence. Precedents. Complaint. Legal Certainty.

1 Introdução

O presente trabalho tem como objetivo precípua a análise, à luz do Código de Processo Civil de 2015, do instrumento da reclamação como garantidor do cumprimento das teses de efeitos vinculantes, o chamado sistema de precedentes brasileiro, zelando pela manutenção de uma jurisprudência estável, íntegra e coerente. Para tanto, inicialmente, será abordada a origem e a evolução da reclamação no ordenamento jurídico pátrio, assim como as contribuições que cada fase evolutiva teve para que se chegasse ao seu contorno atual. Ato contínuo, serão analisadas as peculiaridades da reclamação conforme disposto no Código de Processo Civil de 2015, passando, então, para um estudo acerca do sistema de precedentes inaugurado com o novo diploma processual vigente. Por fim, examinar-se-á a contribuição da reclamação especificamente no âmbito da observância obrigatória dos precedentes, buscando trazer, a todo sistema judicial, maior integridade e coerência.

2 Origem e evolução histórica da reclamação no ordenamento jurídico brasileiro

Desenvolvida a partir de uma construção jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, lastreada na teoria dos poderes implícitos³, a reclamação constitucional no Brasil é tradicionalmente dividida em quatro fases distintas⁴.

3 Segundo Didier Jr. e Cunha (2018, p.619), “os poderes implícitos dos tribunais são necessários ao exercício de seus poderes explícitos. Tendo os tribunais o poder explícito de julgar, têm o poder implícito de dar efetividade às próprias decisões e o de defender a própria competência. Para exercer esses poderes implícitos, concebeu-se a reclamação constitucional. Em virtude de tais poderes implícitos, inerentes a qualquer tribunal, deve-se admitir a reclamação constitucional perante os tribunais”.

4 Esta divisão é dada por José da Silva Pacheco (1989) para fins didáticos, sendo considerada como doutrina tradicional quanto ao tema. Na obra de Marcelo Navarro Ribeiro Dantas (2000), o autor divide a terceira fase de Pacheco em duas, tendo, assim, um estudo composto por cinco fases. Já Leonardo Lins Morato adota a divisão proposta por Dantas, acrescentando-a, no entanto, uma fase, perfazendo o total de seis. Por fim, em estudo recente, Gustavo Azevedo (2018) propõe diante dos novos contornos do instituto, dado pelo Código de Processo Civil de 2015, uma nova classificação histórica da reclamação, composta por três fases, quais sejam (i) fase pré-constitucional, (ii) fase constitucional e (iii) fase codificada. No presente estudo, será aborda a evolução da reclamação constitucional, tomando por base a doutrina de José da Silva Pacheco, apontando, quando oportuno, as digressões no tema realizadas pelos demais doutrinadores citados.

A primeira fase inaugura-se com a criação da reclamação pelo Supremo Tribunal Federal (STF) e estende-se até o ano de 1957, com sua inserção no Regimento Interno da Suprema Corte, sendo o instrumento cabível para preservar a competência desta Corte ou garantir a autoridade de suas decisões. Nesse período, a reclamação confundia-se com o instrumento da correição parcial, que se prestava para correção de irregularidades formais (*error in procedendo*) e ganha previsão legal apenas em 1951, com a Lei nº 1.533.

Com a sua inserção no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF), dá-se o início à segunda fase histórica da reclamação, perdurando até a promulgação da Constituição de 1946, que estabeleceu a competência do STF para a construção de seu próprio Regimento Interno. A partir daí, a reclamação passa a ser regulada nos artigos 156 a 162 do RISTF, sendo este regimento o marco inicial da terceira fase histórica do instituto⁵. A reclamação passa a ser admitida pela maioria dos ministros da Suprema Corte visando assegurar a competência e a autoridade de seus julgados.

A Constituição Federal de 1988 representa o marco para uma nova fase da reclamação, a chamada quarta fase histórica, quando dispõe, em seu Art. 102, inciso I, alínea "l", que o STF será competente para processar e julgar, originariamente, a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões, disposição que também pode ser observada no Art. 156 RISTF. Da mesma maneira, restou positivada na Carta Magna, em seu Art. 105, inciso I, alínea "f", a competência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) para processar e julgar, originariamente, a reclamação para preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões. Destaca-se, também, a ampliação de seu cabimento, trazida pela Emenda Constitucional 45/2004, incluindo a possibilidade de reclamação em caso de descumprimento dos enunciados de Súmulas Vinculantes. Já na Lei nº 9.882/99, que dispõe sobre a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, o Art. 13 refere que caberá reclamação contra o descumprimento

da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na forma do seu regimento interno. Mais recentemente, com o advento do novo Código de Processo Civil, há, novamente, uma ampliação do cabimento da reclamação, incluindo, em seus objetivos, o mantimento da obediência dos precedentes vinculantes, buscando, assim, a manutenção da jurisprudência estável, íntegra e coerente.

3 A reclamação no código de processo civil de 2015

A partir do Código de Processo Civil de 2015, a reclamação tem um novo acréscimo quanto às suas hipóteses de cabimento, ganhando um papel importante diante dos objetivos que buscam alcançar o novel diploma processual. Tal instituto vem disciplinado nos artigos 988 a 993, sem prejuízo do já disposto na Carta Magna e legislação extravagante. De plano, a legislação processual legítima a parte interessada ou o Ministério Público para a reclamação, elencando, nos quatro incisos do artigo 988, as hipóteses de cabimento.

Os incisos I e II trazem a função primeira atribuída à reclamação: a preservação da competência do tribunal e a garantia de autoridade de suas decisões. Como visto, essas razões deram azo ao surgimento da reclamação constitucional e permanecem, ainda hoje, norteadoras sua aplicabilidade. Quanto à preservação de competência do tribunal, normalmente, a reclamação se dá frente ao ato judicial que lhe tenha usurpado. Já a garantia da autoridade da decisão de tribunal pressupõe um processo prévio que tenha originado a decisão que se busca garantir.

No inciso III, consta a possibilidade de reclamação para garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade⁶. A exemplo dos incisos que o precedem, não surpreende o

⁵ Nesse ponto, a doutrina de Dantas (2000, p.47) encontra a terceira e a quarta fase, fazendo, portanto, uma cisão da terceira fase como proposta por Pacheco. Para aquele autor, a terceira fase abarcaria o período compreendido entre a Constituição Federal de 1967 e a edição da Emenda Constitucional 7/77, enquanto a quarta fase teria início com a Emenda Constitucional 7/77, findando com a promulgação da Constituição Federal de 1988.

⁶ O artigo 103-A da Constituição Federal, posteriormente regulamentado pela Lei n. 11.417/2006, que disciplina o procedimento de edição, revisão e cancelamento das súmulas vinculantes, autoriza o Supremo Tribunal Federal, de ofício ou a requerimento, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre a matéria constitucional, aprovar súmula que terá efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e

legislador, pois reafirma o cabimento já trazido anteriormente em legislação esparsa, agora ratificado pela previsão processual vigente.

O inciso IV inova nas possibilidades de ajuizamento da reclamação, que passa a ser cabível também para garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas⁷, igualmente uma novidade na legislação pátria ou incidente de assunção de competência⁸. Essa previsão se afina com os objetivos que norteiam o Código de Processo Civil de 2015 (CPC/15), diploma que tem como um dos pilares a busca por uma jurisprudência estável, íntegra e coerente, como explicitado em seu artigo 926.

Quando ao procedimento adotado pela reclamação, ela poderá ser proposta pela parte interessada (ou pelo Ministério Público), instruída com provas documentais pré-constituídas e dirigida ao Presidente do Tribunal (Art. 988, §2º, CPC), devendo ser autuada e distribuída ao relator da causa principal sempre que possível (Art.

indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. Já a observância de decisão proferida em controle concentrado de constitucionalidade pode ser vista como uma espécie de desdobramento do disposto no inciso II, que garante a autoridade das decisões do tribunal.

7 A respeito do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) temos que se trata de mecanismo que permite aos tribunais, se corretamente utilizado e com verdadeiro respeito ao contraditório, publicidade e fundamentação das decisões, contribuir para a realização dos valores fundamentais da integridade e coerência do sistema jurídico, destacados no diploma processual, bem como à busca de isonomia, segurança jurídica, previsibilidade e economia processual. No julgamento do incidente, o órgão julgador, além de observar as disposições do artigo 984 do CPC, fixará a tese jurídica a ser aplicada aos demais processos que tratem da mesma questão e informará à Presidência da respectiva Corte, que comunicará ao Conselho Nacional de Justiça e a todos os órgãos jurisdicionais competentes, bem como ao órgão responsável para divulgação e publicidade no portal do tribunal, como determina o art. 979 do CPC. O IRDR tem recebido grande atenção por parte da doutrina, dada sua inovação no sistema pátrio e sua função relevante para a solução das chamadas demandas de massa. Dentre os principais autores que trabalham esta temática pode-se destacar Luiz Guilherme Marinoni (2016), que questiona a constitucionalidade do aludido instrumento, Antonio do Passo Cabral (2014), que discorre acerca da escolha da causa piloto no IRDR, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes e Sofia Temer (2015), que trabalham profundamente diversos aspectos do incidente, entre outros.

8 O incidente de assunção de competência consiste, basicamente, no deslocamento da competência funcional de órgão fracionário que seria originariamente competente para apreciar o recurso, processo de competência originária ou remessa necessária, para um órgão colegiado de maior composição, devendo a lide ser isolada e envolver situação de relevante questão de direito com repercussão social. O acórdão proferido pelo órgão colegiado consubstanciará em um precedente que vinculará todos os órgãos daquele tribunal, que diante de outro caso igual não poderão decidir de maneira diversa. Conforme Cimardi (2015, p.299), esse incidente consiste numa reformulação daquele previsto no artigo 555, §1º do CPC/73, trazendo algumas alterações quanto ao seu cabimento e procedimento. Pode-se dizer ainda que esse mecanismo é menos complexo que a tradicional e desprestigiada técnica do incidente de uniformização de competência, que, dado a sua rara utilização, não foi disciplinado pelo CPC/15.

988, §3º, CPC). Não será cabível, no entanto, a reclamação após o trânsito em julgado da ação reclamada (Art. 988, §5º, inciso I, CPC) e, quando se tratar de inobservância de acórdão proferido em regime de recurso especial e extraordinário repetitivo, deve-se, primeiramente, esgotar todas as instâncias ordinárias (Art. 988, §5º, inciso II, CPC). Recebida a reclamação, o relator poderá requisitar informações à autoridade agente do ato impugnado (Art. 989, inciso I, CPC), ordenar a suspensão do processo originário a fim de evitar dano irreparável (Art. 989, inciso II, CPC) e determinar a citação de quem se beneficiou da decisão impugnada (Art. 989, inciso III, CPC), devendo dar vista ao Ministério Público quando ele não for autor da reclamação (Art. 991, CPC). Por se tratar de ação originária do Tribunal contra as decisões nela proferidas, serão cabíveis embargos de declaração, agravo interno – quando se tratar de decisão monocrática – ou ainda recurso especial e recurso extraordinário contra os acórdãos.

4 O sistema de precedentes judiciais

De maneira inovadora no ordenamento jurídico pátrio, o Código de Processo Civil de 2015 regula, no seu Livro III da Parte Especial, o sistema judicial de precedentes, que busca assegurar, entre outros princípios constitucionais atualmente aplicados ao processo brasileiro, a isonomia e a segurança jurídica. Para isso, o legislador elenca alguns mecanismos que terão observância obrigatória, e que, além de contribuir para a segurança jurídica, mostram-se também como meios de otimização dos julgados, privilegiando a celeridade processual diante de um Poder Judiciário cada vez mais abarrotado de processos. Surge o sistema de precedentes brasileiro, dando protagonismo a instrumentos processuais de eficácia vinculante, destacando, para tal, além do controle concentrado de constitucionalidade, súmulas vinculantes e enunciados de súmulas do STJ e STF, o incidente de assunção de competência, o incidente de resolução de demandas repetitivas e os recursos especial e extraordinário repetitivos, disciplina dado pelo artigo 927 do Código de Processo Civil.

De plano, salienta-se que o tema dos precedentes no direito brasileiro ainda causa celeuma acerca de seu conceito, aplicação e

origem. No entanto, frente à proposta do presente trabalho, nos ateremos à explanação de um breve conceito e à aplicabilidade à questão das decisões de superiores hierárquicos na pirâmide do judiciário.

O precedente, para Lenio Streck (2016, p.681), é um status adquirido por determinada decisão ao ser aplicada subsequentemente em demandas sucessivas. Esse é o conceito que mais se aproxima da Rule of Precedents, modelo existente nos países da Common Law.

Teixeira (2016, p.23) assevera que “nenhuma decisão jurídica surge, desde o início, como precedente; somente historicamente, ao ser utilizada pelas partes e na fundamentação de novas decisões judiciais, é que uma decisão começará a ganhar a status de precedente”. Ou seja, a decisão só atingirá a condição de precedente conforme for efetivamente utilizada na resolução de casos sucessivos e similares. O que corrobora com a concepção de precedente defendida por MacCormick (1987, p. 171), de que precedente é uma ratio decidendi formal somada a uma teoria dos precedentes persuasiva. A razão para tanto é que, para MacComick, os sucessivos julgamentos darão coerência ao Direito, em um processo que ele chamará de reconstrução racional da ratio decidendi, ou seja, o precedente é definido com o tempo e pelos demais julgadores.

Por fim, Streck (2016, p. 284) diz que um precedente não cabe em um enunciado. Para o jurista gaúcho, existe uma diferença entre o “que é precedente no common law e o que pensa que é um precedente no direito brasileiro. Nos Estados Unidos, precedente tem nome e sobrenome, aqui, uma súmula (para falar apenas em um “tipo” de “precedente”) possui apenas um número”. Afirma, ainda, que o precedente lá serve para resolver casos passados, enquanto aqui tem a pretensão de abarcar todos os casos futuros, sem a finalidade para o qual são feitos, especialmente no que tange às sumulas.

A vinculatividade dos precedentes brasileiros tem direção vertical ou horizontal. Sobre este aspecto, Anízio Pires Gavião Filho (2016) comenta que “diz respeito à direção da relação entre o órgão jurisdicional do caso precedente e o órgão jurisdicional do caso presente, objeto de interpretação e aplicação do direito em uma situação concreta determinada”. Verticalmente, o órgão juris-

dicional a quo deve aplicar o precedente por questão hierárquica na estrutura do sistema de justiça. Nesse sentido, juízes e tribunais devem aplicar entendimentos fixados pelos superiores hierárquicos correspondentes em casos semelhantes aos já interpretados e julgados por estes. Horizontalmente, o próprio tribunal do qual emanou o precedente deve ser coerente para com sua jurisprudência interna, de maneira que a vinculatividade, nesse caso, se dá em “razão do princípio da universalidade e na regra formal de justiça de tratar igualmente os iguais. Casos semelhantes, em seus aspectos essenciais, devem receber semelhantes interpretações e qualificações jurídicas” (GAVIÃO FILHO, 2016).

Frente a tais entendimentos, nota-se que, em nome da coerência, da segurança jurídica e da integridade das decisões judiciais, devem ser seguidas as orientações e entendimentos fixados pelos órgãos jurisdicionais de maior hierarquia no que concerne à capacidade de julgamento com efeito vinculante, numa perspectiva interna do Poder Judiciário.

5 A função da reclamação na observância dos precedentes no ordenamento jurídico brasileiro

A preocupação do legislador com a segurança jurídica, mantendo assim uma jurisprudência estável, íntegra e coerente, vem explícita no artigo 926 do Código de Processo Civil de 2015. Para isso, utiliza-se do sistema de precedentes a fim de evitar dissonâncias entre respostas judiciais para casos idênticos. Sobre o tema, a doutrina de Zanetti Júnior (2015, p. 1701):

A mudança de paradigma consiste em abandonar o caráter meramente persuasivo da jurisprudência anterior (precedentes persuasivos) para assumir o papel normativo dos precedentes atuais (precedentes vinculantes). A finalidade desta mudança está em assegurar a racionalidade ao direito e ao mesmo tempo reduzir a discricionariedade judicial e o ativismo judicial. Os princípios da igualdade e segurança jurídica, normalmente elencados para justificar a teoria

dos precedentes, são conseqüências [sic] colaterais do atendimento da racionalidade e universalidade das decisões.

Temos que a integridade e a coerência das decisões judiciais se refletem na aplicação do sistema de precedentes que buscam combater o ativismo judicial e os posicionamentos divergentes dos tribunais sobre o mesmo tema, trazendo, assim, uma espécie de unidade na aplicação do direito pátrio.

A coerência pode ser entendida como um marco teórico-prático que, ao lado da consistência e do princípio da não contradição, garante proteção a dois princípios basilares de toda a ordem jurídica: o da segurança jurídica e o próprio primado de Justiça, que, obviamente, dão sentido à ideia do que seja o direito. É graças à coerência existente dentro do ordenamento jurídico, da jurisprudência, das condutas e das previsibilidades que se identifica aquilo com que o direito se preocupa, quais valores visa preservar e pelo que luta. A ideia por detrás da coerência e da integridade é a de concretização da igualdade, integrante nuclear do princípio basilar da dignidade da pessoa humana, fundamento da nossa ordem constitucional. Assim, a integridade é a materialização processual do direito à igualdade, o que harmoniza e horizontaliza a prestação jurisdicional do Estado.

Decisão íntegra e coerente será, portanto, aquela que respeite o direito fundamental a uma resposta adequada, em que o cidadão é credor, tendo como garantia que não será surpreendido pelo entendimento pessoal do julgador. Portanto, evidencia-se a coerência como requisito indispensável para a correção das decisões judiciais, não propriamente por replicar e bem ajustar as *ratio decidendis* dos precedentes, quaisquer que sejam eles, fixados pelos tribunais, mas por perceber que a correta resposta jurisdicional é aquela que, ao tratar os jurisdicionados de maneira igualitária, não os surpreende quando, da mesma pretensão, surgem duas respostas jurídicas diametralmente opostas.

Diante desse cenário e da premente necessidade de observância dos julgados com carga vinculante, a reclamação desempenha uma nova e nobre função, a fim de assegurar o cumprimento dessas teses e concretizar a segurança do atual sistema

jurídico. Nessa nova realidade de busca pelo respeito à jurisprudência, mantendo-a íntegra, coerente e estável, pode-se verificar o desenvolvimento de uma quinta fase da reclamação no sistema jurídico pátrio, tendo em vista a relevância desse instrumento para garantir a observância das teses fixadas pelas cortes superiores e a manutenção da unidade do sistema judicial⁹.

6 Conclusão

A reclamação evoluiu historicamente a fim de se ajustar às necessidades encontradas pelo Judiciário ao longo do tempo. Com o advento do Código de Processo Civil de 2015, que inaugura o chamado sistema de precedentes no ordenamento jurídico pátrio, que busca concretizar os objetivos postos em seu artigo 926, mantendo uma jurisprudência estável, íntegra e coerente. Nesse sentido, a reclamação ganha uma nova e nobre função, sendo o instrumento garantidor da observância obrigatória das teses de efeito vinculante, zelando pela segurança do sistema jurídico.

Referências

- AZEVEDO, Gustavo. **Reclamação constitucional no direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- CABRAL, Antonio do Passo. A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos. In: DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da (coord). **Julgamento de casos repetitivos**. Salvador: Juspodivm, 2016.
- CIMARDI, Claudia Aparecida. **A jurisprudência uniforme e os precedentes no Novo Código de Processo Civil brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

⁹ Nesse sentido é o trabalho desenvolvido por Ledesma e Dias (2018), que defendem a inauguração de mais uma fase histórica da reclamação constitucional, não apenas pela expansão de seu cabimento, mas pela função que recebeu, em assegurar a integridade, estabilidade e coerência do sistema jurídico. A expansão da competência para reclamação, pelo CPC/15, por si só, já seria suficiente para justificar a introdução a uma nova fase. No entanto, a justificativa para tal se dá pela importância que dito instrumento recebeu no novo diploma processual, em assegurar as finalidades do artigo 927, tendo participação relevante para assegurar a funcionalidade do sistema de precedentes, adotado pelo ordenamento jurídico.

DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. **A reclamação constitucional no direito brasileiro**. Porto Alegre: Fabris, 2000.

DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil**: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querellanullitatis, incidentes de competência originária de tribunal. 15. ed. reform. Salvador: Juspodivm, 2018. v. 3.

GAVIÃO FILHO, Anízio. Precedentes e argumentação Jurídica. In: **XXV Encontro Nacional do Conpedi**: processo, jurisdição e efetividade da justiça II. Florianópolis: CONPEDI, 2016.

LEDESMA, Thomás Henrique Welter; DIAS, Handel Martins. A relevante função da reclamação constitucional no CPC/15. In: **XXVI Encontro Nacional do Conpedi**: processo, jurisdição e efetividade da justiça I. Florianópolis: CONPEDI, 2018.

MACCORMICK, Neil. Why cases have rationes and what these are. In: GOLSTEIN, Laurence. **Precedents in law**. Oxford University, 1987.

MARINONI, Luiz Guilherme. O “problema” do incidente de resolução de demandas repetitivas e dos recursos extraordinário e especial repetitivos. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais. V. 249/2015. Nov / 2015. p. 399 – 419. Versão eletrônica.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; TEMER, Sofia. O incidente de resolução de demandas repetitivas do novo Código de Processo Civil. In: ZANETI JR, Hermes (coord). **Processo coletivo**. Salvador: Juspodivm, 2016.

PACHECO, José da Silva. A “reclamação” no STJ e no STF de acordo com a nova Constituição. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 678, n. 646, ago. 1989, p. 20.

STRECK, Lenio Luiz. Art. 489. In: STRECK, Lenio; NUNES, Dierle José Coelho; CUNHA, Leonardo José Carneiro da (Org.). **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2016.

TEIXEIRA, Bernardo Spencer da Fontoura. **A aplicação dos precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: FMP, 2016.

ZANETTI JUNIOR, Hermes. Comentários aos artigos 926 a 946 do CPC/15. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord). **Comentários ao novo código de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

COLONIALIDADE, SABER E PODER: O PAPEL DO ESTADO E DO DIREITO NAS RELAÇÕES FAMILIARES

Rodrigo Rosa de Lima¹

Raquel Fabiana Lopes Sparemberger²

¹ Advogado, Especialista em direito de família e Sucessões pela Fundação Escola Superior do Ministério Público, Mestrando em direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público

² Doutora em Direito. Professora do Mestrado em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público.

Resumo

Este artigo trata da colonialidade do saber e do poder e a interferência destes no direito, principalmente nas chamadas relações familiares; aborda a relação entre a colonialidade e o Estado diante de tais relações; enfatiza, ainda, a diferenciação entre colonialidade e decolonialidade; e apresenta o papel do Estado e do direito a partir da colonialidade, demonstrando o conceito de um sujeito que diante de novas perspectivas e relações familiares se encontra não situado. Por fim, o artigo visa demonstrar que no âmbito do direito de família e das relações familiares muito se avançou, mas que há muito a ser superado no plano da chamada colonialidade, principalmente no âmbito do poder e do saber. Trata-se de uma pesquisa descritiva, de abordagem indutiva e a técnica de pesquisa usada é a bibliográfica.

Palavras-chave: Colonialidade. Poder. Família. Sujeito. Decolonialidade.

Abstract

This article deals with the coloniality of knowledge and power and its interference in law, especially in the so-called family relations. It addresses the relationship between coloniality and the state in the face of such relations. It also emphasizes the differentiation between coloniality and decoloniality. It presents the role of the State and the right from coloniality, demonstrating the concept of a subject who, faced with new perspectives and family relations, is "not situated". Finally, the article aims to demonstrate that much progress has been made in family law and family relations, but there is much to overcome in the area of so-called coloniality, especially in the realm of power and knowledge. It is a descriptive research, an inductive approach and the bibliographic research technique.

Keywords: Coloniality. Power. Family. Subject. Decoloniality.

1 Considerações iniciais

A analítica da modernidade/colonialidade nos permite verificar como a epistemologia se constrói por meio de uma lógica colonialista, exploradora e genocida que, no entanto, justifica-se pelos projetos da modernidade construídos a partir de categorias universais nas mais diversas áreas do jurídico. Trata-se de ideias localizadas que são impostas como sendo o melhor para todos e decorre que qualquer tipo de exploração e invasão é explicado como um caminho necessário que levaria à realização plena da humanidade.

Nessa perspectiva, este artigo trata da colonialidade do saber e do poder e da interferência destes no direito, principalmente nas chamadas relações familiares. Abordar-se-á a relação entre a colonialidade e Estado diante de tais relações, enfatizando, ainda, a diferenciação entre colonialidade e decolonialidade. Apresentar-se-á o papel do Estado e do direito a partir da colonialidade, demonstrando o conceito de um sujeito que diante de novas perspectivas e relações familiares se encontra não situado. Por fim, este artigo visa demonstrar que no âmbito do direito de família e das relações familiares muito se avançou, mas que há muito a ser superado no plano da chamada colonialidade, principalmente no âmbito do poder e do saber. Trata-se de um pesquisa descritiva, de abordagem indutiva e com técnica de pesquisa bibliográfica.

2 Colonialidade, estado e relações familiares

A colonialidade de poder³, saber⁴, ter e ser fez da América Latina um cenário de silenciamento, subalternidade e perspectivas para além da nossa realidade histórica, da nossa memória e da nossa verdadeira essência. A colonização não diz respeito apenas à administração colonial direta sobre determinadas áreas do mundo, mas refere-se a uma lógica de dominação, exploração e controle que inclui a dimensão do conhecimento.

Nesse sentido, fala-se em colonialidade e não apenas de colonialismo. Segundo Mignolo (2008, p. 293), a palavra colonialidade é empregada para chamar atenção sobre o lado obscuro da modernidade, assim, fala-se em modernidade/colonialidade. A retórica da modernidade e as ideias pretensamente universais desta (cristianismo, modernidade, estado, família, democracia, mercado, etc.) permitiram a perpetuação da lógica da colonialidade (dominação, controle, exploração, dispensabilidade de vidas humanas, subalternização do saberes dos povos colonizados, etc.) (MIGNOLO, 2008, p. 293).

A discussão sobre colonialidade envolve as mais diversas áreas do saber, porque, no caso Brasil, bem sabemos que toda a episteme foi construída com base em construções teóricas europeias. Nesse sentido, segundo Ballestrin (2013, p. 4), categorias como colonialidade, modernidade, decolonialidade, colonialidade do poder, do saber, do ser, ocidentalismo e eurocentrismo possuem relações intrínsecas com as questões vinculadas ao Di-

reito de família e às respostas às novas concepções de família, realidades tão difíceis de serem compreendidas pela colonização do saber nos contextos atuais.

Assim, o Brasil, como outros países latino-americanos que foram colonizados por europeus, sofreu com o colonialismo e disto ficaram arraigadas e impressas em nosso ordenamento jurídico as tendências, as percepções, os entendimentos e os pré-julgamentos excludentes da visão etnocêntrica europeia. Dentro deste contexto, a colonialidade, portanto, trabalha com o conceito de universalidade, o qual abarca o plural de maneira abrangente e não pontual. Mignolo (2008, p. 293) entende que

A retórica da modernidade e suas ideias pretensamente universais (cristianismo, modernidade, Estado, democracia, mercado, família e tradição etc.) permitiram e permitem a perpetuação da lógica da colonialidade⁵ (dominação, controle, exploração, dispensabilidade de vidas humanas, subalternização dos saberes dos povos colonizados, etc.)

Incute nessa questão a afirmação de que saber é poder⁶. Nesse sentido, Sparemberger e Kyrillos (2013) destacam que o saber é um dos pontos de sustentação da dominação em todos os territórios das atividades humanas, sendo, no processo atual da globalização, o domínio do saber tecnológico simbolicamente o determinante das relações de poder. Tais relações foram construídas e constituíram saberes e conhecimentos diferenciados que definiram os dominantes e os dominados. Dominados esses que tiveram e têm seus conhecimentos subalternizados, inclusive no nosso foco de estudo que é o conhecimento tradicional do Direito. As autoras ainda asseveram que “deve-se ter presente que o Estado brasileiro não nasce das exigências

3 Ao interpretar os estudos de Foucault como relação de poder, percebe-se que o poder pode ser entendido como ambíguo, ambivalente, não linear; esse conceito contribui para a construção de visão de mundo em que o sujeito (educando, educador, sociedade) poderá atuar por meio de estratégias de confronto, ou seja, dentro de uma rede dinâmica de correlação de forças. É certo que essa visão de sujeito resistente e ativo não predomina na maior parte da obra de Foucault, contudo, em suas últimas obras – História da sexualidade I e II, é possível detectarmos relações em que os sujeitos são capazes de alterar os rumos do vivido.

4 Se a noção de conhecimento se diversifica e multiplica ao ser considerada, podemos supor legitimamente que contém em si diversidade e multiplicidade. Desta forma, o conhecimento já não poderia ser reduzido a uma só noção como informação, percepção, descrição, ideia ou teoria, entretanto, há a necessidade de concebê-lo nos diversos modos ou níveis aos quais corresponderia cada um desses termos. (MORIN, 1988, p. 19-20).

5 Segundo Sparemberger e Kyrillos (2010), a colonialidade se sustentou e continua a se sustentar, portanto, a partir da construção do imaginário epistêmico da universalidade. Em nome de uma pretensa “racionalidade universal foi necessário o tráfico de escravos, a exploração dos indígenas e a expropriação de suas terras, a perpetuação do conceito tradicional de família e suas sujeições a determinadas estruturas de poder. [...] Ou seja, a retórica positiva da modernidade justifica a lógica destrutiva da colonialidade e acentua o conceito de subalterno” (SPAREMBERGER; KYRILLOS, 2010).

6 Com uma influência nítida das pesquisas desenvolvidas por Foucault.

do cidadão, e é a partir daí que se constrói no Brasil o conhecimento jurídico” (SPAREMBERGER; KYRILLOS, 2013). No âmbito do direito, esta lógica, para Rubio (2010, p. 25), reduz, separa e abstrai o mundo jurídico em distintos planos.

Primeiro, reduz o direito ao direito estatal, desta maneira ignora outras expressões jurídicas não estatais, isto é, oculta o pluralismo jurídico. Acredita, portanto, que o direito só é norma ou instituição, como consequência, absolutiza-se a lei do Estado e se burocratiza sua estrutura. Além disso, o saber jurídico fica reduzido a pura lógica-analítica e normativa, de maneira que são ignoradas as suas conexões políticas e éticas.

Segundo, separa o âmbito do público e do privado, com as consequências negativas que no âmbito das garantias possuem os direitos humanos sob o predomínio da combinação entre as racionalidades instrumental e mercantil, por um lado, e a patriarcal ou machista, por outro. Separa também o jurídico do político, isto é, separa o direito das relações de poder. Terceiro, abstrai o mundo jurídico do contexto sociocultural no qual se encontra e que o condiciona. Substitui-se o humano corporal, com necessidades e produtores de realidades, para seres sem atributos, fora da contingência e subordinados a suas próprias produções sócio-históricas, como são o mercado, o estado, o capital e o próprio direito. Abstrai a tais níveis que os juristas acreditam que nossas próprias ideias, categorias, conceitos e teorias são as que geram os fatos. Isto é, pairam acima da realidade, como se estivessem no imaginário ponto zero do conhecimento.

Como uma espécie de endeusamento platônico, as ideias são confundidas com a realidade. Acredita-se que estas ideias surgem a partir de um sujeito não situado e, assim, são universais, ou seja, válidas em qualquer lugar do planeta.

3 Estado e direito: o sujeito não situado e as relações familiares

Percebe-se no contexto atual que, diante da colonialidade do poder, do ser e do saber, o sujeito, principalmente nas relações de afeto, como nas relações familiares, encontra-se como um sujeito não situado⁷, de relações líquidas, amores líquidos e vidas líquidas como assevera Bauman, ao enfatizar a perda dos afetos diante de estruturas de poder e de saber. Isto significa dizer que o Estado sempre foi detentor de poder sobre a família, legislando sobre seus direitos, tendo a religião exercido a força motriz deste poder, impondo regras aos costumes. A colonização europeia sobre as américas, traçou de forma forte e por vezes autoritária a constituição e regulamentação do direito das famílias, impondo costumes aos povos colonizados, que através dos tempos buscam resgatar seus antigos hábitos familiares, que por muitas vezes se perceberá não são aqueles da dita família tradicional europeia. O afeto e o nascimento, conforme historiadores, não foram o fundamento da família romana, mas sim o pater poder, ou o poder marital, com isto, ainda que houvesse amor entre as famílias antigas, este não era o elemento de sua constituição (COULANGES, 1998, p. 36). O Estado, apesar de delegar ao homem (chefe da família) o poder de governar, para que este determinasse e comandasse a casa, a mulher, os filhos, os escravos e até mesmo as rezas e oferendas aos antepassados mortos, exerce seu poder de interventor da vontade individual dos sujeitos de direito (cidadãos).

Gilberto Freire (1981, p. 3-87), escritor dedicado à ensaística da interpretação do Brasil sob ângulos da sociologia, antropologia e história e considerado um dos mais importantes

7 O conhecimento pode ser construído na pluralidade de vozes no interior de um eixo comum, em que os sujeitos estão circunscritos ao tempo e espaço, dialogando, construindo e ressignificando suas leituras de mundo de maneira relacionada. Assim, as escolhas, decisões e posições tomadas pelos sujeitos têm dimensões sociopolíticas e desempenham papéis fundamentais nos movimentos de transformações da sociedade, no âmbito tanto da dimensão individual como da social. Logo, no enfrentamento, na discussão de conflitos e na tomada de decisões, o sujeito, por muitas vezes, principalmente nas novas relações familiares, não se encontra, não se situa, é preciso ressignificações no plano do saber legal, faz-se necessário desvelar as contradições apresentadas no processo de desenvolvimento da práxis jurídica para atender tais realidades (LIMA, 2013).

sociólogos do século XX, ao relatar como era a sociedade brasileira no período da colonização, explica que a família, assim, como na antiguidade, sob forte influência europeia, cultivava o regime patriarcal, contudo, miscigenada pelas culturas africanas (escravos trazidos) e indígena (os que no Brasil já habitavam).

É possível, a partir de deste artigo, constatar como funcionava a estrutura familiar, sendo o chefe da família (patriarca) o representante da lei e da ordem no seio familiar, estando abaixo apenas do poder Estatal. Com o passar do tempo e as transformações familiares, verifica-se que assim como o poder do chefe de família tem cada vez menos ingerência no modelo de vida atual, o Estado, da mesma forma, deve interferir cada vez menos, conforme ver-se-á adiante, existindo novas concepções de modelo familiar e interferência estatal.

A constante despatrimonialização do direito de família e a busca por justiça, baseada na dignidade, afetividade e confiança construída pelos indivíduos entre si, têm mostrado cada vez mais que a intromissão Estatal apenas acresce o inconformismo com normas ultrapassadas, demonstrando que a sociedade prima pela busca da felicidade. É nesse contexto que se verifica que em determinadas situações deveria o Estado abster-se de regulamentar, como ocorre no caso de pessoas maiores de 70 anos⁸ serem obrigadas a casar-se sob o regime da separação total de bens, sob o argumento de serem vulneráveis.

Thomas Hobbes (1997), ao escrever seu célebre livro *Leviatã*, partiu do princípio de que jamais o mundo seria capaz de satisfazer as necessidades do homem, tendo em vista que estes são egoístas e competem entre si, o que ele chamou de “guerra de todos contra todos”, isto porque cada homem somente procura aquilo que lhe é de interesse particular, sem olhar para o todo. Portanto, seguindo a lógica de Hobbes, se faz necessário que o Estado regule determinadas condutas, punindo, controlando ou até mesmo vigiando o homem para que este não faça mal ou tome determinadas condutas morais.

Tendo esta ideia em mente, observa-se que o Estado, através do tempo, tem sido constantemente motivado a atuar de forma super reguladora sobre a vida do indivíduo, agindo, por muitas vezes (na maioria delas, na verdade), de modo que ultrapassa os limites da intervenção estatal e passa a interferir diretamente nas relações privadas, especificamente naquelas atinentes ao Direito de Família. Obviamente, o Estado possui milhares de leis reguladoras da conduta humana, em especial na seara supramencionada, sendo, conforme passaremos a demonstrar, imprescindível que exista uma linha clara e definida entre a atividade estatal e a autonomia de vontade das partes.

O Estado, como ente hierárquico, é responsável por estabelecer mandamentos, internalizar e controlar a forma de atuação do indivíduo na coletividade, organizando e estruturando a maneira com que as relações interpessoais se desenvolverão. Trata-se, portanto, do agente regulador da conduta humana. Acontece que, embora dê as diretrizes necessárias para o pleno desenvolvimento social e dite as consequências ocasionadas em razão da infração de algum dos limites comuns, não pode sobrepor-se a todo e qualquer momento à vontade individual do ser humano. No caso, ainda que o Estado represente e signifique soberania, é imprescindível que este atue de modo a permitir a construção e o aprimoramento dos anseios pessoais.

Isto é, o Estado deve agir para resguardar a ordem e o bem-estar social. No entanto, de forma alguma, deve reprimir ou valer-se das vontades dos sujeitos na sua atuação, visto que o seu papel consiste justamente no contrário, em uma condução que permita o desenvolvimento do indivíduo e possibilite que ele seja visto e aja como um ser capaz de dirimir, por si só, questões inerentes à seara pessoal. Até porque, com as contínuas modificações sociais que estão ocorrendo, o papel do Estado passou a ser ressignificado, eis que, com o crescente desejo do indivíduo em estabelecer vínculos afetivos e de se sentir parte de algo mais profundo e subjetivo, a própria estrutura e forma familiar foi alterada. O modelo, até então, dominado pelo interesse, passou a reconhecer o amor como base estrutural e

8 Código Civil Brasileiro de 2002. Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento:

[...] II – da pessoa maior de 70 (setenta) anos; (Redação dada pela Lei nº 12.344, de 2010)

significar os membros do núcleo familiar com igual importância e valor.

Passamos a nos deparar, então, com a família eudemonista. Este modelo prega a busca da realização plena e do bem estar do seio familiar como um todo; retirando o caráter obrigacional da instituição e passando a enxergá-la como um refúgio, um ambiente de afeto, segurança e proteção. Logo, como os vínculos começaram a ser firmados sem qualquer tipo de imposição hierárquica, religiosa ou patrimonial, torna-se a família a expressão e representação do livre arbítrio do indivíduo. O Estado, deste modo, não pode mais intervir nas relações ali firmadas como fazia anteriormente, porque, de acordo com Carvalho (2012, p. 79),

O afeto como valor jurídico importa nova concepção do Direito de Família na sua relação entre o público e o privado. A intervenção do Estado na família deve ser frequente, mas apenas protetiva, especialmente para os incapazes e pessoas fragilizadas, evitando abusos e proporcionando seu desenvolvimento, sem ingerência na sua constituição e manutenção. O Direito de Família, por consequência, é ramo de direito privado, regulado por normas cogentes ou de ordem pública, com forte intervenção protetiva do Estado, mas respeitando a vontade de seus membros; suas instituições jurídicas são de direito-deveres; é direito personalíssimo, irrenunciável e intransmissível. (CARVALHO, 2012, p. 79).

Assim, o Estado, diante de tais modificações e da aceitação da afetividade como um princípio fundamental, passou a atuar de acordo com o Direito de Família Mínimo, também conhecido como a mínima intervenção do Estado nas relações familiares. Este prega e reconhece a capacidade do sujeito de administrar as relações firmadas e da consequente desnecessidade da ingerência estatal, salvo quando estivermos diante de situações revestidas de vulnerabilidade, como a iminência de risco a crianças, adolescentes ou pessoas idosas. Alves (2010, p. 3) explica que “o Estado apenas estaria autorizado a intervir no âmbito da família quando visasse implementar direitos fundamentais da

pessoa humana, como a dignidade, a igualdade, a liberdade, a solidariedade etc.”, isto é, o Estado deveria capacitar o indivíduo e criar meios para que este conseguisse se autogerenciar, ficando a sua atuação limitada e restrita a hipóteses de afronta a garantias constitucionais mínimas. Até porque, conforme mencionado, o Judiciário, diante das constantes transformações que sucederam ao longo do tempo, inclusive na maneira como as entidades familiares foram se constituindo e na transformação do ambiente pessoal em um meio de realização pessoal e de busca pela felicidade, deveria admitir as decisões ali tomadas, em razão de serem frutos da vontade devidamente manifestada pelas partes (ALVES, 2010, p. 3).

Desta forma, conforme exposto, deveria o Estado deixar de ser o ente interventor e passar a ser o ente que tutela e zela pelas relações e pelos eventuais reflexos decorrentes destas. O que se nota é que assim como a família já não é mais a mesma, o Estado tem grande dificuldade em acompanhar esta nova realidade. Conforme visto, há a necessidade de controle da atuação particular para que o bem estar, a segurança e o bom funcionamento da sociedade como um todo sejam resguardados, mas também é imprescindível que exista um limite da tutela do Estado quando este interfere nas relações privadas, eis que a liberdade conferida aos indivíduos, denominada autonomia, busca exatamente uma certa autodeterminação. Santos (2013, p. 10), em seu artigo intitulado A Autonomia de Vontade no Direito de Família Contemporâneo, diz o seguinte:

A partir da segunda metade do século XX, no entanto, diante da conscientização de que, de regra, há uma inegável desigualdade de fato (no âmbito econômico, político, social e jurídico) entre os partícipes do contrato, tem-se notado uma crescente intervenção do Estado nas relações jurídicas privadas, com a finalidade de evitar excessos decorrentes do exacerbado liberalismo até então imperante.

A questão é, quando o Estado deve interferir? Diante de fatos modificadores da sociedade, mas de forma a não ultra-

passar os limites da promoção da dignidade da pessoa humana. Nesse contexto, Multedo (2017, p. 2-3) ensina que

A privacidade passa a ser vista, então, não mais como o direito de estar só, mas principalmente, como o direito de autodeterminar-se e de traçar os rumos da própria existência, de manter o controle sobre as próprias informações. Em consequência, o próprio princípio da liberdade pessoal passa a se consubstanciar em uma perspectiva de privacidade, de intimidade, de modo a garantir o exercício das próprias escolhas individuais.

Acontece que o Ente Federado, além de continuar agindo de modo a interferir, efetivamente, nas questões do direito de família, encontra respaldo e amparo legal para tanto, visto que a legislação prevê a licitude dessa intervenção e a determina, visando garantir a efetividade dos direitos e deveres. A questão até aqui debatida é qual o limite da razoabilidade dessa interferência, uma vez que, conforme já referido, por meio da CF/1988⁹ a família passou a ter um viés muito mais afetivo do que propriamente patrimonial, ou seja, o objetivo anterior a CF/1988, de reprodução e constituição patrimonial, agora passa a ter como base a solidariedade. Conforme explica Lôbo (2008, p. 5), justamente sobre essa modificação das bases familiares, o consenso, a solidariedade, o respeito à dignidade das pessoas que a integram são os fundamentos dessa imensa mudança paradigmática que inspiram o marco regulatório estampado nos artigos 226 a 230 da Constituição de 1988. O que se percebe é que, no âmbito familiar, o Estado tem um dever de proporcionar um ambiente equilibrado, harmonioso e principalmente saudável, inerentes a interação familiar. Em uma sociedade democrática, o direito está sempre presente, sendo corolário lógico que o Estado deverá sempre primar pelos conceitos da liberdade, da igualdade e, no caso do presente estudo, da família, abandonando uma concepção hermética para transformar o direito dos indivíduos em um lugar de desenvolvimento da

⁹ Artigos 226 a 230 da Constituição Federal Brasileira de 1988.

pessoa (LANFREDI; LIMA, 2018, p. 70-86). Nesse sentido, para Moraes, citada por Multedo (2017, p. 3),

Ao direito de liberdade será sempre contraposto o dever de solidariedade social. Se os direitos só podem ser exercidos em contextos sociais, nos quais se dão as relações entre pessoas, o exercício dos próprios direitos deve sempre ser temperado pelo exercício do princípio constitucional da solidariedade, que se identifica com o conjunto de instrumentos voltados para garantir uma existência digna, comum a todos, numa sociedade que se desenvolva como livre e justa, sem excluídos ou marginalizados

Assim sendo, é evidente que, ainda que o Estado seja imprescindível para a manutenção da ordem, a atuação deste, principalmente no que diz respeito à esfera do Direito de Família, deve ser limitada e objetivar resguardar apenas as garantias constitucionais fundamentais do indivíduo, tendo em vista o risco que a tutela demasiada e irrestrita pode ocasionar à plena autonomia de vontade das partes.

4 Considerações finais: (des)construindo sentidos – os novos rumos do conceito de família e o papel da decolonialidade

Nesse sentido, evidencia-se que nas questões vinculadas às novas realidades familiares, o conceito tradicional de família precisa ser repensado e categorias precisam ser reconstruídas para além da episteme discursiva eurocêntrica, focando em uma preocupação especial para com as formas de dominação sobre mulheres, indivíduos, pessoas com orientações sexuais diferenciadas do binarismo construído pela episteme tradicional, e buscando uma equidade de gênero como uma forma de resistência para além disso, uma resistência à colonização como um todo.

Ademais, o real desafio que se enfrenta na contemporaneidade, a partir das práticas emancipatórias decoloniais, para que haja efetivamente uma superação de invisibilidades das minorias sexuais e identitárias é a desconstrução do pensamento dual e binário que caracteriza a episteme colonial, ao passo que permita articular as demandas dos sujeitos subalternos e que avance na reconstrução de um projeto de transformação do paradigma civilizatório e do tradicional conceito de família.

Referências

- ALVES, Leandro Barreto Moreira. **Direito de Família Mínimo: A Possibilidade da Aplicação e o Campo de Incidência da Autonomia Privada no Direito de Família.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- BALLESTRIN, Luciana. Giro decolonial na América latina. **Revista Brasileira de Ciência Política**, Brasília, DF, n. 11, maio-ago. 2013.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, 5 out. 1988.
- BRASIL. Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, p. 1, 11 jan. 2002.
- CARVALHO, Dimas Messias de. Intervenção do Ministério Público no Direito de Família: Entre o Público e o Privado. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.). **Família entre o Público e o Privado.** Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2012.
- COULAGES, Fustel de. **A Cidade Antiga**; tradução de Fernando de Aguiar. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- DAMÁZIO, Eloise da Silveira Petter. Descolonialidade e interculturalidade dos saberes político-jurídicos: uma análise a partir do pensamento descolonial. **Direitos Culturais**, Santo Ângelo, v. 4, n. 6, p. 109-122, jan.-jun. 2009.
- FOUCAULT, Michel. **A Ordem do Discurso.** 6. ed. São Paulo: Loyola, 2000.
- FREIRE, Gilberto. **Casa Grande & Senzala**: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal. 21. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1981.
- HOBBS, Thomas de Malmesbury. **Leviatã.** Os Pensadores. Tradução João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Nova Cultural, 1997.
- LANFREDI, Eduarda Schilling, LIMA, Rodrigo Rosa de. *In*: ROSA, Conrado Paulino da et al. (org.). **Temas atuais no direito de família e Sucessões.** Porto Alegre: Instituto Brasileiro de Família, 2018.
- LIMA, Elicio Gomes. A constituição dos sujeitos e a produção de conhecimentos: pontuações acerca da pesquisa sobre o livro didático de história. **R. bras. Est. pedag.**, Brasília, v. 94, n. 236, p. 232-248, jan.-abr. 2013.
- LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: famílias. São Paulo: Saraiva: 2008.
- LUGONES, María. Colonialidad y género. **Tabula Rasa**, Bogotá, n. 9, p. 73-101, 2008. Acesso em: 10 abr. 2019.
- MIGNOLO, Walter. Desobediência epistêmica: a opção descolonial e o significado de identidade em política. **Cadernos de Letras da UFF**, Dossiê: Literatura, língua e identidade, Niterói, n. 34, p. 287-324, 2008.
- MIGNOLO, Walter. **Desobediencia epistémica.** Retórica de la modernidad, lógica de la colonialidad, y gramática de la descolonialidad. Buenos Aires: Ediciones del Signo, 2010.
- MIGNOLO, Walter. La colonialidad: la cara oculta de la modernidad. Catalog of museum exhibit: Modernologies, Barcelona, dez. 2009. Disponível em: http://www.macba.es/PDFs/walter_mignolo_modernologies_cas.pdf. Acesso em: 1 set. 2010.
- MIGNOLO, Walter. **La Idea de América Latina.** La herida colonial y la opción descolonial. Barcelona: Gedisa, 2007.
- MORIN, Edgar. **Os Sete Saberes Necessários à Educação do Futuro.** 5. ed. São Paulo: Cortez, 2002.
- MORIN, Edgar. **O Método**: as ideias: habitat, vida, costumes, organização (Tomo IV). Porto Alegre: Sulina, 1998.

MULTEDO, Renata Vilela. **Liberdade e família** – Limites para a intervenção do Estado nas relações conjugais e parentais. Rio de Janeiro: Ed, Processo, 2017.

RUBIO, David Sánchez. Confrontar la simplificación del mundo jurídico. **Jornal Estado de Direito**, Porto Alegre, ano 5, n. 28, p. 25, 2010.

SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes; KYRILLOS, Gabriela de Moraes. Desafios coloniais e interculturais: o conhecimento jurídico colonial e o subalterno silenciado. **Revista Contribuciones a Las ciencias sociales**, Málaga, jun. 2013. Disponível em: <http://www.eumed.net/rev/cccss/24/colonialidade.html>. Acesso em: 18 out. 2013.

COMPLIANCE NA ERA DIGITAL: UMA FERRAMENTA DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

Guilherme Becker Diedrich¹
Marina Gomes de Souza²

1 Mestrando em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP), especialista em Direito Penal Empresarial. Advogado. Gestor executivo formado pela Ohio University. E-mail: guilhermebdiedrich@gmail.com

2 Mestranda em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP), bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Advogada. E-mail: marina_gsouza@hotmail.com

Resumo

Os programas de *Compliance* surgiram como uma forma de prevenção à corrupção e têm trazido mudanças à sociedade. Além do *Compliance*, em agosto de 2018, foi sancionada a Lei Geral de Proteção de dados, apelidada de LGPD ou Código de Defesa da Privacidade. Nela ficaram estabelecidas regras sobre a utilização de informações (dados) pessoais que particulares fornecem às empresas, seja para efetuar uma compra ou para um tipo de registro. No Brasil essa Lei envolve todas as empresas e órgãos da Administração Pública. E uma vez que as empresas possuem a responsabilidade de transparência sobre o uso de dados pessoais de particulares, elas deverão atualizar algumas políticas para manter a integridade com a nova legislação. Dessa forma os programas de integridade ou programas de *compliance* sofrerão alterações em sua cultura ética, englobando ainda a transparência com o uso de dados e a proteção dos mesmos, a fim de garantir que as normas de *compliance* sejam plenamente cumpridas.

Palavras-Chave: *Compliance*. Informações. Lei geral de proteção de dados. Responsabilidade de transparência.

Abstract

Compliance programs have emerged as a form of corruption prevention, and have brought changes to society. In addition to Compliance, in August 2018, was sanctioned the General Data Protection Law, nicknamed LGPD or code of privacy Defense. In it were laid down rules on the use of personal information (data) that individuals provide to companies, is to make a purchase or for a type of record. In Brazil that law involves all organizations and agencies of the Public Administration. And once the companies have the responsibility of transparency on the use of personal data of individuals, they should update some policies to maintain integrity with the new legislation. That way health programs or programs of compliance changes in your ethical culture, encompassing also the transparency with the use of data and the protection thereof, in order to ensure that the compliance rules are fully complied with.

Keywords: Compliance. Information. General data protection law. Responsibility of transparency.

1 Compliance como ferramenta de segurança da informação

Vivemos na era digital, a era da facilidade, momento em que o compartilhamento de informações acontece em larga escala, expondo conteúdos, privacidade e imagens. Assim, não se pode negar que existe uma preocupação com a gestão de riscos e danos decorrentes dessas atividades. Deste modo, o programa de compliance terá uma função de preservar os dados das atividades empresariais dentro dos ditames legais, utilizando a prevenção contra vazamento de dados com a segurança da informação em prol de uma mitigação de incidentes que impliquem na responsabilidade empresarial.

As diversas áreas do compliance como sendo de extrema relevância para o cumprimento das normas legais “Embora a terminologia Compliance se aplique, de forma ampla, a diversas áreas de relevância para o cumprimento de normas legais e éticas [...]” (DEBBIO; MAEDA; AYRES, 2013, p. 167).

Uma das áreas que está se tornando muito forte é justamente a do compliance digital, tendo em vista que vivemos em uma sociedade de risco. Por falar nisso, Beck (2000) já falou muito bem sobre os riscos que a tecnologia pode trazer. O autor define uma sociedade do não-saber, porque no estágio alcançado pelo desenvolvimento tecnológico, os limites de controlabilidade dos riscos não tem se mostrado suficientes para evitar os danos que se consomem cada vez mais (BECK, 2000, p. 10). Em se tratando de Brasil, temos que é um país onde a corrupção impera, já vimos muitos casos de corrupção indo para a justiça, tanto pequenos como grandes.

A grande é a que aparece principalmente na outorga dos grandes contratos do Estado, a apropriação de fundos públicos, os retornos (kick-backs) que os contratantes pagam aos funcionários públicos e a privatização de empresas públicas a preços de liquidação. A pequena é a que envolve pequenos subornos, a obrigação de certos funcionários públicos ou

particulares, que recebem compensações do Estado, de devolver parte do salário ou compensação a quem os beneficiou com a designação ou outorga e o controle fiscal discricionário. (MAIRAL, 2018, p. 36).

Como já é de conhecimento, o termo compliance é utilizado para indicar o conjunto de atividades empresariais, permanentes e independentes, que buscam uma melhoria contínua na cultura ética empresarial, bem como na transparência de suas atividades, dando mais credibilidade de seus produtos ou serviços para o consumidor.

A norma ISO 19600:2014 traz as funções de compliance elencadas em um rol de 13 itens, sendo um desses pontos, de suma importância para o presente artigo, o de identificar riscos de compliance e da gestão desses riscos de compliance relativos a terceiros, como fornecedores, agentes, distribuidores, consultores e contratados (INTERNATIONAL, 2014, p. 14).

A modernidade está exigindo dos programas de compliance uma atualização, não sendo mais um instrumento para delimitar boas práticas empresariais e cultura ética anticorrupção, mas além disso, um sistema que busca a transparência da maneira como os dados pessoais são tratados e a prevenção contra vazamento dessas informações. É importante mencionar que o compliance não é um sistema engessado e não se resume a uma mera fiscalização. O compliance deve ser um sistema funcional, claro e acessível a todos, permitindo que as regras a serem seguidas sejam de conhecimento de todos colaboradores. Ainda, é indispensável frisar que a respectiva execução das normas de compliance devem ser acompanhadas e que eventuais atos infratores possam ser identificados e/ou denunciados.

Não se pode confundir compliance com auditoria interna. Segundo a Associação Brasileira de Bancos Internacionais (ABBI), a auditoria interna “efetua seus trabalhos de forma aleatória e temporal, por meio de amostragens, a fim de certificar o cumprimento das normas e processos instituídos pela Alta Administração”, ao passo que:

Compliance executa tais atividades de forma rotineira e permanente, monitorando-as para assegurar, de maneira corporativa e tempestiva, que as diversas unidades da instituição estejam respeitando as regras aplicáveis a cada negócio, ou seja, cumprindo as normas e processos internos para prevenção e controle dos riscos envolvidos em cada atividade. Compliance é um braço dos órgãos reguladores junto à administração no que se refere à preservação da boa imagem e reputação e às normas e controles na busca da conformidade. (ASSOCIAÇÃO, 2009, p. 15).

Considerando essas definições, se usa a expressão “estar Compliance”, que pode ser interpretada como “estar em conformidade”.

Em razão do advento da lei n.º 12.846/2014, conhecida como Lei Anticorrupção, o compliance tornou-se uma das prioridades empresariais. A lei dispõe sobre a responsabilidade administrativa e civil das pessoas jurídicas pela prática de atos de corrupção contra a Administração Pública, seja ela nacional ou estrangeira, ainda que os atos sejam praticados sem sua culpa. Nesses casos, com base na legislação anticorrupção, a responsabilidade empresarial é objetiva e não exclui a responsabilidade individual de dirigentes e administradores empresariais, tampouco a responsabilidade de eventuais partícipes ou coautores do ato ilícito, os quais responderão de forma subjetiva, na medida de sua culpabilidade.

Nitidamente, o compliance adotado pela pessoa jurídica influenciará diretamente não apenas na condução e celeridade das investigações, mas também na sanção que eventualmente lhe será aplicada, pois um bom compliance lhe dará condições de impedir a fraude ou ao menos detectar os vestígios desta (BLUM; ZAMPERLIN, 2016). Assim, a equipe responsável pelo compliance deverá atuar de forma ativa e constante, buscando sempre a melhoria contínua e a detecção de ilícitos, a fim de que atos de corrupção ou esquemas antiéticos possam ser solucionados rapidamente.

A reputação de uma empresa é de suma importância para que ela venha a se desenvolver em um mercado tão competitivo e veloz como o que temos hoje, na era digital. O compliance é uma ferramenta de grande auxílio para tal objetivo. A reputação de uma empresa traz segurança ou insegurança para o consumidor. Não é simples manter a moral sempre em alta, mas com inteligência podem curá-lo facilmente, principalmente se buscam desenvolver o lado bom que sempre existe nas coisas. “A boa reputação demora séculos para ser construída e segundos para ir ao chão. A destreza para alcançar boa reputação consiste em buscar incessantemente o defeito para convertê-lo em virtude” (ANTONIK, 2016, p. 209).

Dessa forma, o compliance é uma ferramenta que trata de toda a vida de uma sociedade empresarial, indo além de atos praticados contra a Administração Pública. Na atualidade, destaca-se a necessidade da segurança das informações e da preservação dos dados. “Aprenda com os grandes; Cesar conseguiu transformar em louros seus enormes defeitos naturais.” (GRACIAN, 2019, p. 7). Conforme advertem Jabbur e Atilio, sócio e gerente sênior, respectivamente, da área de Forensics Technology and Discovery Services da Ernst & Young no Brasil:

Atualmente, a maioria dos dados gerados por uma empresa durante as suas atividades são dados digitais. [...] no futuro, esta tendência deve eliminar completamente a presença de documentos físicos nas empresas. A informatização das empresas traz um impacto direto na forma como os trabalhos de Compliance são realizados, pois, o relatório contendo os resultados do trabalho será suportado, em grande parte, por dados digitais que eventualmente poderão se tornar evidências digitais em processos legais. (JABBUR; ATILIO, 2013, p. 286).

Assim, mostra-se imperativo o uso da tecnologia juntamente com a ferramenta de compliance, a fim de que as empresas possam tomar medidas preventivas para o tratamento de dados e contra o vazamento de dados, principalmente aqueles que a LGPD chama de dados sensíveis.

Desse modo, quando uma empresa está em compliance, ela deve educar todos seus colaboradores quanto à cultura da ética e prevenção, lutando contra a corrupção e apresentando um modelo transparente no tratamento de dados, tanto de terceiros quanto de dados empresariais. Certamente, uma empresa que está em compliance possui grande credibilidade no mercado e transmite maior segurança a seus clientes.

2 Compliance na era digital: uma ferramenta de proteção de dados pessoais

Estamos diante de três realidades nos dias de hoje: a realidade concreta, a realidade jurídica e a realidade virtual. A realidade concreta trata do que acontece no mundo físico, algo palpável. A realidade jurídica trata do juízo de valores feito sobre um fato ocorrido na realidade concreta e, agora, na realidade virtual. E por fim, e tema deste artigo, a realidade virtual, que versa sobre o mundo digital, podendo até mesmo romper fronteiras globais e jurídicas e afetar a realidade concreta de uma pessoa.

Um exemplo claro que temos de como um fato ocorrido no mundo virtual pode afetar enormemente a realidade concreta é o caso de vazamento de fotos da atriz Carolina Dieckmann, em 2012. Este causou enorme repercussão no país, muito constrangimento à artista e, pasmem, os criminosos exigiram de Carolina R\$ 10.000,00 para que as fotos não fossem publicadas.

Agora pensemos em casos em que milhões ou até bilhões de dólares estão em jogo por causa de algumas informações documentadas no mundo virtual. O vazamento dessas informações podem fazer empresas fecharem as portas e muitas pessoas ficarem sem emprego. Por sua vez, muitas pessoas sem emprego pode causar a falta de giro de capital na economia e uma economia sem capital de giro, assim como uma empresa, não consegue desempenhar suas atividades do dia a dia.

O papel do compliance se mostra muito importante perante toda a nova situação criada pela LGPD, uma vez que já

se possuem ferramentas eficazes contra a corrupção e padrões fora da cultura ética empresarial. O professor Phillip Gil França falou muito bem ao distinguir os 3 mundos (real, jurídico e virtual) e aplicar um modelo de compliance digital para prevenir vazamento de dados, criando as devidas medidas corretivas. "O conjunto de ações voltadas para análise e para minimização de riscos de uma determinada atividade, a partir dos impactos e das consequências dessa atividade nos mundos jurídico, real e digital" (FRANÇA, 2019, p. 4).

A sociedade encontra-se em período de mudança, uma fase de desenvolvimento, e com isso o risco tende a aumentar. Beck (2000) fez uma análise sobre a Sociedade do Risco, apresentando um modelo de sociedade evolutiva no qual quanto mais se evolui mais riscos se desenvolvem, e sobre isso discorre muito bem Leal (2017, p. 54):

De qualquer sorte se pode concordar com a tese de que essa Sociedade se encontra em uma fase de desenvolvimento na qual os riscos sociais, políticos, econômicos e industriais tendem cada vez mais a escapar do controle das instituições republicanas que tem como função gerar e proteger os interesses comunitários, daí a relevância de se saber quem são os protagonistas e atores públicos que estão encarregados dessa tarefa, e como a desempenham, a partir de que procedimentos, formas de interlocução, transparência e participação.

Não há como negar que a velocidade na qual o mundo digital ganhou espaço na sociedade é surpreendente, e cada vez mais as pessoas utilizam mais esses meios, ficando, assim, seus dados na rede. Cada vez que alguém faz o download de um aplicativo gratuito, é bom lembrar que na tecnologia nada é de graça e nesse caso a mercadoria é o próprio consumidor. A LGPD se mostra muito clara quanto à privacidade da utilização dos dados de terceiros, e até mesmo dos trabalhadores de determinada empresa. Com a nova lei, a responsabilidade do tratamento de dados ser feito de forma responsável, ética e transparente se torna uma obrigação e muitas empresas terão

que tomar medidas cabíveis para regular o procedimento desse tratamento de dados, bem como o descarte deles posterior ao uso.

Para demonstrar a importância dessas duas áreas andarem juntas, apresento um exemplo de uma empresa que investe 1 milhão de reais em um cofre com senhas digitais, 100% seguro. No entanto devemos pensar em quem opera esse cofre, no treinamento que a pessoa teve, e no cuidado para a prevenção do vazamento das informações. Dessa forma, para que possa se garantir uma melhor segurança no tratamento dos dados e cumprir com as regulamentações atuais de compliance previstas pela LGPD, uma das alternativas para os gestores pode ser de investir em soluções em nuvens, como o Google Cloud Platform e as ferramentas do G Suit.

Se mostra fundamental a criação de uma cultura de proteção de dados, devendo haver treinamentos sobre determinado assunto, a fim de demonstrar a importância do tema e elucidar os riscos aos quais a empresa e os funcionários desta estão sujeitos. Existe a necessidade do planejamento de adequação como uma ferramenta fundamental, para que se possa, desse modo, colocar a empresa em compliance com a LGPD, viabilizando medidas necessárias à conformidade da empresa, desde a análise da atividade e dos riscos envolvidos até a implementação das providências concretas de ajuste.

3 Considerações finais

Como abordado neste artigo, a sociedade encontra-se em fase de desenvolvimento, e com isso os riscos também tendem a aumentar. O mundo virtual se desenvolve de forma acelerada e, assim, as empresas que já adotaram o compliance devem buscar meios para continuar no caminho correto, adequando-se à LGPD. A cultura do compliance tem sido disseminada entre as empresas, mas no Brasil ainda existe a necessidade de avançarmos no sentido de implementar programas de compliance em todas as empresas, criando uma cultura anticorrupção que vise

um padrão ético e transparente de melhoria contínua, trazendo maiores benefícios para a sociedade e, conseqüentemente, para a empresa.

É preciso manter as relações equilibradas e transparentes, tanto relações da empresa com seus consumidores quanto da empresa com seus colaboradores, fazendo uma gestão de riscos e buscando a prevenção destes. Sabemos que a corrupção é um mal que assola a humanidade e nossa luta, inicialmente, é contra ela, manejando uma cultura ética, de acordo com as bases do compliance.

Talvez devêssemos repensar as coisas que achamos que sabemos e buscar aprimoramentos para uma cultura ética e de prevenção, focando o olhar na esfera virtual nas vulnerabilidades desta. Com este artigo pudemos concluir sobre a importância do compliance nas organizações, bem como sobre as adaptações para a prevenção do vazamento de informações, tornando-se, desse modo, a LGPD uma forte aliada dos programas de conformidade e dando maior segurança aos titulares dos dados coletados.

Referências

ANTONIK, Luis Roberto. **Compliance, Ética, Responsabilidade Social e Empresarial**: uma visão prática. Rio de Janeiro: Alta Books, 2016.

ASSOCIAÇÃO Brasileira De Bancos Internacionais. **Função De Compliance**. jul. 2009. Disponível em: http://www.abbi.com.br/download/funcaoodecompliance_09.pdf. Acesso em: 2019.

BRASIL. Lei nº. 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). (Redação dada pela Lei nº. 13.853, de 2019). **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, p. 59, 15 ago. 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm.

BRASIL. Lei nº. 12.846, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estran-

geira, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, p. 1, 02 ago. 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm. Acesso em: abr. 2019.

BECK, Ulrich. Retorno a la Teoría de la Sociedad del Riesgo. **Boletín de la A.G.E.**, n. 30, p. 9-20, 2000. Disponível em: <http://age.ieg.csic.es/boletin/30/01.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2019.

BLUM, Renato Opice; ZAMPERLIN, Emelyn. **Compliance, responsabilidade empresarial e segurança da informação**. Portal Opice Blum, 05 fev. 2016. Disponível em: <https://www.opiceblum.com.br/nao-categorizado/compliance-responsabilidade-empresarial-e-seguranca-da-informacao/>. Acesso em: abr. 2019.

DEBBIO, Alessandra Del; MAEDA, Bruno Carneiro; AYRES, Carlos Henrique Da Silva (coord.). **Temas De Anticorrupção & Compliance**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

FRANÇA, Phillip Gil. A Lei Geral de Proteção de Dados e o Compliance Digital como Novos Caminhos de Desenvolvimento dos Cidadãos. **Cadernos Jurídicos**, Curitiba, v. 86, p. 87-88, 2018. Disponível em: file:///C:/Users/OUTROS/Downloads/Artigo_-_A_nova_tutela_estatal_das_infor.pdf. Acesso em: abr 2019.

GRACIAN, Blatasar. **A arte da prudência**. <https://tarotdiario.files.wordpress.com/2016/08/gracianartedaprudecc82ncia.pdf>. Acesso em: abr. 2019.

JABBUR, Marlon; ATILIO, Cesar. **Introdução à Computação Forense**. In: DEBBIO, Alessandra Del; MAEDA, Bruno Carneiro; AYRES, Carlos Henrique Da Silva (coord.). **Temas De Anticorrupção & Compliance**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 285-302.

LEAL, Rogério Gesta. **A Responsabilidade Penal do Patrimônio Ilícito como Ferramenta de Enfrentamento da Criminalidade**. Porto Alegre: FMP, 2017.

MAIRAL, Héctor A. **As Raízes Legais da Corrupção**: ou como o direito público fomenta a corrupção em vez de combatê-la. São Paulo: Contracorrente, 2018.

INTERNATIONAL Organization for Standardization. ISO 19600:2014 – Sistemas de Gestão de Compliance. 2014.

COOPERATIVISMO POPULAR E ECONOMIA SOLIDÁRIA O PLURALISMO JURÍDICO DO TIPO DEMOCRÁTICO E PARTICIPATIVO POPULAR COOPERATIVISM AND SOLIDARITY ECONOMY A LEGAL PLURALISM OF THE TYPE DEMOCRATIC AND PARTICIPATE

Michael Almeida di Giacomo¹

1 Advogado. Mestrando em Direito na Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP/RS). Especialista em Direito Constitucional Aplicado na Faculdade de Direito Professor Damásio de Jesus (SP). E-mail: michaeldigiacomo@hotmail.com

Resumo

Este artigo tem como objetivo estudar os fundamentos do modelo de economia solidária como instrumento de soberania na conquista e consolidação de direitos além daqueles ditados pelo Estado burguês a um segmento social excluído pelas crises e nuances do sistema capitalista e a convergência deste com as ideias de um pluralismo jurídico comunitário participativo. A pesquisa apresenta o protagonismo das cooperativas populares como meio do surgimento de um sujeito coletivo e libertador e apresenta a experiência transformadora implantada via Feira Internacional do Cooperativismo (FEICOOOP), que acontece a cada ano, no mês de julho, na cidade de Santa Maria (Rio Grande do Sul, Brasil).

Palavras-chave: Pluralismo jurídico. Democracia. Economia solidária. Cooperativismo.

Abstract

The article aims to study the foundations of the modelo of solidarity economy as na instrumento f sovereignty in the conquest and consolidation of rights beyonde those dicatated by the bourgeois state to a social segment exclcuded by the crises and changes of the capitalista system and its convergence with idea of plurlism. The research presents the protagonism of the popular cooperatives as a form to appear of a collective and liberating subject and presents the transformative experience implanted through the International Trade Fair of Cooperativism - FEICOOOP, to take place every year in July in the city of Santa Maria, RS, Brazil.

Keywords: Legal pluralism. Democracy. Solidarity economy. Cooperativism.

1 Considerações iniciais

A reordenação do espaço público por meio de uma ação política democrática e participativa é incipiente na democracia brasileira e forma parte de uma nova cultura que envolve um enorme número de pessoas pela diluição de fronteiras, pelo trânsito e pela diversidade no ambiente global. Enquanto corolário da emancipação social, a economia solidária é um importante instrumento aliado ao cooperativismo popular. Essa busca fortalecer a ação de um segmento excluído pelo processo neoliberal que há muito impõe sua força na condução da vida política e econômica de muitas nações.

Visando a compreensão desse contexto em nosso país, chega-se ao seguinte problema: quanto o modelo de cooperativismo popular autogestionário eleva a prática de uma economia solidária, mesmo em uma nação juridicamente forjada pelo modelo mercantil eurocêntrico que, como sabemos, por meio de uma política de geração de renda nefasta acaba por ampliar a distorção existente entre classes, forjando um segmento alheio às riquezas produzidas por sua própria nação, poderá promover o protagonismo de um sujeito coletivo e libertador nas relações sociais e econômicas a fim de poder, além de gerar renda e postos de trabalho, também participar de forma justa na distribuição da riqueza produzida? A partir desta pergunta outros questionamentos podem ser formulados e a primeira ao fim é respondida: o pluralismo jurídico comunitário participativo, na ideia de um novo Direito, segundo seus princípios, robustece a ação de movimentos sociais e grupos de trabalhadores na prática de uma economia solidária e uma organização cooperativada? Estes são alguns dos questionamentos que serão abordados no presente estudo.

A fim de um melhor aproveitamento do leitor, este artigo inicia tendo por norte a obra Pluralismo Jurídico: Fundamentos de uma Nova Cultura no Direito, de autoria do Professor Dr. Antonio Carlos Wolkmer (2001). A partir dela busca-se elencar os princípios e fundamentos de uma proposta de "pluralismo progressista de base-participativa". Em seguida, o encontro da

historicidade e das bases que forjam o cooperativismo popular e a economia solidária.

Este item tem por fundo a experiência de cooperativas de trabalhadores na organização e busca de uma alternativa ao modelo liberal. Ao fim, os últimos pontos estudados apresentam a experiência exitosa da promoção de um espaço público transformador por meio do projeto Esperança/Cooesperança, realizado na cidade de Santa Maria (Rio Grande do Sul), que iniciou com uma abrangência local, no ano de 1984, e atualmente tem alcance em 25 países com a consolidação da Feira Internacional de Cooperativismo.

Em relação à metodologia, adota-se o estudo empírico, tendo por referencial a doutrina especializada sobre a matéria, bem como as experiências de ações de economia solidária e cooperativismo popular. Na organização do texto foi adotado um caminho dedutivo – do geral para o particular.

2 Pluralismo jurídico comunitário participativo

Por meio do estudo das múltiplas fontes e dos aprendizados de juridicidade alternativa nas democracias em processo de descolonização, Wolkmer (2001) firma sua cognição a partir de um novo modelo de validade para o Direito que, por sua vez, vai ao encontro da ideia de um pluralismo jurídico comunitário participativo. O nobre professor assevera que “essa é uma opção por um pluralismo progressista de base democrático-participativa” e exclui – a toda força – uma proximidade com “o pluralismo alicerçado na proposta neoliberal ou neocorporativista” ao afirmar que a última é uma proposta “imposta pelo capitalismo monopolista, globalizado, engendrado pelos países ricos do centro e exportado, técnica, econômica e culturalmente para a periferia” (WOLKMER, 2001, p. 78). Em sua cognição, o autor ainda defende um “espaço público aberto e compartilhado democraticamente” que, com a participação direta de agentes sociais na regulação das instituições chaves, tem como

resultado um processo histórico encaminhado pela “vontade e controle das bases comunitárias” (WOLKMER, 2001, p. 78).

A assertiva é robustecida ao apresentar alguns fundamentos formais como “a materialização de uma ‘ética concreta da alteridade’ e a construção atinente a uma ‘racionalidade emancipatória’” e, ao firmar os traços demarcadores das referidas condições como fundamentos de eficácia material – que engloba o conteúdo, os elementos constitutivos e formais – que refere-se à ordenação prático-procedimental no seio da proposta de “alargamento do poder societário frente ao poder do Estado, do poder público ao privado, do poder local ou periférico ao poder global ou central”. A esse sujeito coletivo e altivo na sua luta por libertação é que as experiências organizadas, a partir de movimentos sociais, apontam para instrumentos que edificam uma alternativa à exclusão posta pelo modelo neoliberal.

É de se notar que o novo Direito, surgido a partir das ideias de descolonização da América Latina, impulsiona um saber próprio e um fazer distinto da cartilha neoliberal ortodoxa que, com base na doutrina privatizante do consenso de Washington, levou economias do terceiro mundo, tais como Argentina, Brasil, Peru, entre outras, a corresponder ao ideário imperialista em uma lógica de mercado espoliador e subserviente, tendo como resultado um grande número de desempregados que formam uma parcela de excluídos e ampliam o desemprego estrutural.

3 Cooperativismo popular e economia solidária

Singer (1998, p. 90) nos conta que o modelo de organização cooperativado surge a partir de uma forma de reação defensiva de trabalhadores, a fim de fazer frente aos elevados preços de bens de primeira necessidade. O autor exemplifica, sem afirmar contundentemente, que a cooperativa mais antiga com existência documentada se deu pela “iniciativa de trabalhadores empregados nos estaleiros de Woolwich e Chatham que fundaram, em 1760, um moinho de cereais em base de coopera-

tiva para não ter de pagar altos preços cobrados pelos moleiros [...]”.²

Um modelo bastante mais documentado e estudado surgiu ainda nas décadas iniciais do século XIX pela ação de Robert Owen³ – coproprietário e gerente de uma fábrica de produtos têxteis em New Lanark, na Escócia –, promovendo reformas pioneiras e avançadas, a fim de beneficiar os trabalhadores sob seu comando. Entre essas reformas estavam a redução da jornada de trabalho, a proibição do emprego de crianças, a construção de jardim de infância para os filhos dos trabalhadores e a criação de uma cooperativa local onde os trabalhadores conseguiam comprar produtos a um preço mais acessível. A ação de Owen é vista como inspiração primeira para os princípios norteadores do cooperativismo.

Ao robustecer seu estudo sobre as origens do cooperativismo, Singer (2000, p. 42) aponta a criação da Cooperativa dos Pioneiros Equitativos de Rochdale (1844), fundada por 28 trabalhadores com qualificações em diversos ofícios – parte destes trabalhadores partidários das ideias de Owen –, tendo os princípios adotados para a organização restado universais na doutrina do cooperativismo.

Em 1895, é fundada em Londres a International Co-operative Alliance, formada por órgãos de representação do sistema cooperativista de cada membro integrante. Entre os princípios da aliança estão a adesão voluntária e livre, a gestão democrática e a participação econômica dos membros, a primazia pela autonomia e independência, a promoção da educação, informação e formação, a intercooperação e o trabalho para o desenvolvimento sustentável da comunidade. A partir da derrocada da cooperativa de Rochdale, por volta de 1854, outras organizações cooperativadas foram surgindo. Contudo, após o fim da

grande guerra, o surgimento das vendas em grande escala, da automação e também da utilização de embalagens em produtos a vender a si mesmas serviram como forma das empresas capitalistas tradicionais concorrerem e derrubarem as cooperativas de consumo (SINGER, 2002).

O período seguinte foi forjado por uma economia capitalista globalizada sob a liderança política e ideológica dos países vencedores da guerra, o bloco denominado aliados, com predominância dos Estados Unidos da América e do Reino Unido, no mundo ocidental. Uma nova nuance cristalizou o formato do hoje chamado cooperativismo tradicional ou neocooperativismo, o qual tem seu viés associativo e principiológico atrelado ao modelo neoliberal que reforça a ideia do mercado como regulador das relações econômicas entre nações “sob o domínio dos seus intelectuais privatizadores incluindo a mídia monopólica neoliberal”. O processo se dá pela interligação com as redes capitalistas convencionais e tem como fundo uma escala de redes empresariais de grande porte sustentadas por um aporte legal que, ao entendimento do professor Francisco Quintanilha Vêras Neto (2015, p. 70), “se difere completamente do pluralismo jurídico emancipatório identificado como a proposta transformadora da autêntica economia solidária”.

O cooperativismo de viés autêntico popular, à cognição de Vêras Neto (2015, p. 51), é o ponto de partida para uma leitura de convergência entre o pluralismo jurídico comunitário e a economia popular solidária “que pode ser apreciada, como alternativa ao neoliberalismo excludente”. Esta forma de organização promove um meio de geração de renda ao tempo que faz contraponto ao cooperativismo tradicional de viés liberal e consolida-se como instrumento de libertação à uma parcela social vítima da exclusão imposta pelo sistema capitalista.

Não é diferente a visão de Adams (2013, p. 118), quem descreve o modelo de cooperativas que prestam serviços para indústrias ou das cooperativas de catadores/recicladores, as quais são contratadas por entes públicos municipais sem a devida contrapartida pela prestação desse serviço. A esse respeito, o autor aponta uma contradição importante: “A ma-

² A experiência foi pouco duradoura, pois logo o moinho de cereais foi incendiado em situação que teve como suspeitos os padeiros da cidade.

³ Robert Owen (1771-1858) foi um destacado industrial galês considerado um dos fundadores do socialismo e do cooperativismo. Em 1817, Owen propôs ao governo que o fundo de sustento dos pobres fosse revertido para a compra de terras e construção de aldeias cooperativas. A ideia era que 1200 pessoas produzissem a própria subsistência e trocassem os excedentes com as demais aldeias.

triz de dominação e exploração tende a se perpetuar na forma de colonialidade, mesmo dentro de organizações que se dizem emancipadores” (ADAMS, 2013, p. 72).

Entre os princípios que formam um quadro conceitual, doutrinal, ideológico e político da economia solidária, Paez⁴ (2001) aponta a cooperação e a democracia como formas de vida e convivência humana; a supremacia do trabalho sobre o capital e, neste ponto, firma ser “o reencontro da origem da economia e o desenvolvimento humano”. Em mesmo sentido de Singer, Paez (2001) vê o “trabalho associado como base fundamental, com o qual se substitui o trabalho isolado característico do capitalismo”.

Em relação à propriedade social dos meios de produção, ao frisar os trabalhadores como produtores diretos, proprietários e gestores da empresa em uma comunidade de trabalho. Tendo poder benefício auferir os resultados econômicos, é possível notar a eliminação da “exploração do homem pelo homem, do homem pelo Estado”. Como último dos apontamentos, o autor registra a necessária integração entre as unidades e organizações na forma horizontal e vertical, a qual resulta na conformação do Setor Macroeconômico da Economia Solidária (PAEZ, 2001).

Com efeito, pela característica própria do presente estudo, não há como ampliar a base conceitual do cooperativismo de viés popular, bem como da economia solidária. Aproveita-se o breve espaço deste artigo para ilustrar um bem-sucedido modelo de cooperativismo popular que há anos faz parte do cotidiano de um segmento que torna indivíduos protagonistas de um exitoso modelo de organização social libertadora. Este é apresentado no próximo tópico.

4 O projeto esperança/cooesperança

4 Ex-secretário-geral e ex-presidente da Confederação Latino-Americana de Cooperativas e Mutuais de Trabalhadores.

Dom Ivo Lorscheiter (1927-2007), Bispo da cidade de Santa Maria, no Rio Grande do Sul, foi o idealizador do projeto Esperança/Coesperança, inspirado na leitura da obra *A Pobreza, Riqueza dos Povos: a transformação pela solidariedade*, de autoria do sociólogo africano Albert Tévoédjéré, lançada no ano de 1977, quando atuava na Organização Mundial do Trabalho (OIT). Também formou o ideário de empreendedorismo solidário do Bispo o trabalho do sacerdote suíço Theodor Amstad (1851-1938), pioneiro no fomento e na articulação dos micro e pequeno agentes de produção rural, industrial e de serviços, fundador da primeira cooperativa de crédito no Brasil, a Sicredi, no município de Nova Petrópolis (Rio Grande do Sul).

Em 1984, o Bispo Ivo Lorscheiter defendeu, com base na doutrina de Tévoédjéré, a ideia do trabalho que valorizava as pequenas coisas, tendo por norte o princípio da solidariedade. No ano de 1987, mais precisamente em 15 de agosto, foi lançado o projeto Esperança, que teve por objetivo auxiliar o desenvolvimento da organização de trabalhadores do meio rural e urbano por meio de projetos econômicos comunitários e experiências com o intuito de promover a inclusão social. O mês de setembro, de 1989, foi de pleno amadurecimento e evolução do projeto, pois, a fim de suprir uma necessidade de operacionalizar a parte legal da comercialização, surgiu, por iniciativa dos associados, a Cooperativa Mista dos Pequenos Produtores Rurais e Urbanos Ltda. (COOESPERANÇA).

Esta funcionava de forma similar a cooperativas de comercialização, pois comprava os produtos dos cooperados e uma equipe administrativa comercializava no terminal onde hoje funciona o Feirão Colonial. Este foi chamado de o primeiro modelo de gestão, pois em pouco tempo apresentou uma série de problemas, como a “insuficiência e má gestão do capital de giro disponível”. A falta de participação dos cooperados na gestão era motivo de insatisfação, visto que a forma de administração da cooperativa era similar ao modelo de gestão privada do cooperativismo tido como tradicional. Não havia, por parte dos produtores, contato com os consumidores, pois tão somente entregavam seus produtos e esperavam a comercialização des-

tes. Posto o imbróglio, a solução dada foi a de enfatizar “uma forma diferente de comercializar os produtos: a comercialização direta da produção pelos próprios grupos e o gerenciamento do terminal a cargo dos próprios produtores” (BALBINOT, 2012, p. 48-49).

O novo modelo de gestão, denominado segundo modelo, é fortalecido conjuntamente a cada período com o enfrentamento das dificuldades que se apresentam. Esse é uma prática administrativa de autogestão participativa com ênfase na comercialização direta pelos produtores, a qual é incentivada por parcerias e consolida uma nova concepção no comprometimento e protagonismo dos sujeitos coletivos durante todo o ciclo, ou seja, desde a produção até a comercialização dos bens com a assunção dos grupos na gestão do terminal de vendas, os quais firmam, deste modo, um trabalho “cooperativo, solidário e autogerido”.

O projeto Esperança/Coesperança é mantido como um dos principais setores coordenados pelo Banco da Esperança, que desenvolve ao todo 12 projetos sob a administração da Mitra Diocesana de Santa Maria e tem por missão, entre outras, “promover, incentivar, desencadear e construir o desenvolvimento urbano, rural regional sustentável [...]”. (BALBINOT, 2012, p. 39). As ações desenvolvidas têm por norte a economia popular solidária na busca de fortalecer novos empreendimentos e, com uma gestão participativa, consolida um “modelo de desenvolvimento local baseado na organização e proposto do cooperativismo alternativo e autogestionário”.

Entre as atividades atendidas e desenvolvidas pelo projeto em estudo é possível citar o Feirão Colonial, realizado no terminal de comercialização com venda dos produtos diretamente ao público consumidor; a Feira Anual do Cooperativismo, realizada a cada ano, sempre no mês de julho; a Teia da Esperança, uma rede dos empreendimentos solidários que tem como intuito motivar o comércio justo e o consumo ético e solidário. Em relação ao artesanato, é desenvolvida uma atividade denominada Produção e Arte Esperança. A associação de catadores de rua, de resíduos sólidos e reciclagem do lixo compõe o projeto Ca-

tando Cidadania. A Cooperativa das Crianças é uma iniciativa que investe na capacitação de crianças a partir da formação do cooperativismo mirim e da própria ação e do conhecimento da economia popular solidária. Em relação à cultura do fumo, fomentam-se alternativas viáveis desta cultura e são promovidas ações para conscientizar consumidores a parar de fumar.

A coordenadora do projeto Esperança/Coesperança é a Irmã Lourdes Dill que, em relação à promoção de uma alternativa ao modelo neoliberal, é assertiva ao afirmar: “O que o capitalismo faz no mundo? Ele concentra na mão de poucos. A economia solidária é uma reação à crise, ao desemprego e à exclusão social” (NEVES, 2015). Ao falar sobre o início do trabalho, a Irmã ilustra que este “iniciou como uma obra de formiguinhas [...] é um trabalho cooperativado, de economia solidária que trabalha em rede com pequenos grupos de agricultores familiares, artesãos, povos indígenas, catadores de lixo e quilombolas” (NEVES, 2015). A ideia também é fomentar um novo conceito de consumo a partir do envolvimento da comunidade na compra dos produtos, pois “conta também com consumidores que optam por outro jeito de consumo que não o capitalismo selvagem. Essas pessoas adquirem produtos naturais, integrais e, portanto, mais saudáveis” (NEVES, 2015).

Feira do cooperativismo FEICOOP

Uma feira com calendário anual fixo, realizada no mês de julho, a fim de abranger toda a região central do estado, foi resultado da importância em ampliar as ações e o acesso aos resultados do trabalho do projeto Esperança/Coesperança. Nesta ideia, o ano de 1994 foi o marco para a realização da Primeira Feira do Cooperativismo (FEICOOP) que, devido ao sucesso, nos anos seguintes assumiu o caráter de Feira Regional do Cooperativismo, consolidando-se, no ano de 2001, como Feira Estadual do Cooperativismo. Nos dias atuais já consolida a marca de ser uma Feira Internacional do Cooperativismo.

Em meio à promoção de um espaço para comercialização dos produtos, outras atividades são realizadas, tais como a Mos-

tra Regional da Biodiversidade e a Feira Nacional de Economia Solidária, entre outras de mesma relevância. A partir de tamanha envergadura das atividades, a feira de cooperativismo é o espaço de maior visibilidade do projeto iniciado com trabalho formiguinha, ainda no ano de 1984. Em 2018, foi realizada a 25ª edição da Feira do Cooperativismo, o Terceiro Fórum Mundial Temático da ECOSOL, a Terceira Feira Mundial da ECOSOL e a comemoração dos 10 anos do Fórum Mundial Temático da Educação, sob o tema Construindo a Sociedade do Bem Viver: por uma ética planetária, o qual contou com a participação de representantes de cinco continentes – Europa, América, África, Ásia e Oceania.

A partir de um breve comparativo entre o ano de 1994 e o de 2018, é possível aferir o crescimento da participação popular e de entidades na realização da FEICOOP. Em 1994, passaram pelo espaço da feira 4.000 pessoas e em 2018 foram 302.000 participantes. O número inicial de empreendimentos foi de 27 no primeiro ano e de 3,5 mil no último. A feira tem uma abrangência que ultrapassou os limites do estado e, hoje, mais 25 países tem representação no evento, além dos 26 estados da federação e do Distrito Federal, totalizando 583 municípios que compõem as atividades na exposição e comercialização dos produtos. A feira contou com a participação de 23 universidades e 26 dioceses no último ano. Os trabalhos de estudo e formação contaram com mais de 40 oficinas, seminários e reuniões no ano de 2018 e foram expostas mais de 10 mil variedades de produtos (PEREIRA, 2018).

5 Breves considerações finais

A história, a diversidade cultural, as demandas sociais e a imensidão territorial de nossa nação apontam para a presente necessidade de fortalecimento do conceito de um pluralismo jurídico atento a formar novas categorias jurídicas a partir de uma concepção de ação adversa da proposta monista. Por meio deste espaço de discussão é que o viés comunitário participativo qualifica o pluralismo jurídico e faz surgir a ideia de um novo

Direito, agora, atento a promover uma igualdade efetiva e a valorização do Estado Democrático de Direito com a mais ampla participação popular.

Os princípios formadores dos modelos de cooperativas populares de viés autogestionário, apresentados no presente artigo, mesmo em um país de modelo político e jurídico de viés eurocêntrico, têm sido o esteio da reinvenção e reinserção da economia solidária em nosso dia a dia. Esta forma de organização, que não se confunde com o modelo tradicional do cooperativismo de estilo europeu, propõe um viés de libertação e protagonismo à medida que as ações coordenadas têm um amplo caráter democrático e participativo, sendo o trabalhador, o artesão, o estudante, entre tantos outros, os agentes da transformação social que se designa promover de forma solidária e sob uma perspectiva de libertação.

Referências

- ADAMS, Telmo. Alcance educativo das iniciativas locais solidária no contexto da (des)colonialidade. **Outra Economia:** revista latinoamericana de economia social y solidaria, n. 13, p. 113-120, jul.-dic. 2013.
- BALBINOT, Edeimar Luiz. **O Modelo de Gestão de um Empreendimento de Economia Solidária:** o Projeto Esperança/Cooesperança. Santa Maria: Pallotti, 2012.
- ESPERANÇA e Cooesperança. [20-?]. Disponível em: <http://www.esperancacooesperanca.org/>. Acesso em: 12 abr. 2019.
- INTERNATIONAL Co-operative Alliance. **About us.** [201-]. Disponível em: <https://www.ica.coop/en/the-alliance/about-us>. Acesso em: 12 abr. 2019.
- NEVES, Luisa. Irmã Lourdes Dill: Por uma economia solidária. Portal Central Sul Agência de Notícias, Santa Maria, 16 dez. 2015. Disponível em: <http://centralsul.org/2015/por-uma-economia-solidaria-entrevista-com-a-irma-lurdes-dill/>. Acesso em: 17 abr. 2019.

PAEZ, Luis Francisco Verano. **La Economía Solidária, uma alternativa frente al Neoliberalismo**. Tradução Marizete Dalla Corte. Santa Maria: CESMA, 2001.

ROSAURO, Maiquel. **Economia Solidária**. Eventos deste ano bateram novo recorde de público. Acesse a “Carta de FEICOOP”. Portal Claudemir Pereira, Santa Maria, 16 jul. 2018. Disponível em: <https://claudemirpereira.com.br/2018/07/economia-solidaria-e-eventos-deste-ano-bateram-novo-recorde-de-publico-acesse-a-carta-da-feicoop/>. Acesso em: 19 abr. 2019.

SINGER, Paul. Economia solidária: um modo de produção e distribuição. In: SOUZA, Andre Ricardo de (org.). **A Economia Solidária no Brasil: a autogestão como resposta ao desemprego**. São Paulo: Contexto, 2000. (Coleção economia).

SINGER, Paul. **Introdução à Economia Solidária**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2002.

SINGER, Paul. **Uma Utopia Militante**. Repensando o socialismo. Petrópolis: Vozes, 1998.

VÉRAS NETO, Francisco Quintanilha. O Pluralismo Jurídico Comunitário Participativo e a Economia Solidária: o horizonte utópico do cooperativismo popular na práxis de uma democracia fundada na libertação latino-americana. In: WOLKMER, Antonio Carlos; LIXA, Ivone Fernandes M. (org.). **Constitucionalismo, descolonización y pluralismo jurídico en América Latina**. Florianópolis: UFSC-NEPE, 2015.

VÉRAS NETO, Francisco Quintanilha. Pluralismo Jurídico-comunitário Participativo, Emancipatório, Libertador como Projeto de Combate ao Monismo Jurídico Neoliberal na América Latina. **Espaço Jurídico**, Joaçaba, v. 11, n. 1, p. 149-186, jan.-jun. 2010.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico**. Fundamentos de uma nova cultura no Direito. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Alfa Omega, 2001.

PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS PELA ÓTICA DO DIREITO DO CONSUMIDOR: DIÁLOGO ENTRE O CÓDIGO DO CONSUMIDOR E A LGPD – LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS – LEI 13.709/2018, NO ÂMBITO DE TERMO DE AJUSTE DE CONDUTA ENVOLVENDO VAZAMENTO DE DADOS – CASO NETSHOES

Newton de Lavra Pinto Moraes¹

1 Mestrando em Direito pela FMP/RS. newlpm@hotmail.com

Resumo

A proteção dos dados pessoais e da privacidade assume, nessa quadra histórica, relevo mundial, como se percebe pela vigência do Regulamento Geral da Proteção de Dados – RGPD, na União Europeia, espelhado no Brasil com o Marco Civil da Internet e com a Lei Geral de Proteção de Dados – Lei 13.709/2018. Nessa esteira, o presente artigo busca contextualizar a proteção de dados e a privacidade no cenário da União Europeia e do Brasil. Em seguida, analisa-se o Termo de Ajuste de Conduta firmado entre o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MP-DFT) e Netshoes, empresa dedicada à venda de produtos pela internet, tendo por objeto o incidente de segurança em relação a dados de consumidores, com base na Constituição Federal e no Código de Proteção do Consumidor - CDC, evidenciando o diálogo entre a tutela coletiva dos consumidores, sob o prisma da proteção dos dados pessoais, e a atual normativa brasileira de proteção de dados, notadamente pelo Marco Civil da Internet e da Lei Geral de Proteção de Dados sendo que esta Lei ainda se encontra sob o regime da *vacatio legis*. A conclusão deste artigo será encaminhada no sentido de reconhecer a relevância da atuação do Ministério Público na tutela dos direitos fundamentais em sede coletiva, notadamente em casos de vazamento de dados de consumidores no âmbito cibernético.

Palavras-Chave: Proteção de dados. Privacidade. LGPD. Consumidor.

Abstract

The protection of personal data and privacy takes on a worldwide importance in this historical period, as it is perceived by the validity of the General Regulation of Data Protection - RGPD, in the European Union, mirrored in Brazil in the Civil Framework of the Internet and General Law of Data Protection, Law 13.709 / 2018. In this vein, this article seeks to contextualize data protection and privacy in the scenario of the European Union and Brazil. Next, it analyzes the Term of Adjustment of Conduct signed between the Public Ministry of the Federal District and Territories with the company Netshoes, dedicated to the sale of products through the Internet, with the object of security incident related to consumer data, as set out in the Constitution Federal and CDC, especially, evidencing the dialogue between the collective guardianship of consumers, under the prism of the protection of personal data and the current Brazilian data protection regulations, notably by the Civil Internet Framework and the LGPD, which is still under the *vacatio legis* regime. The conclusion will be sent to recognize the relevance of the Public Prosecution Service in protecting fundamental rights in a collective venue, especially in cases of leakage of consumer data, in the cybernetic scope.

Keywords: Data protection. Privacy. LGPD. Consumer.

Introdução

A proteção de dados e a privacidade têm ocupado relevante espaço nos meios sociais, não apenas junto às redes de convivência em meio eletrônico, atraindo o olhar do direito e suscitando a elaboração de normas que confirmam maior proteção a esse direito fundamental – em harmonia com outros preceitos dessa índole, a exemplo dos direitos dos consumidores –, como têm sido albergadas pelo texto constitucional brasileiro. É o que se pode perceber, por exemplo, na análise do diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor (CDC), o Marco Civil da Internet, a nova Lei Federal 13.709/2018 e a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Para tanto, percebe-se que a interação sistêmica entre organismos sociais e privados, ao lado de instituições de Estado, como o Ministério Público, vai conferir a adequada densidade à proteção de dados pessoais no Brasil.

Desenvolvimento

Importa, pois, ainda que de modo breve, contextualizar o tema, ao menos no âmbito do direito europeu e brasileiro, uma vez que a privacidade tem ocupado destaque nos âmbitos sociológico e jurídico em razão da proliferação da tecnologia e do tratamento de dados pessoais em meio eletrônico, com montantes jamais vistos na história da humanidade.

Assim, confirmando a vanguarda na tutela dos Direitos Humanos e a maturidade do direito europeu em relação à tutela da privacidade, como a proteção dos dados pessoais, a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, em vigor a partir de 2002, consagra, naquela comunidade de Estados, no Art. 8º, essa tutela, constituindo um dos Direitos Fundamentais, e evidenciando, a busca do equilíbrio entre a melhoria da segurança e a preservação dos Direitos Humanos.

Para tanto, o Art. 8º dispõe que “todos têm o direito de proteção de dados, devendo ser processados de forma justa para fins específicos e com base no consentimento ou em al-

guma outra base legítima estabelecida por lei”. Essa crescente atenção aos dados pessoais culmina, em maio de 2018, com a entrada em vigor do Regulamento Geral de Proteção de Dados – GDPR, o qual se tornou marco mundial sobre a matéria, em virtude da excelência com que trata sobre o tema de elaboração de normas espelhadas nesse Regulamento, como a Lei 13.709 de 2018, no Brasil.

Nestas terras, portanto, a tutela desse direito também não é novidade pois, além da Constituição Federal, o Código de Defesa do Consumidor, o Código Civil, a Lei do Cadastro Positivo e o Marco Civil da Internet – apenas para citar alguns exemplos – ocupam-se do tema, mas sob uma ótica setorial.

Com efeito, no campo específico da proteção de dados, a discussão brasileira parece ter evoluído a bom termo, ao menos no plano legislativo. Isso se deu por meio da Lei 13.709/2018, com início de vigência previsto para outubro de 2020, após longa *vacatio legis*. Essa lei foi fixada com o intuito de que pessoas físicas e jurídicas, que procedam ao tratamento de dados, promovam a adequação de suas práticas, adotando medidas de conformidade. Vale observar que, segundo o Art. 1º. da Lei 13.709/2018, o escopo da norma é o de dispor sobre o tratamento de dados pessoais, “inclusive” nos meios digitais, ou seja, sobre o tratamento de dados pessoais por pessoa natural ou por pessoa jurídica, sendo ela de direito público ou privado. Também segundo o *caput* do primeiro artigo da LGPD, o objetivo é o de “proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural”. Como se vê, há reconhecimento expresso do legislador pátrio sobre fundamentalidade da proteção de dados pessoais e da privacidade como forma de conferir densidade ao próprio desenvolvimento da personalidade da pessoa física, elevando a privacidade ao mesmo patamar da liberdade.

Ainda com o objetivo de contextualizar atuação do Ministério Público por intermédio da instituição ministerial do Distrito Federal e Territórios (MPDFT), importa colacionar a definição de dados pessoais, também com base na Lei 13.709/2018. No Art. 5º, inciso I, os dados pessoais são referidos como aqueles que

dizem respeito a qualquer informação relacionada a uma pessoa física identificada ou identificável, a qual é qualificada como “titular dos dados”. Esse titular, conforme o Art. 5º da mesma Lei, é a pessoa natural (física) e viva a quem se referem os dados pessoais que são objeto do tratamento. Pode-se exemplificar os dados pessoais, portanto, como sendo o nome, a ocupação, o endereço físico ou de e-mail, número do RG, endereço IP (internet protocol) e geolocalização (GPS).

Por seu turno, o Art. 5º, inciso II, especifica que quando os dados forem referentes à saúde – biométricos, genéticos – ou relativos à etnia ou origem racial, à opção religiosa, filosófica ou política, bem como à orientação sexual, dentre outros aspectos, serão considerados “dados sensíveis”, demandando maior proteção, o que também ocorre se esses dados disserem respeito a crianças e adolescentes, conforme o Art. 14º da LGPD.

Cumpra, também, mencionar que “tratamento de dados”, disciplinado pela mencionada lei, diz respeito às atividades de operação, tais como coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração de dados pessoais (Art. 5º, inciso X). Dá-se relevo ao fato de que o mero armazenamento de dados pessoais sem limite temporal, mesmo que constituam a base legada, e ainda que em meio físico, constitui-se como “tratamento” a atrair a incidência da Lei 13.709/2018.

Quanto aos dados pessoais tratados em meio eletrônico, antes mesmo da vigência da Lei 13.709/2018, o Brasil já conta, desde 2014, com o Marco Civil da Internet (MCI), consubstanciado na Lei 12.965/1014 e em pleno vigor. O MCI estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil, além de contemplar conceitos como dados pessoais, elencados no Decreto nº 8.771/2016 – o qual regulamentou o MCI –, definindo “tratamento” em termos muito semelhantes aos adotados pela LGPD.

E essa proteção normativa também decorre da percepção de que os dados pessoais, além de expressamente atinentes à privacidade e à

intimidade, tornaram-se um dos principais ativos da economia contemporânea, a ponto de serem referidos em célebre capa da revista *The Economist*², no sentido de que “o recurso mais valioso do mundo não é mais o petróleo, mas os dados” (tradução nossa)^{3,4}.

Por seu turno, a tutela do consumidor como consabido, notadamente no âmbito coletivo, é missão institucional do Ministério Público, nos termos do Art. 127º da Constituição Federal, o qual elencou o parquet como responsável pela defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Dentre esses, a tutela consumerista assume destaque, tendo o Ministério Público como ferramental jurídico da Ação Civil Pública, disciplinada pela Lei 7.347/1985, e do Inquérito Civil Público, elencado no Art. 8º, § 1º⁵, como instrumento de instrução da demanda judicial ou de palco para a celebração de ajuste de conduta com o ofensor, conforme o Art. 5º, § 6º da LACP⁶, consolidando o microsistema com a Lei 8.078/1990, ou seja, o Código de Proteção do Consumidor (CDC).

Nesse contexto normativo, o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, por intermédio da Unidade Especial de Proteção de Dados e Inteligência Artificial, no âmbito do Inquérito Civil nº 08190.044813/18-44, tendo por objeto a apuração de incidente de segurança ocorrido no plano cibernético, que gerou o comprometimento de dados pessoais de clientes⁷ cele-

2 <https://www.economist.com/leaders/2017/05/06/the-worlds-most-valuable-resource-is-no-longer-oil-but-data>, acessado em 10 de junho de 2019, às 22h40min.

3 Em breve artigo, defendeu-se que, os dados pessoais são ainda mais valiosos e relevantes do que o petróleo, porque sua utilização é praticamente ilimitada, não se constituindo recurso consumível, e ainda pode ser replicado, combinado e reutilizado sem que se perca. https://www.linkedin.com/in/newton-moraes-818367149/?midToken=AQGN656-xee3fQ&trk=eml-email_accept_invite_single_01-header-101-profile&trkEmail=eml-email_accept_invite_single_01-header-101-profile-null-9xuy8k~vjvjdniu5~yg-null-neptune%2Fprofile~vanity%2Eview

4 No original: “the world’s most valuable resource is no longer oil, but data”.

5 Art. 8º Para instruir a inicial, o interessado poderá requerer às autoridades competentes as certidões e informações que julgar necessárias, a serem fornecidas no prazo de 15 (quinze) dias. § 1º O Ministério Público poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, ou requisitar, de qualquer organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinalar, o qual não poderá ser inferior a 10 (dez) dias úteis.

6 § 6º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial. (Incluído pela Lei nº 8.078, de 11.9.1990)

7 Segundo consta, vazaram dados como data de nascimento, endereço, CPF e informações de pedidos de 1.999.704 contas de clientes. Além disso, o incidente vazou informações de servidores

brou com a empresa Ns2. Com Internet S.A. – Netshoes, Termo de Ajustamento de Conduta⁸ em relação ao qual são tecidos os seguintes comentários.

O primeiro diz respeito à percepção, pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, da relevância da proteção de dados pessoais em caráter difuso, notadamente em casos de incidentes de segurança como o que dera ensejo ao TAC n.º 01/2019, a ponto de constituir a referida Unidade Especial de Proteção de Dados e Inteligência Artificial (ESPEC)⁹.

O segundo comentário pode ser extraído dos “considerandos” do documento analisado, trecho em que tanto o Ministério Público quanto a direção da empresa adotaram, ainda que a título de orientação, os termos da mencionada Lei 13.709/2018, como forma de reconhecimento da obrigação de os agentes de tratamento de dados pessoais adotarem medidas de segurança de ordem técnica e administrativa que protejam dados pessoais de ataques deliberados e incidentes acidentais de modo a evitar danos a esses dados e seus titulares. Diz o documento (verbis):

Considerando, a título de orientação, que a recente Lei n. 13.709/181, que ainda não vigora, determina que os agentes de tratamento, ou qualquer outra pessoa que intervenha em uma das fases do tratamento, devem adotar medidas de segurança, técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou qualquer forma de tratamento inadequado ou ilícito;

Em terceiro, as partes, na mesma senda de reconhecer eficácia da Lei ainda não formalmente em vigor, consideraram-na fundamental ao ajuste, como se percebe da leitura:

Considerando, ainda, que a Lei n. 13.709/18 dispõe que, quando de sua entrada em vigor, o controlador deverá comunicar ao titular do dado atingido a ocorrência de incidente de segurança que possa lhe acarretar risco ou dano relevante, e que essa comunicação deverá ser feita em prazo razoável;

Note-se que nesse trecho há o reconhecimento do direito do titular de ser cientificado sobre incidentes de segurança envolvendo seus dados que estejam sob a responsabilidade de controladores. Percebe-se, aí, eficácia às previsões da LGPD atinentes aos direitos dos titulares, conforme o disposto no Art. 17º da Lei 13.709/2018, notadamente quanto à proteção da privacidade e da intimidade¹⁰.

Bem assim, o quart, verbete incluído no TAC, busca conferir densidade aos princípios da transparência, segurança e prevenção, igualmente contemplados na LGPD em seu Art. 6º¹¹.

10 Art. 17. Toda pessoa natural tem assegurada a titularidade de seus dados pessoais e garantidos os direitos fundamentais de liberdade, de intimidade e de privacidade, nos termos desta Lei

11 Art. 6º As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios:

I - finalidade: realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades;

II - adequação: compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento;

III - necessidade: limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados;

IV - livre acesso: garantia, aos titulares, de consulta facilitada e gratuita sobre a forma e a duração do tratamento, bem como sobre a integralidade de seus dados pessoais;

V - qualidade dos dados: garantia, aos titulares, de exatidão, clareza, relevância e atualização dos dados, de acordo com a necessidade e para o cumprimento da finalidade de seu tratamento;

VI - transparência: garantia, aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial;

VII - segurança: utilização de medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão;

VIII - prevenção: adoção de medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais;

IX - não discriminação: impossibilidade de realização do tratamento para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos;

X - responsabilização e prestação de contas: demonstração, pelo agente, da adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e, inclusive, da eficácia dessas medidas.

públicos que estavam cadastrados no banco de informações da empresa (<https://www.jota.info/tributos-e-empresas/mercado/netshoes-vazamento-dados-clientes-05022019>).

8 Íntegra do documento disponível em http://www.mpdft.mp.br/portal/pdf/tacs/espec/TAC_Espec_2019_001.pdf. Acesso: em 10 de maio de 2019.

9 http://www.mpdft.mp.br/portal/pdf/comissao_protacao_dados_essoais/Portaria_PGJ_n2018_0539.pdf

Ainda, na esteira da responsabilização do ofensor, a Lei 13.709/2018, adotada – ao menos a título de orientação quando celebrado o documento em exame – prevê a aplicação, dentre outras sanções, de multa pecuniária que deverá ter o montante calculado dentre os parâmetros legais, considerando as condutas omissivas e comissivas do infrator em relação à ofensa e às consequências do malfeito, consoante o disposto no Art. 52º da LGPD¹².

Em quinto, merece destaque a conduta da empresa, que se ocupou em produzir evidências e adotar procedimentos que preservam os interesses dos titulares dos dados, além de não negociar com os responsáveis pela subtração das informações e pela tentativa de extorsão, reconhecida mediante as seguintes referências no documento, o que permitiu que a penalidade fosse limitada a multa pecuniária em montante muito inferior, por exemplo, ao teto estipulado na Lei 13.709/2018, de cinquenta milhões de reais:

Considerando todas as medidas que a Netshoes levou a efeito tão logo soube do incidente, o comprometimento com a investigação e a agilidade demonstrada no monitoramento proativo e remoção de conteúdo na Internet que demonstram engajamento responsável e voltado à mitigação de risco para os consumidores
Considerando todos os esforços por parte da Netshoes de identificação dos consumidores quanto ao incidente, propiciada por uma série de ações de comunicação, por diversos meios

12 Art. 52. Os agentes de tratamento de dados, em razão das infrações cometidas às normas previstas nesta Lei, ficam sujeitos às seguintes sanções administrativas aplicáveis pela autoridade nacional:
I - advertência, com indicação de prazo para adoção de medidas corretivas;
II - multa simples, de até 2% (dois por cento) do faturamento da pessoa jurídica de direito privado, grupo ou conglomerado no Brasil no seu último exercício, excluídos os tributos, limitada, no total, a R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais) por infração;
III - multa diária, observado o limite total a que se refere o inciso II;
IV - publicação da infração após devidamente apurada e confirmada a sua ocorrência;
V - bloqueio dos dados pessoais a que se refere a infração até a sua regularização;
VI - todas as medidas que a Netshoes levou a efeito tão logo soube do incidente, o comprometimento com a investigação e a agilidade demonstrada no monitoramento proativo e remoção de conteúdo na Internet que demonstram engajamento responsável e voltado à mitigação de risco para os consumidores dados pessoais a que se refere a infração;

(e-mails, chamadas telefônicas, publicações em seu próprio portal, notas à imprensa etc.), bem como a ampla divulgação do incidente em variados meios de comunicação, jornais, revistas, portais, TV e Rádio etc.);
Considerando a ampla cooperação da Netshoes durante todo o trâmite do Inquérito Civil Público, inclusive com o fornecimento adicional de dados pessoais comprometidos de que o Ministério Público não tinha acesso.
Considerando a inexistência de comprometimento de senhas, dados financeiros, bancários ou locais dos clientes;
Considerando que a Netshoes não negociou com os extorsionários e seguiu a recomendação da Comissão de Proteção dos Dados Pessoais do MPDFT.

Nessa senda, restou ajustado o pagamento de multa pecuniária no valor de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), a título de indenização pelos danos morais coletivos de caráter nacional em razão do incidente de segurança que comprometeu milhões de titulares dos dados pessoais. O montante deve ser quitado em 05 (cinco) parcelas iguais e sucessivas de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) cada uma, sendo a primeira com vencimento de 30 (trinta) dias após a homologação judicial do TAC e as demais a cada 30 (trinta) dias, além do comprometimento da empresa de implantar medidas adicionais ao seu Programa de Proteção de Dados, quais sejam: gerenciamento de riscos e vulnerabilidades no portal Netshoes; ações de adequação à Lei Geral de Proteção dos Dados Pessoais; atualização contínua de sua Política de Segurança Cibernética; realização de esforços de orientação de consumidores; aumento do nível de conhecimento sobre os riscos cibernéticos e de medidas de proteção de seus dados pessoais, por meio de campanha de conscientização; disseminação no mercado sobre as melhores práticas para privacidade e proteção de dados pessoais, por meio da participação em fóruns e eventos especializados; e difusão de boas práticas de proteção dos dados.

Conclusão

Da análise do referido ajuste de conduta, pode-se concluir no sentido de que a proteção de dados pessoais, como forma de garantia do direito fundamental à privacidade e à intimidade, é pauta mundial, da qual o Brasil se ocupa de modo crescente, notadamente com a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), Lei Federal nº 13.709/2018, que já ostenta aplicação – embora ainda esteja sob o regime da *vacatio legis* – a ponto de fomentar a atuação do Ministério Público na tutela dos direitos coletivos atinentes à proteção consumerista. Bem assim, conclui-se que a LGPD é, sobretudo, uma lei reputacional, que, além de colocar o Brasil no cenário adequado, em conformidade, por exemplo, com o RGPD da Comunidade Europeia, dá ensejo ao reconhecimento de que os dados pertencem, efetivamente, aos seus titulares, exigindo tratamento de forma adequada e responsável por parte daqueles a quem forem confiados, sob pena de severas penalidades (não apenas pecuniárias), como a eliminação do banco de dados. Tem-se, pois, uma disrupção do cenário brasileiro em que algumas leis “não pegam”, por intermédio do estabelecimento de novo paradigma, no qual uma norma, ainda em regime de *vacatio legis*, já ostenta eficácia a ponto de fundamentar a atuação institucional de proteção dos direitos dos consumidores, tanto sob a ótica da privacidade, quanto da aplicação da reprimenda, fornecendo balizas para os valores a serem pagos pela ofensora, bem como à assunção do compromisso de aprimoramento das práticas de gestão do tratamento de dados pessoais e proteção da intimidade, conforme avençado no Termo de Ajuste de Conduta, brevemente analisado no presente artigo.

FORMAS DE CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E COMBATE À CORRUPÇÃO: UMA BREVE ANÁLISE

Ana Paula Cordeiro Krug¹
Chaiene Meira de Oliveira²

- 1 Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, na linha de Constitucionalismo Contemporâneo. Integrante do grupo de pesquisa sobre a sociedade de riscos e democracia radical: a formação de políticas públicas a partir de decisões, coordenado pelo Prof. Pós-Dr. Rogério Gesta Leal. E-mail: anapkrug@hotmail.com.
- 2 Mestranda em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, na linha de pesquisa Constitucionalismo Contemporâneo, com bolsa CAPES modalidade II. Pós-graduanda em Direito Penal e Processual Penal na Fundação Escola Superior do Ministério Público – FMP. Integrante do grupo de pesquisa sobre a sociedade de riscos e democracia radical: a formação de políticas públicas a partir de decisões, coordenado pelo Prof. Pós-Dr. Rogério Gesta Leal. E-mail: chaienemo@outlook.com.

Resumo

O presente trabalho tem o objetivo de realizar uma breve análise das formas de controle da administração pública e sua relação com o combate à corrupção. Assim, visa-se responder à seguinte pergunta de pesquisa: quais são as formas de controle da administração pública e de que forma elas podem ser utilizadas no combate à corrupção? Para isso, em um primeiro momento, serão apresentados os aspectos introdutórios em relação ao fenômeno da corrupção e suas principais características. Após, serão descritas as principais formas de controle da administração pública, tais como o controle interno, o externo e o social. Por fim, será realizada uma breve análise, sem esgotar as possibilidades acerca da temática, sobre a relação entre as formas de controle da administração pública e o combate à corrupção, destacando os seus desafios na sociedade contemporânea.

Palavras-chave: Administração Pública. Controle da administração pública. Corrupção.

Abstract

The presente work has the objective to realize a brief analysis about the forms of public administration control and its relation with corruption combat. In this way, it is pretend to answer the follow question: what are the forms of public administration control and how it can be use to combat corruption? For this, at a first moment will be presented the main aspects about corruption phenomenon and its particulars. After, it aims to describe the mainly forms of public administration control, for example, internal control, external control and social and, ultimately, it will be realized a brief analysis, without ending the possibilities of this topic, about the relation between these forms of public administration control and corruption combat contrasting it challenges at contemporary society.

Keywords: Public administration. Public administration control. Corruption.

1 Introdução

O presente trabalho tem como objetivo realizar uma breve análise das formas de controle da administração pública e sua relação com o combate à corrupção. Assim, visa-se responder à seguinte pergunta de pesquisa: quais são as formas de controle da administração pública e como elas podem ser utilizadas no combate à corrupção?

Em relação à metodologia, optou-se pela utilização do método dedutivo de abordagem. Já em relação ao método de procedimento, optou-se pelo bibliográfico. No que se refere às técnicas de pesquisa, elas estarão restritas à pesquisa bibliográfica em livros, revistas, periódicos, notícias, teses, dissertações, dentre outros meios.

A pesquisa justifica-se pelo fato de que, com a aproximação das relações entre mercado e administração pública, o combate à corrupção vem se tornando um desafio cada vez maior, exigindo que o Estado adote mecanismos de controle, os quais devem ser utilizados em conjunto com a sociedade civil.

Destaca-se que se trata de uma abordagem inicial, de modo que não se pretende esgotar as possibilidades acerca da temática. Assim, em um primeiro momento, serão analisados os principais aspectos do fenômeno da corrupção e suas características marcantes. Em seguida, será realizada uma abordagem acerca das formas de controle da administração pública, tais como o controle interno, o externo e o social. Por fim, será descrita a relação entre esses mecanismos de controle e o combate à corrupção.

2 Aspectos introdutórios em relação ao fenômeno da corrupção

Ao estudar o fenômeno da corrupção, verifica-se que um dos principais desafios é estabelecer um conceito capaz de sintetizar as múltiplas faces das patologias corruptivas e suas particularidades. Tal dificuldade é justificada pelo fato de que a corrupção é um problema que assume as mais diversas formas,

podendo variar de acordo com o contexto no qual está inserida, além de ser necessário visualizar o prisma sob o qual ela é analisada.

Doutrinadores brasileiros e estrangeiros chegaram a conclusões distintas sobre o que pode ser definido como corrupção, conforme passa-se a analisar a seguir. Segundo Garcia (2013, p. 45), a corrupção surge e se desenvolve de acordo com o meio na qual está inserida, sofrendo alterações e sendo influenciada pelos interesses de determinado grupo. Assim, para o referido autor, a corrupção é, acima de tudo, um fenômeno social.

Por sua vez, Leal (2013, p. 18) leciona que existe uma dimensão simbólica do que significa a corrupção, sendo que as patologias corruptivas independem de seus efeitos práticos ou até mesmo de benefícios financeiros, possuindo, assim, uma conceituação valorativa democrática, uma vez que envolve a confiança nas instituições públicas e privadas.

Diante dessa dificuldade em conceituar o fenômeno da corrupção, Nascimento (2014, p. 61) defende que não basta analisar o contexto histórico-social, mas deve olhar para a abordagem que está sendo considerada, seja jurídica, econômica, cultural, sociológica, antropológica, policial, política, filosófica ou jornalística.

Na literatura estrangeira, Etzioni (1984, p. 4) entende que a corrupção pode ser compreendida como um comportamento mal ou perverso, de modo que o ato de corromper é fazer com que uma situação favorável se torne desfavorável. Ainda, conforme estudos realizados pelo referido autor, a corrupção não é perpetrada somente por agentes públicos, mas também por agentes privados, utilizando dos bens públicos para obter vantagens particulares.

De qualquer forma, independentemente do conceito adotado, há de ser levado em consideração o fato de que a corrupção está intimamente ligada à administração pública, não se tratando exclusivamente de um fenômeno restrito à esfera privada. Além disso, com os avanços ocorridos na sociedade contemporânea, o elo entre os espaços público e privado vem

se tornando cada vez mais frágil devido à intensificação das relações entre mercado e administração pública.

É com essa problemática que se inicia a análise sobre as formas encontradas pela administração pública em exercer um controle dos seus atos, o qual pode ser interno, externo ou ainda por meio do controle social, sendo que este último vem ganhando cada vez mais espaço nos debates teóricos e na aplicabilidade concreta.

3 Formas de controle da administração pública: controle interno, externo e social

Ao estudar as formas de controle da administração pública, faz-se necessário iniciar a abordagem destacando que a Constituição Federal de 1988 prevê expressamente, no Art. 37, que a Administração Pública, tanto a direta quanto a indireta, seja da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios deverá obedecer aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (BRASIL, 1988).

O Direito Administrativo adota como finalidade a instrumentalização da Administração Pública, a fim de que se efetive o interesse público e se viabilize a concretização da cidadania. Tratando-se de gestão pública, todo planejamento e ações a serem executadas pelos agentes públicos estão vinculados à lei.

Conforme há regras a serem seguidas, surge a necessidade de criação de mecanismos que possibilitem o cumprimento dessas regras por parte dos agentes, especialmente no que concerne à correta aplicação dos recursos públicos, a fim de respeitar os princípios citados, norteadores da Administração Pública, o que abrange aspectos de conveniência e oportunidade. Odete Medauar (2018, p. 375) salienta a inquestionável necessidade de controles institucionalizados, já que decorre de atuação de "agentes controladores", devendo-se prevenir a arbitrariedade.

Há variadas formas de controle, mas neste trabalho trataremos de algumas formas de controle interno, externo e social

ligados ao combate à corrupção. O controle interno é aquele praticado dentro da própria Administração no que se refere aos seus agentes e serviços. Tem o intuito de obstar ou corrigir ações indevidas na gestão. Esse controle abarca, portanto, o Poder Executivo.

Como formas de controle interno, por exemplo, tem-se o autocontrole, o controle hierárquico, o controle de gestão e o parecer vinculante. O autocontrole é a fiscalização realizada pela própria autoridade que realizou o ato, de modo espontâneo ou provocado, por meio de recurso administrativo. O controle hierárquico é a apuração de órgãos superiores sobre atos e tarefas de órgãos subordinados, podendo ocorrer anteriormente, concomitantemente ou após a ocorrência do ato administrativo (MEDAUAR, 2018, p. 382).

O controle de gestão advém de métodos de direção e técnicas de controle, como a gestão por objetivo, na qual se tem as finalidades bem traçadas e um acompanhamento simultâneo, o que impede a má gestão de recursos humanos e materiais. A forma de controle por meio de parecer vinculante também ganha enfoque, pois detém função de orientar uma decisão, a qual se dá no sentido do parecer de forma vinculante, ou seja, obrigatória – caso contrário, será necessário postular outro parecer (MEDAUAR, 2018, p. 383).

Já o controle efetivado por instituição ou órgão de forma externa à Administração denomina-se controle externo. Ele compreende o controle parlamentar, o controle exercido pelo Tribunal de Contas, assim como o controle jurisdicional. Priorizou-se o enfoque no controle externo exercido pelo Tribunal de Contas.

O controle social, por sua vez, consiste na participação do cidadão na gestão da máquina pública e de políticas públicas, de forma que ele fiscaliza e participa das decisões na luta contra a corrupção e na consequente aplicação correta dos recursos públicos. Em outras palavras, é uma maneira de compartilhar o poder entre Estado e sociedade, complementando-se ao controle institucional (CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO, 2012, p. 16-17)

As principais formas de controle social são, a título de exemplo, os conselhos, os observatórios sociais, as audiências públicas e os portais de transparência, o qual será abordado de forma mais enfática no presente artigo. Todas essas medidas podem contribuir para um melhor desenvolvimento da Administração Pública.

4 O controle da administração pública e o combate a corrupção

Como vimos, a Administração Pública está sujeita a uma multiplicidade de controles, com a finalidade de não se desviar de seus objetivos nem ofender os interesses públicos ou particulares.

Através de controle interno, é relevante estimular uma cultura de integridade da gestão pública para proporcionar e aumentar a confiança da sociedade no Estado. Para uma boa governança, é fundamental a prática de uma gestão de integridade, pois gera, além do sentimento de confiança, o de sentimento de legitimidade e eficiência das atividades exercidas pelo governo e, conseqüentemente, por seus gestores (MINISTÉRIO DA TRANSPARÊNCIA E CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO, 2017, p. 06)

Os gestores, em especial, estão frente a frente com as operações do dia a dia, sendo que, dos mecanismos de integridade, fazem parte ações institucionais que visam à descoberta, à prevenção e à punição, assim como tratamentos de atos ligados à corrupção. A gestão de integridade, com base em requisitos técnicos e não de interesse particular, estimula os agentes nas tomadas de decisões (MINISTÉRIO DA TRANSPARÊNCIA E CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO, 2017, p. 06)

Já o controle externo da Administração, consoante os artigos 70 e 71 da Constituição Federal de 1988, compete ao Congresso Nacional, ao passo que ele possui o auxílio do Tribunal de Contas da União nessa tarefa (BRASIL, 1988).

Dentre as funções do Tribunal de Contas da União, destacam-se a atribuição consultiva, a de fiscalização, a sancionatória e a judicante. Nessa medida, como órgão consultivo, ele emana pareceres que assistem o Congresso Nacional no momento de julgar as contas do Presidente da República, dos chefes dos demais de poder e do Ministério Público. Opera, por exemplo, o ofício de fiscalizar por intermédio de auditorias e o cumprimento da Lei de Responsabilidade Fiscal. Aplica sanções e, por meio da função judicante, julga contas que guardam relação com valores públicos (LEAL, 2015, p. 74).

O Tribunal de Contas da União, órgão do Poder Legislativo, possui papel importante diante do controle externo no combate às patologias corruptivas. Apesar disso, conforme evidencia Leal (2015, p. 74), é preciso lançar críticas no sentido de que a maior parte das decisões emanadas pelo TCU ao serem revisadas pelo Congresso Nacional – mesmo que apresentem parecer apontando irregularidades – são, às vezes por razões políticas, julgadas regulares.

No controle social, ganha relevância a transparência, a qual está amplamente associada ao princípio da publicidade dos atos da Administração, princípio alcançado pela Constituição Federal de 1988, em específico no §1º do artigo 37. Da mesma forma, o Art. 70 parágrafo único da nossa Constituição, determina aos gestores públicos a obrigação de prestarem contas (BRASIL, 1988).

Como forma de fortalecer o controle interno e cumprir o que já determinava a Constituição, foi sancionada a Lei de Responsabilidade Fiscal – Lei Complementar nº 101/2000, com o objetivo de conferir mais transparência às ações da gestão pública, assim como uma melhor eficiência. Já no Art. 1º, mais pormenorizada no §1º da referida lei, há previsão de “ação planejada e transparente”, com o que se almeja a prevenção e correção de atos corruptivos (BRASIL, 2000).

Com a intenção de uma melhor aplicação da Lei de Responsabilidade Fiscal, sobreleva, em 2009, o advento da Lei Complementar nº 131, intitulada Lei da Transparência na Gestão Pública, guiando significativas alterações. Nesse ponto, tem-se

que é de suma importância a modificação ocasionada pela Lei Complementar nº 131/2009 no que se refere à evolução de a transparência passar do patamar de “incentivo” para o grau de obrigatoriedade (BRASIL, 2009).

Nessa escala de progresso em termos de legislação, destaca-se a Lei de Acesso à Informação, Lei nº 12.527 de 2011. A lei entra em vigor em 2012 e expande a transparência da gestão pública dos três poderes ao normatizar o direito de acesso à informação, além de ratificar o caráter de publicidade já positivado na Constituição Cidadã de 1988 (BRASIL, 2011).

Diante de análise evolutiva, nota-se a criação de instrumentos de controle social para a efetivação de direitos. Tais instrumentos foram alcançados através de pressão internacional e por parte dos cidadãos no enfrentamento à corrupção. Leal (2013, p. 14-15) ressalta que se tem resgatado valores de indignação, por vezes esquecidos, à medida que a corrupção ganha visibilidade nos meios midiáticos.

Leal (2013, p. 104) elucida o alcance negativo nos setores da vida civil em face da corrupção, já que reprimem políticas públicas direcionadas ao mercado e a políticas públicas de inclusão social. Além disso, o autor destaca a relação próxima entre público e privado, tendo em vista a abrangência de diversos níveis e provocações dos atos corruptivos, o que gera, por sua vez, a reiteração de ilícitos.

Por fim, dentre os desafios da sociedade contemporânea, salienta-se que, mesmo diante de variados mecanismos de combate à corrupção, conforme leciona Leal (2013, p. 112), há carência de dados confiáveis que possam estimar os espaços e os níveis alcançados pela corrupção. Essa conjuntura acarreta a necessidade imediata de identificar os fatores que facilitam as práticas ilícitas, para, posteriormente, usar das ferramentas disponíveis de enfrentamento.

5 Conclusão

O presente artigo procurou responder à seguinte pergunta: quais são as formas de controle da administração pública e como elas podem ser utilizadas no combate à corrupção?

Para tanto, foram utilizados aspectos introdutórios da temática, abordando o fenômeno da corrupção e suas principais particularidades. Na sequência, explanou-se sobre as formas mais relevantes de controle da administração pública, tais como o controle interno, o externo e o social. Por fim, foi elaborada uma breve análise, sem esgotar as possibilidades acerca da temática, sobre a relação entre as formas de controle da administração pública e o combate à corrupção, destacando os seus desafios na sociedade contemporânea.

Verificou-se que há variadas formas de controle interno, externo e social da Administração Pública. Todas elas têm importância para combater patologias corruptivas dentro das funções de cada um dos controles e de forma conjunta, assim como estamos abarcados por legislação nesse aspecto de enfrentamento.

Constatou-se que o acesso à informação por meio da transparência trata-se de uma significativa ferramenta disponível pela sociedade para efetivar o uso dos mecanismos dispostos. No entanto, há carência de dados confiáveis que possam indicar os espaços e os níveis alcançados pela corrupção.

Em outras palavras: sem transparência não se concretiza controle social e, da mesma forma, não podemos falar em controle interno ou externo, dado que a população fica à mercê da má gestão pública, a qual, por consequência, fica desprovida de prevenção, repressão, tratamento e aplicação de sanção às práticas de corrupção, gerando uma cadeia com reiteração dessas práticas.

O exercício amplo da transparência viabiliza o acompanhamento da gestão pública de modo indeterminado pela população, pelo fato de ser acessível a diferentes classes sociais. Como consequência, oportuniza não só a fiscalização das

finanças públicas, mas também reivindicações de determinadas necessidades, oportunidade em que se efetiva o controle social.

Assim, quanto mais transparente for o governo, maior a dificuldade da ocorrência de desvios, pois aumenta-se a hipótese de identificação de atos corruptivos.

Referências

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: em 11 maio 2019.

BRASIL. **Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011**. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm>. Acesso em: em 11 maio 2019.

BRASIL. **Lei complementar nº 101, de 04 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: em 11 maio 2019.

BRASIL. **Lei complementar nº 131, de 27 de maio de 2007**. Acrescenta dispositivos à Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, que estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências, a fim de determinar a disponibilização, em tempo real, de informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp131.htm>. Acesso em: em 11 maio 2019.

CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO. **Controle Social**. Orientações aos cidadãos para participação na gestão pública e exercício do controle social. Coleção Olho Vivo. Brasília/DF: 2012. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/control-social/arquivos/controlsocial2012.pdf>>. Acesso em: em 11 maio 2019.

ETZIONI, Amitai. **Capital corruption**. The new attack on American Democracy. New Jersey: Transaction Inc, 1984.

GARCIA, Emerson. **Improbidade administrativa**. 7. ed., rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

LEAL, Rogério Gesta. **Patologias corruptivas nas relações ente estado, administração pública e sociedade**: causas, consequências e tratamentos. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2013.

LEAL, Rogério Gesta. **Patologias corruptivas**: as múltiplas faces da hidra [recurso eletrônico] /organizador, Rogério Gesta Leal. 1º ed. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2015.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MINISTÉRIO DA TRANSPARÊNCIA E CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. **Manual para implementação de programas de integridade**: orientações para o setor público. Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União, Brasília, DF: jul. 2017. Disponível em:<https://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/manual_profip.pdf>. Acesso em: em 11 maio 2019.

NASCIMENTO, Melillo Dinis. O controle da corrupção no Brasil e a lei nº 12.846/2013 – Lei Anticorrupção. In. **Lei Anticorrupção Empresarial** - Aspectos Críticos À Lei Nº 12.846/2013. São Paulo: Fórum, 2014.

LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO ÂMBITO DAS UNIVERSIDADES E O PRINCÍPIO DA LIVRE AUTONOMIA UNIVERSITÁRIA

FREEDOM OF SPEECH UNDER THE UNIVERSITIES AND THE PRINCIPLE OF FREE UNIVERSITY AUTONOMY

Michael Almeida di Giacomo¹

¹ Advogado. Mestrando em Direito na Fundação Escola Superior do Ministério Público/RS. Especialista em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito Profº Damásio de Jesus/SP. <http://lattes.cnpq.br/4129529576917830> e-mail: michaeldigiacomo@hotmail.com

Resumo

O artigo analisa a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 548) proposta pela Procuradoria Geral da República. A ADPF tem por objeto evitar e reparar lesão a preceitos fundamentais em face de atos do Poder Público que autorizaram buscas e apreensões no ambiente das Universidades Públicas. As ações ocorreram com a interrupção de aulas, debates e atos congêneres, como a inquirição de docentes, discentes e de outros cidadãos que estiveram em local definido como universidade pública ou privada. O desenvolvimento do estudo busca aferir, a partir da decisão dos Senhores Ministros do Supremo Tribunal Federal, a inconstitucionalidade das decisões judiciais e administrativas proferidas por juízes eleitorais junto às universidades públicas durante o período eleitoral do ano de 2018.

Palavras-chave: Poder Judiciário. Direitos Fundamentais. Liberdade de Expressão. Ensino.

Abstract

The article analyzes the Complaint of Breach of Fundamental Precet, ADPF 548, proposed Attorney General's Office, wich aims to avoid and repair injury to fundamental precets int the face of acts of the Public Authorities that authorize searches ad seizures, as well as promoting the interruption of classes, debates an similar acts such as the inquiry of teachers, students and other citziens who were in place defined as a public or private university. The developement of the study seeks to ascertain, based on the decision of the Minsiters of the Federal Supreme Court, the unconstitutionality of judicial and administrative decisions rendered by electoral judges at public universities during the electoral period of 2018.

Keywords: Judiciary. Constitutional Rights. Freedom of Speech. Education.

1 Introdução

O direito de expressar ideias e opiniões alcança razões de ordem moral e pragmática percebidas em fatos históricos, tais como a quebra da unidade religiosa por meio da Reforma Protestante, a valorização crescente da racionalidade humana, a contenção do poder político absolutista e também do desenvolvimento dos veículos da imprensa. É de consignar que a Constituição da República Brasileira, ao tratar da liberdade de manifestação do pensamento, em seu Art. 5º, inciso IV, tutela o referido direito fundamental, o qual não recebe controle prévio por partes do Estado. Não menos importante é o Art. 220 da mesma Carta ao enunciar, como direito, que “a manifestação do pensamento, a criação, a expressão, e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição [...]”. No mesmo sentido, o Art. 207 consigna autonomia didático-científica e autonomia de gestão financeira e patrimonial das universidades que compõem o sistema de ensino brasileiro (BRASIL, 1988).

Nesse contexto, à guisa de introdução e a partir dessas ideias, chega-se ao seguinte problema: a busca, a apreensão e a proibição de manifestação por parte do aparato estatal junto às universidades públicas – a partir da interpretação e aplicação de legislação eleitoral – confronta princípios constitucionais de liberdade de pensamento, liberdade de expressão, opinião e autonomia universitária na promoção do ensino com base em princípios democráticos?

Como objetivo geral, busca-se aferir a inconstitucionalidade das decisões judiciais e administrativas proferidas por juízes eleitorais junto às universidades públicas durante o período eleitoral do ano de 2018. Como objetivo específico, almeja-se a compreensão necessária da declaração de nulidade dos atos do Poder Público, especificamente das decisões judiciais e administrativas na busca e apreensão de material do que seria propaganda eleitoral ou manifestação de preferência político-partidária.

Em relação à metodologia, adota-se o estudo empírico, tendo por referencial a doutrina especializada, bem como a legislação pertinente e o julgado da ADPF 548. Na organização

do texto, foi adotado um caminho dedutivo – do geral para o particular.

2 A liberdade de manifestação do pensamento

O direito à liberdade de expressão e de informação são institutos para preservar e garantir o direito humano fundamental, consagrado na Declaração Universal dos Direitos Humanos, que prevê a toda e qualquer pessoa “o direito à liberdade de opinião e expressão, [que~] direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2009, p.10 – adaptado).

A liberdade de expressão é caracterizada por um direito que se presta a duas dimensões: uma dimensão individual, que justamente é a manifestação do pensamento e da opinião de cada pessoa; e uma dimensão coletiva ou social, que é a característica da sociedade em procurar se manter informada, procurar e receber qualquer pensamento ideias e informações alheias. Nesse ponto, cabe gizar que, ao cidadão, é tão importante o conhecer a opinião ou informação alheia, quanto difundir o seu próprio pensamento, suas ideias e opiniões. Portanto, uma restrição ao direito à liberdade de expressão prejudica simultaneamente ambas as dimensões (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2010, p. 6).

A livre comunicação de ideias, pelo viés subjetivo, é valor indispensável para compor a dignidade da pessoa humana. Já em seu caráter objetivo, consubstancia a própria proteção do regime democrático a partir da consolidação e da participação da coletividade da sociedade no diálogo referente às questões públicas e políticas do dia a dia da nação.

Nessa cognição, Stuart Mill, ao consignar a livre expressão como instrumento fundamental na busca da verdade, entendia que o confronto de ideias é sempre oportuno para se chegar à verdade

sobre os fatos e que é possível retificar erros por meio da discussão. Assim, apenas por uma ampla liberdade, é possível consolidar uma real fundamentação para as diversas opiniões, pois, conforme Mill, “o mal específico de silenciar a expressão de uma opinião é que assim se está roubando a humanidade inteira, tanto a geração atual quanto a posteridade, e os que divergem da opinião, ainda mais do que os que a apoiam” (MILL, 2018, p. 33),

A partir de uma análise substancial do referido direito de expressar opinião é de compor em sua essência a própria espontaneidade do indivíduo a permear toda a esfera de abrangência da capacidade humana de expressão. Em sua convicção, Hanna Arendt compreende que a participação do indivíduo na vida política tem por princípio a própria liberdade de opinião consubstanciada por uma espontaneidade para irradiar toda a esfera política. Ao obstaculizar o direito à liberdade de opinião, restará prejudicada sua espontaneidade, o que é uma característica própria dos regimes totalitários, como bem assevera Arendt: “os regimes totalitários não se concentram simplesmente em reprimir a liberdade de opinião, mas tratam também de destruir o princípio da espontaneidade, em todas as esferas” (ARENDR, 2004, p. 182-183).

Konrad Hesse, ao analisar os direitos de liberdade na Lei Fundamental Alemã, entende a liberdade de opinião como parte essencial da liberdade política e espiritual para expressar sinteticamente “as liberdades de manifestação da opinião, liberdade de informação, liberdade de imprensa e a liberdade de reportagem por radiodifusão e filme”. Nessa construção da própria ordem democrática da Lei Fundamental, o constitucionalista alemão assevera que o alcance completo das liberdades se reveste de um duplo caráter: por um lado, estão os direitos subjetivos, tanto no sentido de defesa quanto no sentido de cooperação política; por outro lado, encontram-se os direitos objetivos de prestação negativa. Em seu magistério, sem as referidas liberdades, “a opinião pública não poder nascer, o desenvolvimento de iniciativas e alternativas pluralistas, assim como a ‘formação preliminar da vontade política’ não são possíveis” (HESSE, 1998, p. 302-303).

Pedrinho Guareschi, ao compor uma relação entre liberdade e política, consubstancia que o ser humano somente se

realiza quando está com outros, ou seja, ao manter relação com aqueles que fazem parte da sua vida. Nesse contexto, “a liberdade é uma condição da política” em uma espécie de convivência social, com a faculdade de poder expressar livremente seu pensamento para forjar um conceito democrático de participação, mas “participação no sentido se ‘dizer a palavra’, expressar a opinião”. (GUARESCHI, 2013, p. 94).

Com efeito, as nuances próprias do direito à liberdade de expressão devem permear toda a ordem política e, dessa forma, fundamentar o Estado Democrático de Direito. A restrição a uma liberdade política fere princípios constitucionais e põe em risco a consolidação da democracia e da cidadania. É o ponto que trato a seguir.

3 A inconstitucionalidade dos atos proferidos pelos juízes eleitorais

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 548), proposta pela Sr.^a Dr.^a Raquel Dodge, Procuradora Geral da República, teve por objeto evitar e reparar lesão a preceitos fundamentais em face de atos do Poder Público que autorizaram buscas e apreensões, bem como promoveram a interrupção de aulas, debates e atos congêneres, como a inquirição de docentes, discentes e de outros cidadãos que estavam em local definido como universidade pública ou privada (PGE, 2018).

Os atos impugnados a partir de uma equivocada interpretação da legislação por parte de juízes eleitorais em nove estados brasileiros são consubstanciados a partir de documentos probatórios que acompanharam a referida ADPF. Em poucas letras, é possível exemplificar alguns dos atos, tais como o ocorrido na Universidade Federal da Grande Dourados, em Mato Grosso do Sul, em que a aula pública com o tema “Esmagar o Fascismo” foi interrompida e proibida por agentes da Polícia Federal. Na Paraíba, na cidade de Campina Grande, foi realizada uma busca em universidades federais e estaduais, momento em que foram apreendidas faixas com os dizeres “mais livros, menos armas”,

além do recolhimento de cinco HDs de computadores. Como último exemplo, na Universidade Federal Fluminense, no Rio de Janeiro, foi determinada a retirada de uma faixa fixada pelo diretório acadêmico posicionando-se contra o fascismo. Essas foram apenas algumas das ações contra universidades públicas em nove estados da federação no período eleitoral de 2018.

A eminente Ministra do Supremo Tribunal Federal, Carmen Lúcia, Relatora da ADPF 548, em análise da medida cautelar requerida, deferiu a liminar requerida, em 27 de outubro, nos seguintes termos:

[...] para, ad referendum do Plenário deste Supremo Tribunal Federal, suspender os efeitos de atos judiciais ou administrativos, emanado de autoridade pública que possibilite, determine ou promova o ingresso de agentes públicos em universidades públicas e privadas, o recolhimento de documentos, a interrupção de aulas, debates ou manifestações de docentes e discentes universitários, a atividade disciplinar docente e discente e a coleta irregular de depoimentos desses cidadãos pela prática de manifestação livre de ideias e divulgação do pensamento nos ambientes universitários ou em equipamentos sob a administração de universidades públicas e privadas e serventes a seu fim e desempenhos (STF, 2018).

A liminar foi referendada em 31 de outubro, por unanimidade, tanto no reconhecimento da adequada utilização de ADPF, tendo por fundo o princípio da subsidiariedade, bem como na decisão da Senhora Ministra Carmen Lúcia em coibir os atos praticados, sendo revestida de efeito vinculante a todas as decisões atacadas.

Ainda, sobre o mérito da discussão, os atos do Poder Público nos casos tratados pela ADPF revestiam-se da interpretação por parte dos juízes eleitorais da Lei Federal nº 9.504 de 1997 nos termos do seu artigo 37, em que há a vedação à veiculação de propaganda eleitoral de qualquer natureza “nos bens cujo uso dependa de cessão ou permissão do poder público, ou que a eles pertençam”. Contudo, o dispositivo eleitoral deve ser interpretado em termos próprios do que se pode afirmar ser uma

propaganda eleitoral para que, somente assim, seja tipificada a conduta do agente como lesiva ao processo eleitoral em curso naquele momento.

Sob esse aspecto, à cognição de Jorge, Liberato e Rodrigues (2016, p. 290), o conceito de propaganda político-eleitoral é “um conjunto de técnicas e procedimentos que são realizados pelas coligações, partidos e candidatos, com a finalidade de captar e conquistar o voto do eleitor nas eleições”. A interpretação da referida norma deve considerar a imposição de proibição de abuso do poder econômico e político, a fim de preservar a igualdade de entre candidaturas, pois a vedação imposta tem finalidade específica e, ao ser interpretada, não deve colidir com qualquer um dos princípios garantidores da livre manifestação do pensamento, de opinião e expressão nem com a autonomia e a liberdade dos docentes e discentes no ambiente de ensino.

Em sentido contrário, a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) pronunciou-se a fim de defender a ação dos juízes eleitorais ao afirmar que os referidos atuaram de forma correta ao “aplicar a interpretação prevalecente na jurisprudência da Corte eleitoral, sem que se pudesse cogitar da violação aos preceitos constitucionais tidos por ofendidos” (AMB, 2018, p. 2).

Ao requerer o ingresso da AMB como *amicus curiae* na ADPF 548, o Excelentíssimo Senhor Doutor Alberto Pavie Ribeiro, arguiu, entre outras questões, que “não houve qualquer das violações aos preceitos constitucionais referidos na petição inicial”; antes, “há provas e evidências quanto a propaganda eleitoral vedada, em favor de 2 candidatos que concorriam à Presidência da República e em detrimento de outro candidato” (AMB, 2018, p. 7).

Ilustra sua afirmação ao afirmar que a divergência da AMB não se dá com a tese posta no deferimento da medida cautelar, mas com sua aplicação em face dos atos jurisdicionais apresentados pela PGR, pois, em entendimento, “as decisões jurisdicionais impugnadas possuem fundamentação válida”. Compõe sua convicção com a transcrição das decisões e provas colhidas que levaram ao convencimento dos juízes eleitorais. Aduz que o ocorrido foi a divulgação, de forma diversa, dos fatos e atos atacados, o que resultou no ato de a PGR propor a

presente ADPF “sem ter os elementos mínimos de prova constantes do processo” (AMB, 2018, p. 11).

O argumento também traz que “fora do período eleitoral, não haveria problema algum de uma ‘aula pública’ e ‘única’”, mas, no entanto, durante o período eleitoral a reunião a falar de “perigo da candidatura” de um ou outro é passível de ser configurada como propaganda eleitoral vedada pela legislação, pois encontra o “desequilíbrio de oportunidades” entre as referidas candidaturas no âmbito da universidade. (AMB, 2018, p. 12).

É de consignar que as decisões atacadas, por mais digna que tenha sido a intenção dos juízes eleitorais em resguardar o desenvolvimento legal do processo eleitoral, não considerou a característica maior do ambiente de ensino que é a pluralidade de ideias e a liberdade de cátedra, ponto que estudo no próximo item.

4 A colisão das decisões dos juízes eleitorais com a liberdade de cátedra

O direito de liberdade no meio educacional, conforme Jorge Miranda (1993, p. 177), significa “a liberdade dos professores de ensino, de acordo com a procura da verdade, o seu saber, a sua orientação científica e pedagógica e o direito do aluno à compreensão crítica dos conteúdos”. Educação e liberdade, na visão do educador e filósofo Paulo Freire, tem uma valiosa ligação a fundar uma educação libertadora, em sua letra, “não há nada mais que contradiga e comprometa a emersão popular do que uma educação que não jogue o educando às experiências do debate e da análise dos problemas que não lhe propicie condições de verdadeira participação” (FREIRE, 1967, p. 93).

A colisão, tendo por fundo a interpretação dos juízes eleitorais, se dá na falta de atenção à Constituição da República, no capítulo reservado à Educação, especificamente ao artigo 205, que nos diz que a Educação visa, entre outros, ao “pleno desenvolvimento da pessoa e seu preparo para o exercício da cidadania”. Nesse ponto, os aspectos que envolvem o sentido da Educação em um Estado Democrático de Direito devem ser vistos como um

instrumento de aperfeiçoamento humanístico da sociedade, promovendo a consciência do valor dos direitos individuais e sociais, assim como a autonomia da visão de mundo das pessoas.

Também houve falta de atenção ao artigo 206 que garante, entre outros, o princípio Constitucional do ensino como “a liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento”. Nessa matéria, sob uma perspectiva mais ampla, “ter em vista os desafios de cada sociedade e a necessidade de que o enfrentamento e a superação delas dependem, [...], de uma adequada prática pedagógica”. O referido princípio reforça o direito à diferença e ao “pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas”, entendido como o respeito à diversidade de pensamento no ensino, com reconhecimento das diferenças regionais e sociais; no ensino religioso facultativo; e no ensino da História do Brasil, por meio das diferentes nuances e contribuições culturais e etnias na formação do povo brasileiro.

Ainda, ao artigo 207, já citado na introdução, que garante a autonomia didático-científica das universidades, firma-se, a competência em definir a relevância e a forma do conhecimento transmitido. A autonomia pessoal, que se consubstancia na liberdade acadêmica do docente, tem eficácia somente se a universidade à qual está ligado possui a mesma liberdade a partir de sua autonomia (MALISKA, 2013, p. 1965-1969).

O texto Constitucional é claro na garantia da liberdade de ensinar pelo viés da liberdade institucional e docente que, se não ilimitadas diante de outros dispositivos constitucionais, são garantia do pluralismo de ideias e contextos pedagógicos para encontrar práticas acadêmicas, a fim de efetivar sua finalidade.

5 Considerações finais

Em poucas letras, é de gizar que a manifestação do pensamento é uma garantia Constitucional pétrea e não está sujeita a controle estatal prévio. Nesse contexto, a legislação eleitoral, ao ser aplicada, deve antes observar os preceitos fundamentais norteadores das liberdades protegidas em nossa Carta Federal

compatíveis com a objetividade e a neutralidade sob pena de, substancialmente, ser declarada inconstitucional, como, por certo, é de se constatar no presente estudo.

A liberdade de ensino é pedra basilar da formação cidadã em um Estado Democrático de Direito. Liberdade muito cara à nossa história e à formação intelectual de cada brasileiro. O período eleitoral, momento sublime do exercício dos direitos políticos, deve sempre ter resguardado o maior espaço de discussão possível, sob pena de implicar na própria legitimidade do processo. A ideia de uma educação pluralista, tanto no ambiente público quanto privado, coaduna com a garantia da qualidade do ensino e da formação de uma consciência crítica dos discentes, o que, sem dúvida, fortalece o encontro da soberania de nossa nação.

Referências

- ARENDR, Hannah. (1906-1975). *Responsabilidade e julgamento*. Tradução: Rosaura Einchenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em 16 abr. de 2019.
- BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria-Geral da República. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental com Pedido de Liminar em face de atos do Poder Público devidamente apontados no tópico I desta ação*. Proponente: Raquel Elias Ferreira Dodge, Procuradora-Geral da República. Brasília, 26 de outubro de 2018.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 548 Distrito Federal*. Reqt.(s): Procuradoria-Geral da República. Intdo. (a/s): Juiz Eleitoral das 17ª, Zona Eleitoral de Campina Grande; Juíza Eleitoral da 199ª Zona Eleitoral do Rio de Janeiro; Juiz Eleitoral da 18ª Zona Eleitoral de Mato Grosso do Sul; Juiz Eleitoral da 20ª Zona Eleitoral do Rio Grande do Sul; Juíza Eleitoral da 30ª Zona Eleitoral de Belo Horizonte. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, 27 de outubro de 2018.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AMB. Associação dos Magistrados do Brasil. *Requerimento de ingresso como amicus curiae na ADPF 548*.

Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748560634&prclD=5577308#>. Acesso em 16 abr. de 2019.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão. Marco jurídico interamericano sobre o direito à liberdade de expressão*. Por Catalina Botero Marino, publicado em 2010. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/expressao/docs/publicaciones/20140519%20-%20PORT%20Unesco%20%20Marco%20Juridico%20Interamericano%20sobre%20el%20Derecho%20a%20la%20Libertad%20de%20Expresion%20adjust.pdf> Acesso em: 16 de abr. de 2019.

FREIRE, Paulo. (1921-1997). *Educação como prática da liberdade*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1967.

GUARESCHI, Pedrinho A. *O direito humano à comunicação: pela democratização da mídia*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013.

HESSE, Konrad. (1919-2005). *Elementos de direito constitucional da república federal da Alemanha*. Tradução (da 20ª edição alemã) de Dr. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

JORGE, F. C.; LIBERATO, L.; RODRIGUES, M. A. *Curso de direito eleitoral*. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

MALISKA, Marcos Augusto. *Comentário aos artigos 205-207 da Constituição Federal*. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W. (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

MENDONÇA, Fernanda Graebin. *Direito à liberdade de expressão e sua proteção no sistema interamericano de direitos humanos*. 1ª ed. Curitiba: Editora Prismas, 2017.

MILL, John Stuart. (1806-1873). *Sobre a liberdade*. Tradução: Denise Bottmann. Porto Alegre: L&PM, 2018.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. UNIC/Rio. 005. Janeiro de 2009. (DPI/876). Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf> Acesso em: 16 de abr. de 2019.

O FIM DO LIBERALISMO DE IDENTIDADE E A ALTERNATIVA DO INTERCULTURALISMO: A “MENSAGEM” DAS ELEIÇÕES PRESIDENCIAIS NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA EM 2016

Flávia Miranda Falcão¹
Bruno Heringer Júnior²

1 Mestranda em Direito na Fundação Escola Superior do Ministério Público. Endereço eletrônico: miranda.ffalcao@gmail.com.

2 Doutor e mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Professor dos programas de graduação e mestrado da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público. Endereço eletrônico: brunoheringerjunior@gmail.com.

Resumo

Logo após as Eleições Presidenciais de 2016 nos Estados Unidos, Mark Lilla publicava no jornal *The New York Times* o polêmico artigo *The End of Identity Liberalism*, texto que trazia severas críticas à onipresença da defesa de grupos minoritários e aos abusos da retórica da política de identidade por universidades, imprensa e programas políticos defendidos pelo Partido Democrata, em detrimento dos demais problemas contra os quais a sociedade lutava e dos vários grupos que não se viam incluídos nesses discursos. O presente artigo, assim, busca desenvolver e analisar os aspectos do Multiculturalismo, da Liberdade Cultural, da Política de Identidade, do Liberalismo e do Discurso Politicamente Correto, que podem ter influenciado as ideias do autor para, ao final, indicar o Interculturalismo como alternativa possível dentro da proposta de retomada do Liberalismo numa sociedade que hoje tem plena consciência da sua diversidade.

Palavras-chave: Estados Unidos da América. Interculturalismo. Liberalismo. Multiculturalismo. Política de identidade.

Abstract

Shortly after the US Presidential Elections of 2016, Mark Lilla published the controversial article *The End Of Identity Liberalism* in *The New York Times* newspaper. His text contained severe criticism against the ubiquitous defence of minorities and the abuses of the rhetoric of identity politics by Universities, the press and campaign programmes adopted by the Democratic Party, with the consequent neglect of other problems against which American society struggled and the many other social groups that wouldn't fit into such speeches. The present article, therefore, intends to develop and analyze aspects of Multiculturalism, cultural freedom, identity politics, Liberalism and politically correct language that may have influenced the ideas expressed by the author, and eventually, bring out Interculturalism as a possible path within the proposal of recovery of Liberalism by a society nowadays fully aware of its diversity.

Keywords: Identity Politics. Interculturalism. Liberalism. Multiculturalism. United States of America.

1 Introdução

Dez dias após a eleição de Donald Trump para presidente dos Estados Unidos³, Mark Lilla (LILLA, 2016), cientista político e professor de Humanidades na Universidade de Columbia, publicava no jornal *The New York Times* o polêmico artigo *The End of Identity Liberalism*⁴. Nesse texto, Lilla criticou a onipresença da defesa de grupos minoritários e os abusos da retórica da política de identidade por parte de universidades, imprensa e programas políticos adotados pelo Partido Democrata daquele país. Como consequência, na visão do autor, houve negligência dos demais problemas que assolavam a sociedade americana e dos vários grupos que não se viam incluídos nesses discursos.

Mark Lilla atribuiu, a essa falta de medida e ao seu uso político, a então recente vitória de um representante da ala mais conservadora do Partido Republicano nas urnas e, ao final, indicou como ideal de justiça social o retorno ao Liberalismo Político Original⁵, com base na promoção de direitos e liberdades para todos que anseiam pelas mesmas conquistas, não importando o grupo ao qual pertençam.

Pela relevância dos temas desenvolvidos e da repercussão do texto, ele foi escolhido como base para desenvolver e analisar, no presente artigo, os aspectos do Multiculturalismo, da Liberdade Cultural, da Política de Identidade, do Liberalismo e do Discurso Politicamente Correto, os quais podem ter influenciado as ideias do autor para, ao final, apontar o Interculturalismo como alternativa possível dentro da proposta de retomada do Liberalismo numa sociedade hoje plenamente consciente de sua diversidade.

O método a ser utilizado é a pesquisa qualitativa, com base em doutrina nacional e estrangeira, buscando identificar fundamentação para endosso ou crítica às ideias de Mark Lilla.

2 Multiculturalismo: origens, evolução e críticas

Andrea Semprini (1999, p. 81) emprega dois aspectos para definir a epistemologia multicultural: i) o *trabalho desenvolvido nas universidades*, de construção de ideias e debates multidisciplinares sobre as diversas culturas que integram países formados por imigrantes, grupos étnicos e povos originários, aplicando-se, principalmente, aos campos da linguagem, da filosofia e da sociologia a partir dos anos 1920 na Europa; e ii) o *ativismo* para a promoção do respeito à diversidade.

Ao criticar o discurso de identidade, Lilla necessariamente reagiu contra a epistemologia multicultural, que, segundo Semprini (1999), apoia-se sobre quatro pilares: i) *a compreensão da realidade como construção cultural*, dependente das personagens que a criam, das descrições que recebe e da linguagem utilizada; ii) *a subjetividade das interpretações*, condicionadas às referências preexistentes para quem enuncia os fatos e para quem os recebe e internaliza; iii) *a relativização dos valores*, pois, se a verdade é relativa e as percepções se diferenciam, então julgamentos de valor só têm sentido dentro de uma situação controlada, na qual os fatos a serem considerados são plenamente definidos e a linguagem utilizada tem significados idênticos para as partes; e a ideia de que iv) *o conhecimento é um fato político*, pois depende da compreensão e da descrição da realidade de alguém que, inevitavelmente, vai impor a sua versão (SEMPRINI, 1999, p. 81-84).

Em oposição, encontra-se a epistemologia monocultural que, em linhas gerais, defende a ideia de objetividade dos fatos, valores e conhecimento, acreditando ser possível a apreensão e a transmissão da realidade sem que haja contaminação por valores e compreensões individuais.

De fato, por mais inquietante que seja a primeira, parece ser mais fiel à realidade; entretanto, ela peca pelo excesso de relativizações que, levadas a extremos, inviabiliza a comunicação, a compreensão e a transmissão do conhecimento. Aqui,

³ Ocorrida em 8 de novembro de 2016.

⁴ Texto seminal que, após, foi ampliado e lançado na forma de livro (LILLA, 2017).

⁵ Dos "pais fundadores".

reconhece-se o porquê da crítica de Lilla quando indica que “a fixação das escolas e da imprensa pela diversidade produziu uma geração de liberais e progressistas narcisisticamente desconhecidos das condições fora de seus autodenominados grupos”.

O autor afirma que foi nessa desmedida que aqueles que se utilizaram da retórica da identidade na campanha das eleições de 2016 erraram, pois ignoraram a classe operária branca e os grupos religiosos dos Estados Unidos que, sofrendo com os efeitos do “whitelash”⁶, reagiram nas urnas com a maciça votação no candidato que melhor teria sabido manipular e explorar essa falha.

3 Liberdade cultural, política de identidade, liberalismo e discurso politicamente correto

Amartya Sen (2015, p. 49-52), ao explicar a relação entre Multiculturalismo e Liberdade Cultural, recordou que as visões comunitaristas negligenciam um aspecto essencial à formação das identidades individuais, isto é, as escolhas. Nenhum indivíduo, principalmente os que habitam países ou regiões nos quais convivem várias culturas, restringe-se apenas aos valores e às ideias que o seu grupo cultural, étnico, religioso ou nacional professa. Se assim fosse, não haveria Liberdade Cultural. Nesse sentido, as visões comunitaristas afiguram-se tão reducionistas e equivocadas como a monocultura dominante.

Nesse complexo contexto, entram as pretensões identitárias que, segundo Semprini (1999, p. 56), significam “as reivindicações de certas minorias para que sua especificidade e sua identidade sejam reconhecidas pelo Estado e leis sejam criadas” com o fim de conceder-lhes “direitos ou privilégios especiais”, ou até “formas de autonomia política e governamental”. Esses grupos minoritários apoiam-se sobre uma base mista, na qual se misturam as instâncias política, étnica e cultural, admi-

⁶ Em tradução nossa, “desprezo aos brancos”.

tindo, em alguma medida, a impossibilidade de seus integrantes de pertencerem a um só grupo ou com ele se identificarem⁷.

É essa pluralidade de identidades dentro dos grupos minoritários que explica a observação de Lilla sobre a surpreendente alta votação para Trump nas comunidades latinas dos Estados Unidos: conforme o autor, “quanto mais tempo os grupos étnicos têm em nosso país, mais politicamente diversos se tornam”.

A diversidade política revela-se, principalmente, na busca por objetivos comuns a todas as identidades: todos querem acesso à saúde, à educação, à justiça e a outros tantos direitos que, somados, traduzem-se nos ideais da dignidade da pessoa humana e das liberdades fundamentais.

John Rawls (1997, p. 34), autor de grande influência para o Liberalismo Político contemporâneo, define a equalização das liberdades fundamentais como a inviolabilidade individual com fundamento na justiça⁸. A essa inviolabilidade⁹, nem o bem-estar alheio pode se sobrepor. Numa sociedade justa, as liberdades individuais são inquestionáveis e os direitos garantidos pela justiça estão fora do alcance de negociações políticas e do cálculo de interesses sociais.

A partir dessa visão, entende-se o que Lilla pretendeu no artigo aqui analisado, com a defesa da necessidade de um Liberalismo Pós-Identitário. Segundo o autor, esse novo Liberalismo deve se concentrar numa base progressivamente abrangente e apelar aos americanos, enquanto cidadãos, que desejam se ajudar mutuamente, dando ênfase às questões que afetam a maioria.

Mas como se chega ao ideal de justiça de Rawls, em que nenhuma liberdade é negligenciada em nome do bem da co-

⁷ Amartya Sen exemplifica: “Eu posso ser, ao mesmo tempo, um cidadão asiático, um indiano, um bengali com antepassados de Bangladesh, um residente dos Estados Unidos ou da Inglaterra, um economista, um dileta em filosofia, um escritor, um sanscritista, um adepto convicto do secularismo e da democracia, um homem, um feminista, um homossexual, um defensor dos direitos dos gays e lésbicas, com um estilo de vida não religioso, de antecedentes hindus, um não brâmane, um descrente na vida após a morte (e ainda, caso se faça a pergunta, também um descrente em um ‘antes da vida’)” (SEN, 2015, p. 37).

⁸ Ou, para alguns autores, no direito natural.

⁹ Ou liberdade.

letividade? Lilla já apelou à solidariedade dos cidadãos, como recém exposto, mas igualmente referiu que a busca pelo bem da coletividade também promove o bem dos grupos identitários, base sobre a qual um Liberalismo Pós-Identitário deve ser construído, sem que nela se esgote.

Ao final do artigo, o autor faz referência às "quatro liberdades" do discurso do Presidente Roosevelt¹⁰, sobre as quais foi estabelecido o Liberalismo Político norte-americano. São elas: a "liberdade religiosa", a "liberdade de expressão", a "liberdade de viver sem medo" e a "liberdade de viver sem penúria". Esses também são os fundamentos dos tratados internacionais sobre direitos humanos, documentos em que podem ser encontradas todas as reivindicações identitárias internas. Assim, não parece haver incompatibilidade entre o atual Liberalismo norte-americano e as reivindicações identitárias; o que parece haver é um grande nível de incompreensão e desinteresse em trabalhar com instrumentos há muito tempo disponíveis na Política e no Direito. Tais instrumentos só precisam de adequação a essa nova consciência social que, para Lilla, nada opõe à diversidade existente, somente ao exagero no seu uso político.

Para Charles Taylor, uma sociedade com objetivos coletivos fortes pode ser liberal desde que seja capaz de respeitar a diversidade, em especial quando são considerados aqueles que não partilham dos objetivos comuns e desde que seja possível proporcionar garantias adequadas aos direitos fundamentais. Levar a efeito todos esses objetivos não é impossível, mas provocará tensões e dificuldades. Os problemas não são, em princípio, maiores do que aqueles que qualquer sociedade liberal encontra quando precisa proteger objetivos aparentemente conflitantes, como liberdade com igualdade ou prosperidade com justiça (TAYLOR, 1994, p. 80).

De outra parte, Taylor ainda esclarece que existe uma forma política de igual respeito, guardada num Liberalismo de direitos, hostil à diferença, porque insiste na aplicação uniforme das regras que definem esses direitos, sem qualquer exceção,

além de desconfiar dos objetivos coletivos, dentre os quais está o tratamento diferenciado para grupos em desvantagem (TAYLOR, 1994, p. 81). Contudo, o autor defende o modelo de sociedade liberal baseado no mútuo respeito, que convive com as diferenças de tratamento que a lei pode vir a dar, com base no reconhecimento das diferenças, e com solidariedade recíproca, conforme suscita: "o liberalismo não pode, nem deve, pretender uma neutralidade cultural completa. O liberalismo também é um credo de luta" (TAYLOR, 1994, p. 83). Como tal, deve-se reconhecer os demais "credos de luta" com os quais se convive e respeitá-los da melhor maneira possível, sem tentar neutralizá-los ou neutralizar-se. Assim, parece proceder a ideia de um Liberalismo Pós-Identitário, que retome a importância dos objetivos coletivos sem descuidar dos objetivos identitários de grupos específicos.

Um ponto especialmente sensível do discurso de identidade é o "politicamente correto", que tampouco escapou às reprovações de Lilla. Semprini (1999, p. 61-64) esclarece que a expressão "politicamente correto" originou-se do código stalinista de obediência irrestrita à linha política definida pelo Comitê Central do Partido Comunista da antiga União Soviética. O autor destaca que a referência ao stalinismo foi proposital para torná-lo notório e contribuir para a sua rejeição pelo mundo. Subentende-se, pela expressão, uma política de total intolerância a ideias adversas, imposta pelo medo, tornando quem faz uso do "politicamente incorreto" um rebelde, que não teme incomodar se preciso for. Como se percebe, trata-se de uma propaganda ruim para uma causa justa, pois a linguagem determina como apreendemos e transmitimos a realidade e, por consequência, como convivemos.

Edgar Morin estabelece uma relação dialética entre o pensar individual e a cultura da sociedade, sendo que um é simultaneamente causa e consequência do outro. A propagação desse modo de pensar e agir entre indivíduo e coletividade se dá pela linguagem praticada, que transmite não somente a ideia imediata da mensagem, mas também todo um modo adotado para pensar, viver e relacionar-se (MORIN, 2011, p. 20-25). A

10 "Discurso sobre o estado da União", proferido em 6 de janeiro de 1941 perante o Congresso dos Estados Unidos da América.

cultura, constituída por informações filtradas por meio de conhecimentos e padrões prévios, dentre os quais está a linguagem, torna-se o próprio conhecimento.

Nesse sistema cultural que parece enredar e determinar totalmente seus membros, a autonomia individual reside justamente na percepção das brechas e incoerências entre os sistemas que alimentam o indivíduo, o qual propagará ou não uma ideia ou conhecimento.

Compreendida a importância da linguagem e das expressões utilizadas para a apreensão e a transmissão do conhecimento, torna-se fácil entender o seu peso na identidade de grupos sociais e de indivíduos. A reivindicação de uma linguagem que não estigmatize ou diminua o outro não é apenas justa, mas fundamental à ideia de Liberalismo Pós-Identitário que Lilla defende, o que só é possível com base no respeito à diversidade e no reconhecimento mútuo, pautados pelo diálogo e pela solidariedade.

4 O interculturalismo como alternativa

Podendo ser considerado evolução do movimento multiculturalista (CALÇADA; HERINGER JR., 2018), o Interculturalismo aparenta ser a alternativa teórica que melhor se coaduna com um possível Liberalismo Pós-Identitário. Se as políticas de identidade exacerbaram as diferenças e resultaram em indivíduos e grupos autocentrados, também trouxeram à tona a necessidade de reconhecimento da existência de outros modos de vida que não o dominante. Essa tomada de consciência jamais será revertida, mas não é suficiente. Para que grupos identitários distintos possam conviver num mesmo Estado, devem se sentir nacionais, não apenas para que o Estado tutele seus direitos e cobre-lhes obrigações, mas também no sentido político possível – de busca pelo bem da sociedade em geral –, sendo necessária a promoção do diálogo e da solidariedade entre as comunidades.¹¹

No cerne desse Interculturalismo, reside o reconhecimento, que adota¹² a forma de uma luta constante e intersubjetiva, não podendo ser imposto por uma política estatal de proteção às minorias. É entre indivíduos que o embate ocorre, pois a compreensão do outro e de si mesmo do reconhecimento depende. Essas disputas constituem parte da própria ação democrática, com a qual mantém uma relação dialógica (ANDRADE, 2013, p. 70-72).

O Interculturalismo, antes de tudo, é uma proposta que surge em reação à globalização, atacando a pretensa homogeneidade propagada e propondo a ruptura com essa uniformidade sociocultural decorrente dos parâmetros econômicos e políticos que conduzem à fragmentação das identidades individuais e coletivas. Constitui uma ideologia sobre as relações entre culturas que se supõe superadora de outras presentes na doutrina atual, como o imperialismo nas relações interculturais, o Liberalismo e o Comunitarismo.

Segundo Ramón Soriano (2004, p. 95-107), o Interculturalismo¹³ possui fundamentos epistêmicos, éticos e históricos. Os fundamentos epistêmicos são de autocrítica e heterocrítica para a construção de novas lógicas interculturais. Consistem em incorporar a heterocrítica e a autocrítica nas relações entre as culturas e criar novas lógicas para as quais possam confluir culturas racionalistas e não racionalistas, como a racionalista ocidental e as culturas simbólicas, mágicas e intuitivas de outros povos. O fundamento ético centra-se no valor da inclusão, que constitui a base substancial do Interculturalismo. A inclusão é a tradução do princípio da participação na criação do Direito, primordial nos níveis estatal e supraestatal. Por fim, o fundamento histórico reside no fracasso dos projetos universalistas das culturas com pretensões de superioridade, malogradas exa-

11 "A nação tem duas faces. [...] a nação dos cidadãos ligados ao Estado, fruto da vontade, é fonte de legitimação democrática, a nação de compatriotas, gerada de maneira espontânea, provê a integração social. Os cidadãos, por força própria, constituem a associação política entre os livres

e iguais; os compatriotas encontram-se em uma comunidade cunhada por uma língua e história comum" (HABERMAS, 2002, p. 131-132).

12 Para Charles Taylor.

13 Para Soriano, o Interculturalismo significa o mesmo que Multiculturalismo significa para outros (SORIANO, 2004, p. 91), mas suas propostas podem, ainda assim, ser consideradas de uma perspectiva superadora do movimento multiculturalista.

tamente por não terem incorporado valores e ideias de outras culturas e por terem sido impostos à força.

Segundo Soriano, a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 fracassou. Por essa razão, propõe um novo discurso intercultural de direitos humanos que contenha as seguintes características: i) formulação aberta dos direitos humanos como direitos abstratos ou direitos-projeto, passíveis de interpretação e, conseqüentemente, adaptáveis a diferentes contextos culturais; ii) concepção como direitos da humanidade e não de um povo ou de um grupo de povos que alcançou o nível de desenvolvimento ao qual devem chegar as demais culturas; iii) enunciação de direitos “puros”, sem misturas, para salvaguardá-los das críticas ao imperialismo, que sempre perseguem os direitos da cultura ocidental; e iv) apresentação dos direitos humanos com humildade, com o reconhecimento do seu uso autoritário e espoliador sobre outros povos, já que enunciados de uma cultura historicamente dominante que serviu para a destruição dos direitos dos povos colonizados em defesa das próprias conveniências.

Os princípios que o autor propõe para o Interculturalismo são os seguintes: o princípio da igualdade de culturas, a ética procedimental da convergência, o ponto zero de partida para o intercâmbio cultural e o universalismo hipotético pós-intercâmbio cultural (SORIANO, 2004, p. 123-148).

Pelo princípio da igualdade, valorizam-se todas as culturas, sem hierarquização. A partir de um ponto equidistante, avaliam-se culturas e é vencido o etnocentrismo, que resiste enfrentar o discurso cultural de igualdade de condições.

A ética procedimental da convergência consiste numa evolução importante da ética comunicativa de Habermas. Soriano defende a ética da comunicação aperfeiçoada como método de discurso e intercâmbio cultural nas relações externas das culturas. Nesse método, devem-se aplicar “a regra subjetiva de cooperação”, pela qual todos têm a mesma capacidade de fala, todos podem contestar e fazer propostas, sendo que toda proposta deve ser fundamentada, e “a regra objetiva externa do discurso”, que não aceita imposições no discurso. Tais re-

gras seriam, ainda, complementadas pelas da alteridade, da reciprocidade, da autonomia e da argumentação, que o autor desenvolve para o diálogo intercultural.

Para o “ponto zero” de partida no intercâmbio cultural, não existe um universalismo que ofereça valores comuns transculturais, pois não há bases epistemológicas, sociológicas ou antropológicas que o sustente. Consiste, então, na inexistência de reservas antecipadas ou de questões inegociáveis, devendo o intercâmbio discursivo ser realizado em todas as dimensões, sem condicionamentos prévios.

Por fim, o universalismo hipotético pós-intercâmbio cultural tem como objetivo chegar a princípios comuns entre as culturas. Se a finalidade do intercâmbio cultural é chegar a acordos assumidos pelo conjunto das culturas no processo discursivo, então, após o universalismo liberal de partida, está o universalismo de chegada, atingido pela exposição comum de pontos de vista, razões, condições e ideologias de cada cultura. O único objetivo é submeter o próprio patrimônio cultural e o alheio à avaliação comum, por meio de um discurso racional e regrado, com o objetivo de obtenção de princípios comuns ao final das discussões.

5 Considerações finais

Lilla expôs os efeitos dos exageros da retórica de identidade numa sociedade que, no geral, convive bem com as diferenças, mas está saturada de discursos nem sempre fidedignos à realidade dos integrantes de grupos identitários. Constatação histórica, a exacerbação é sempre sinal do declínio de algum movimento político ou cultural – e não foi diferente dessa vez. O ciclo do Multiculturalismo parece estar se encerrando para dar lugar a outras orientações teórico-políticas e, dentro desse Liberalismo Pós-Identitário proposto por Lilla, o Interculturalismo parece ter algo a dizer que merece ser ouvido.

Referências

- ANDRADE, A. A. **A política de reconhecimento em Charles Taylor**. Dissertação de Mestrado em Filosofia apresentada na Faculdade Jesuíta de Filosofia e Teologia. Belo Horizonte: 2013, 210p. Disponível em: <https://www.faculdadejesuita.edu.br/documentos/280813-3G2QiLB92fKF9.pdf> Acesso em: 19 jan. 2019.
- CALÇADA, L. A. Zanotta; HERINGER JR., B. Do multiculturalismo ao interculturalismo: fracasso ou aperfeiçoamento. In: **Revista Eletrônica Direito e Sociedades**. Canoas, set. 2018, v. 6, n. 2, p. 159-170.
- HABERMAS, J. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. São Paulo: Loyola, 2002.
- LILLA, Mark. **The end of identity liberalism**. In: **New York Times**, edição de 18 nov. 2016. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2016/11/20/opinion/sunday/the-end-of-identity-liberalism.html>. Acesso em: 16 fev. 2019.
- LILLA, Mark. **The once and future liberal: after identity politics**. Estados Unidos: Harper Collins Publishers, 2017.
- MORIN, E. **O método: as ideias, habitat, vida, costumes, organização**. Tradução: Juremir Machado da Silva. Porto Alegre: Sulina, 2011.
- RAWLS, J. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- SEMPRINI, A. **Multiculturalismo**. Bauru: EdUSC, 1997.
- SEN, A. **Identidade e violência**. São Paulo: Itaú Cultural e Iluminuras, 2015.
- SORIANO, Ramón. **Interculturalismo: entre Liberalismo y Comunitarismo**. Córdoba: Almuzara, 2004.
- TAYLOR, C. **Multiculturalismo**. Lisboa: Instituto Piaget, 1994.

O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL (EFEITO CLIQUET) COMO GARANTIDOR DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Daniele Louise Kopp¹
Érica Veiga Alves²

- 1 Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Pesquisadora do grupo de pesquisa "Jurisdição Constitucional aberta: uma proposta de discussão da legitimidade e dos limites da jurisdição constitucional - instrumentos teóricos e práticos" ligado ao PPGD – Mestrado e Doutorado em Direito da UNISC. E-mail: danielekopp@hotmail.com
- 2 Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Pós graduanda em Direito Civil. Pesquisadora do Grupo de Estudos e Pesquisas "Intersecções Jurídicas entre o Público e o Privado" coordenado pelo Pós-Dr. Jorge Renato dos Reis, vinculado ao CNPq. E-mail: veigaalves@yahoo.com.br

Resumo

Este artigo trata da extensão e da aplicação do efeito *cliquet* no ordenamento jurídico brasileiro como garantidor da dignidade da pessoa humana. Considera-se seu estudo relevante por se tratar de um princípio constitucional implícito que possui autonomia e limitações em outros princípios fundamentais de ordem constitucional e que busca efetivar direitos fundamentais partindo de uma não retrocessão de tais direitos. O problema enfoca a extensão que o princípio possui no ordenamento jurídico brasileiro e sua aplicação para a garantia da dignidade da pessoa humana. O objetivo geral é analisar a sua aplicação, e os objetivos específicos são demonstrar sua autonomia, delimitar com base em outros princípios constitucionais e compreender sua aplicação para garantia da dignidade da pessoa humana e como isso se dá no Brasil. O método de pesquisa utilizado será o dedutivo, partindo-se de uma análise de premissas já existentes, como os princípios fundamentais do ordenamento jurídico, para refletir sobre a aplicação dessas premissas ao ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Efeito *cliquet*. Princípio da vedação do retrocesso social. Dignidade da pessoa humana. Direitos fundamentais.

Abstract

This article deals with the extension and application of the cliquet effect in the Brazilian legal system as guarantor of the dignity of the human person and considers its study relevant because it is an implicit constitutional principle that has autonomy and limitations in other fundamental principles of constitutional order, and that seeks to effect fundamental rights starting from a non retrocession of the same. The problem focused on the extension that the principle has in the Brazilian legal system and its application to guarantee the dignity of the human person. The general objective is to analyze its application and the specific objectives are to demonstrate its autonomy, to delimit based on other constitutional principles, to understand its application to guarantee the dignity of the human being and its application in Brazil. The research method used will be the deductive, based on an analysis of existing premises, such as the fundamental principles of the legal system, to reflect on the application of these premises to the Brazilian legal system.

Keywords: Cliquet effect. Principle of the fence of social retrogression. Dignity of human person. Fundamental rights.

1 Introdução

O presente artigo busca demonstrar a extensão e a aplicabilidade que o princípio da vedação do retrocesso social – efeito *cliquet* – possui no ordenamento jurídico brasileiro e sua função de não retrocessão como garantidor dos direitos fundamentais, mormente da dignidade da pessoa humana.

Objetiva-se definir o princípio e sua relação com a teoria dos direitos fundamentais e a proteção de tais direitos, analisar sua autonomia, com base em outros princípios constitucionais e suas limitações em relação a eles, para melhor delimitar sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro, visando garantir a efetivação da dignidade da pessoa humana.

Em face da importância do princípio da proibição do retrocesso social como instrumento de concretização da dignidade da pessoa humana na ordem jurídica nacional e internacional, busca-se compreender de que forma os direitos fundamentais estão alcançadas pela proteção do cognominado efeito *cliquet*.

O método de pesquisa utilizado é o dedutivo, partindo-se de uma análise de premissas já existentes, como os princípios fundamentais do ordenamento jurídico, para refletir sobre a aplicação dessas premissas ao ordenamento jurídico brasileiro, utilizando-se de pesquisa em livros, artigos e jurisprudências. No que diz respeito ao método de procedimento, será utilizado o histórico bibliográfico, com pesquisa em livros, artigos e demais materiais escritos.

2 Definição de efeito cliquet

O princípio da proibição do retrocesso social – também chamado de efeito *cliquet* – surgiu na doutrina constitucional brasileira com o intuito de obstar que o legislador suprimisse ou alterasse normas infraconstitucionais que efetivam normas constitucionais, de forma a afetar a sua eficácia.

A expressão “efeito *cliquet*” é utilizada pelos alpinistas que a definiram como um movimento que só permite ao alpinista ir para cima, subir, e não descer.

A origem da nomenclatura, no meio jurídico, surgiu na França, onde a jurisprudência do Conselho Constitucional reconheceu que o princípio da vedação do retrocesso se aplica inclusive em relação aos direitos de primeira geração, não sendo possível a revogação de uma lei que protege as liberdades individuais sem substituí-la por outra que forneça as mesmas garantias (LEITE, 2009). Esse princípio, não expresso na Constituição Federal, busca a proteção máxima dos direitos fundamentais e medidas normativas ou políticas de supressão e enfraquecimento das garantias constitucionais, em especial as de cunho social (SARLET, 2006).

Barroso (2006), ao tratar da efetividade das normas constitucionais, mais especificamente da garantia dos direitos estabelecidos na Constituição Brasileira, refere que o princípio do não retrocesso, mesmo não expresso, decorre do sistema jurídico constitucional, entendendo-se que uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional e instituir um direito, incorpora-se ao patrimônio jurídico da sociedade, não podendo ser arbitrariamente suprimido. Ou seja, uma lei posterior não poderia extinguir um direito ou uma garantia constitucional, mormente as de natureza social, sob pena de promover um retrocesso, abolindo um direito constitucional (BARROSO, 2006). Assim, esse princípio trata da possibilidade de invalidação da revogação de normas que concedam ou ampliem direitos fundamentais, sem que a revogação em questão seja acompanhada de uma política substitutiva equivalente (BARCELLOS, 2002).

Cabe salientar que a Constituição não tem somente a tarefa de apontar para o futuro, mas tem igualmente a relevante função de proteger os direitos já conquistados. Desse modo, mediante a utilização da principiologia constitucional, é possível combater alterações feitas por eventuais majorias políticas que buscam retirar conquistas da sociedade (STRECK, 2011).

Acredita-se que as leis cujos conteúdos efetivam as normas constitucionais de direitos fundamentais ampliam a eficácia de

tais direitos, permitindo a sua máxima efetividade. Destarte, uma eventual legislação futura que venha rever de forma restritiva ou até mesmo que venha revogar políticas públicas ampliativas de direitos fundamentais pode representar um retrocesso social e ser considerada inconstitucional. Assim, a vedação ao retrocesso social busca tornar inconstitucionais quaisquer medidas que, sem a criação de outras compensatórias, possam extinguir ou enfraquecer garantias fundamentais.

Cabe frisar que não se trata de invalidação da substituição de medidas que tendem, de forma igualitária, a concretizar determinada norma constitucional, mas daquelas medidas tendentes ao esvaziamento do conteúdo legal. A discricionariedade do legislador para a criação de políticas públicas de garantias dos direitos fundamentais permanece imutável, não se admitindo, outrossim, apenas a restrição injustificada de direitos já incorporados ao patrimônio jurídico do cidadão.

Por conseguinte, é irrefutável que o princípio do não retrocesso social ou a vedação ao retrocesso consiste em um princípio implícito na Constituição de defesa dos direitos fundamentais positivados, o qual decorre tanto do Estado Democrático de Direito quanto do princípio do Estado Social e da dignidade da pessoa humana (SARLET, 2012).

3 Limitação e autonomia do princípio com base na teoria dos direitos fundamentais e aplicabilidade do ordenamento jurídico brasileiro

É de se considerar que a proteção dada pelo princípio da vedação do retrocesso social não pode assumir um caráter absoluto, notadamente no que diz respeito à concretização dos direitos sociais a prestações. Para além do entendimento de que existe uma proibição relativa de retrocesso em matéria de direitos sociais, constata-se intensa discussão em torno da amplitude da proteção contra o retrocesso, sendo significativas as

diferenças de entendimento registradas no âmbito doutrinário e jurisprudencial, assim como na seara das soluções adotadas pelo direito positivo de cada ordem jurídica individualmente considerada (SARLET, 2006).

Assim, verifica-se que o princípio não importa vedação absoluta aos movimentos de retrocessão, pois, para a sua aplicação, sempre deve ser realizada uma ponderação com a finalidade de verificar se o ato é ou não permitido constitucionalmente e se pode ameaçar garantias constitucionais dos cidadãos.

Pode-se partir do entendimento de que entre uma negativa total da eficácia jurídica do princípio da proibição de retrocesso e o outro extremo, vedando todo e qualquer ajuste em termos de direitos sociais, o melhor caminho é o do meio, ou seja, o que implica uma tutela efetiva, mas não cega e descontextualizada os direitos fundamentais sociais (SARLET, 2006).

Não se trata, pois, de simplesmente proibir um retrocesso social baseado em termos ideológicos de forma geral, mas de proteger direitos fundamentais, sobretudo os de caráter social, no seu núcleo essencial. Ou seja, restringir a liberdade do legislador de extinguir ou enfraquecer direitos que possam ferir a garantia do mínimo de existência condigna e respeito à dignidade da pessoa humana (CANOTILHO, 2003).

Denota-se, portanto, que o princípio busca proteger os direitos fundamentais incorporados no ordenamento jurídico, efetivados através das leis infraconstitucionais, de alterações legislativas que possam suprimi-los ou enfraquecê-los. Todavia, a vedação é relativa e deve ser analisada de acordo com o contexto em que a norma foi inserida.

Cabe ressaltar que o princípio da vedação do retrocesso decorre de diversos princípios e argumentos constantes da esfera constitucional, assumindo um caráter de administrador dos direitos fundamentais. Poder-se-ia especular que, por essa ótica, é vislumbrado um princípio de caráter absoluto. Equívoca é essa ilação. Há um certo consenso de que os princípios possam ser relativizados e, portanto, submetem-se à regra da ponderação (ALEXY, 2011).

Nota-se, pois, que não há como sustentar a interpretação de princípio absoluto em relação à vedação do retrocesso social, pois o seu papel é o de salvaguardar os direitos fundamentais na medida em que se encontram concretizados – maximizando os princípios da segurança jurídica e da confiança – e servindo de parâmetro hermenêutico para todas as normas do ordenamento jurídico brasileiro. Assim, tem-se que o princípio tratado serve como diretriz para se medir até que ponto é possível retroceder, objetivando garantir que o Estado não frustrate expectativas ofertadas aos seus cidadãos (SARLET, 2010).

Quanto à sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro, tem-se que os estudos preliminares sobre o efeito *cliquet* vieram indiretamente de Silva (2007), que verifica que as normas constitucionais definidoras de direitos sociais são normas de eficácia limitada, ou seja, demandam a intervenção do legislador infraconstitucional para sua concretização. Por conseguinte, exige-se uma proibição de retroceder na concretização desses direitos.

Sob a ótica do ordenamento jurídico, a ideia da vedação do retrocesso social começou a se popularizar no cenário brasileiro com a promulgação da Constituição Federal de 1988, tendo em vista o surgimento de inúmeras garantias fundamentais. O constituinte de 1988, ao prever muitos dos direitos e garantias fundamentais, mormente os de cunho social, como normas de eficácia limitada, impôs ao legislador infraconstitucional a obrigação de regulamentar e explicitar o conteúdo dessas normas de forma a garantir a sua efetividade.

Assim, firmou-se o princípio de proibição do retrocesso social, entendendo-se que o conteúdo das leis que concretizam os direitos estabelecidos pelo constituinte não pode ser validamente revogado sem um substituto compensatório. Em outros termos, não se pode admitir que o legislador venha a reduzir de forma arbitrária e desproporcional o patamar de desenvolvimento infraconstitucional de um direito fundamental (DERBLI, 2007).

O Supremo Tribunal Federal se pronunciou pela primeira vez sobre o tema da proibição do retrocesso social por meio do

acórdão prolatado na ADI nº 2.065-0-DF, que debatia a validade de medidas provisórias que teriam revogado os artigos 6º e 7º da Lei nº 8.212/91 e dos artigos 7º e 8º da Lei nº 8.213/91, com o objetivo de extinguir o Conselho Nacional de Seguridade Social e os Conselhos Estaduais e Municipais de Previdência Social.

Embora o Supremo Tribunal Federal não tenha conhecido da ação, por maioria, por entender que houve apenas ofensa reflexa à Constituição, destaca-se o voto do Ministro Sepúlveda Pertence, que admitia a inconstitucionalidade de lei que simplesmente revogava lei anterior necessária à eficácia plena de norma constitucional e reconhecia uma vedação genérica ao retrocesso social.

4 Efeito *cliquet* como garantidor da dignidade da pessoa humana

Por ser o núcleo essencial dos direitos fundamentais, cabe verificar os contornos da dignidade da pessoa humana para delimitar o princípio da vedação ao retrocesso. A colocação da dignidade da pessoa humana como prioridade consubstancia o espaço de integridade moral do ser humano e é uma vitória contra a intolerância, o preconceito, a exclusão social, a ignorância e a opressão. A dignidade humana reflete um conjunto de valores civilizatórios incorporados ao patrimônio do homem, pois seu conteúdo jurídico interliga-se às liberdades públicas em sentido amplo, abarcando aspectos individuais, coletivos, políticos e sociais do direito à vida, dos direitos pessoais tradicionais, dos direitos metaindividuais (difusos, coletivos e individuais homogêneos), dos direitos econômicos, dos direitos educacionais e dos direitos culturais (BULOS, 2009).

Assim, a dignidade é essencial para a subsistência do homem, pois ela faz com que sejam possíveis diversas dimensões de direitos, sendo considerada um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida (SILVA, 2000).

Ressalta, ainda, que a dignidade da pessoa humana é um princípio que concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas. O princípio traz consigo a pretensão de respeito por parte das demais pessoas, sendo que todo estatuto jurídico deve assegurar a dignidade de modo que não possam ser facilmente feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais (MORAES, 2015).

Esse princípio se apresenta expressamente na Constituição Federal do Brasil (BRASIL, 1988), no art. 1º, III, no título I “Dos princípios fundamentais”, como fundamento do Estado Democrático de Direito da República Federativa do Brasil, ao lado da soberania, da cidadania, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e do pluralismo político. Ao ser elencado expressamente na Constituição, o constituinte reconheceu, na dignidade pessoal, a prerrogativa de todo ser humano em ser respeitado como pessoa, de não ser prejudicado em sua existência (a vida, o corpo e a saúde) e de fruir de um âmbito existencial próprio (MORAES, 2002). Assim, a intenção do legislador foi garantir que os cidadãos tivessem asseguradas condições de se tornarem dignos em todos os aspectos (saúde, educação, segurança), com atuação defensiva e prestacional do Estado.

O constituinte deixou transparecer, de forma clara e inequívoca, a sua intenção de outorgar aos princípios fundamentais a qualidade de normas informativas de toda ordem constitucional. Ainda, deixou transparecer, de forma sem precedentes em nossa trajetória constitucional, o reconhecimento no âmbito do direito constitucional positivo da dignidade da pessoa humana como fundamento de nosso Estado Democrático de Direito (SARLET, 2012b).

Diferentemente das cartas de outros países, a Constituição Federal Brasileira enquadrou a dignidade da pessoa humana como princípio do ordenamento, e não apenas como direito fundamental. Conclui-se que a dignidade da pessoa humana é o princípio basilar que ergue os direitos fundamentais, concedendo unicidade a eles.

Dessa forma, além de balizar os contornos do princípio da vedação do retrocesso social, o princípio da dignidade da

pessoa humana, assim como outros princípios informadores da teoria dos direitos fundamentais, serve de escopo para o surgimento e aplicabilidade do efeito *cliquet*.

Nessa linha, Sarlet (2006) ressalta que a vedação do retrocesso social encontra inquestionável conexão com o instituto da segurança jurídica e dos postulados da proporcionalidade e da razoabilidade.

Não obstante, é preciso reconhecer que, apesar da proibição de retrocesso, a segurança jurídica e a dignidade da pessoa humana possuem conexão – as quais não se confundem –, de tal sorte que o princípio da proibição de retrocesso possui autonomia, não sendo possível afirmar que tal autonomia implique uma aplicação isolada e sem qualquer relação com outros institutos (SARLET, 2006).

Resulta perceptível, portanto, que a proibição de retrocesso é utilizada para a impugnação de medidas que impliquem supressão ou restrição de direitos sociais e que possam ser compreendidas como efetiva violação de tais direitos, os quais, por sua vez, também não dispõem de uma autonomia absoluta no sistema constitucional, sendo, em boa parte e em níveis diferenciados, concretizações da própria dignidade da pessoa humana (SARLET, 2006).

Assim, afirma-se a relação direta entre o princípio da vedação do retrocesso social e a dignidade da pessoa humana, tendo em vista que a dignidade não estará efetivamente resguardada em um cenário no qual predomina uma insegurança jurídica e possibilidade de retrocessão de direitos sociais, de modo de que o cidadão não possa confiar nas instituições estatais, bem comover assegurada certa estabilidade quanto às suas posições jurídicas. Implicitamente ao problema, haveria prejuízo aos direitos fundamentais, que sequer teriam seu núcleo essencial preservado.

5 Conclusão

Analisando os contornos e a aplicabilidade do princípio da vedação do retrocesso social, conclui-se a importância desse princípio como garantia da dignidade da pessoa humana na medida em que busca efetivar e manter os direitos fundamentais positivados sem que haja supressão de tais direitos sem medidas compensatórias.

Cabe ressaltar a existência de considerável aceitação – pelo menos no Brasil e em alguns outros países latino-americanos, assim como na esfera do Direito Internacional – da necessidade de uma proteção jurídica contra o retrocesso em matéria de realização dos direitos sociais e das imposições constitucionais na esfera da justiça social.

Negar reconhecimento e importância ao princípio da vedação do retrocesso social implicaria grave prejuízo à efetividade das normas constitucionais, submetendo os direitos fundamentais dos indivíduos a eventuais discricionariedades praticadas pelo legislador a fim de suprimir garantias, ou, em última análise, admitir que o poder público, a despeito de estar inquestionavelmente vinculado aos direitos fundamentais e às normas constitucionais em geral, dispõe da possibilidade de tomar suas decisões livremente, mesmo em flagrante desrespeito à vontade expressa do Constituinte ordinário.

Referências

- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.
- 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. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.html. Acesso em: 18 mar. 2019.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

DERBLI, Felipe. *O Princípio da Proibição do Retrocesso Social na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

LEITE, Ravênia Márcia de Oliveira. Do Efeito Cliquet ou Princípio da Vedação de Retrocesso. *Portal Jurídico Investidura*, Florianópolis, maio 2009. Disponível em: <http://www.investidura.com.br>. Acesso em: 18 mar 2019.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012a.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro, n. 28, 2010. Disponível em: <http://www.idclb.com.br/indicerevista.html>. Acesso em: 18 mar. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas notas em torno da proibição de retrocesso na esfera dos direitos fundamentais. *Direito & Justiça*, Porto Alegre, 2006. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir>. Acesso em 20 out. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012b.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

OS FUNDAMENTOS DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O DISCURSO DE ÓDIO: EXISTE O DIREITO DE OFENDER PELA PALAVRA?

Bruno Ruiz de Souza¹
Bruno Heringer Júnior²

1 Mestrando em Direito na Fundação Escola Superior do Ministério Público. E-mail: bruizdesouza@gmail.com.

2 Doutor e mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Professor dos programas de graduação e mestrado da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público. E-mail: brunoheringerjunior@gmail.com.

Resumo

O direito à liberdade de expressão constitui uma das primeiras grandes conquistas da humanidade que deram substrato ao conjunto de direitos e garantias de que se dispõe na contemporaneidade, em sociedades livres e protegidas pelo Estado Democrático de Direito. Diante de um paradigma tão importante, emerge a problemática dos possíveis limites e restrições a tal direito, em especial em relação a expressões ou discursos de ódio e discriminação, também conhecidos como *hate speech*, os quais se apresentam como antinômicos com os fundamentos ou justificativas do direito à livre manifestação do pensamento, sejam eles para busca da verdade, para autorrealização pessoal ou para participação democrática.

Palavras chave: Discurso de ódio. Fundamentos. Liberdade de expressão.

Abstract

The right to freedom of speech constitutes one of the first great humankind's conquests that gave substance to the set of rights and guarantees, which are available in contemporaneity, in free and protected by democratic rule of Law societies. Before such an important paradigm, the problematic of possible boundaries and restrictions emerges, especially in relation to expressions or speeches of hate and prejudice, also known as hate speech, which presents as antinomic to the fundamentals or justifications of the free manifestation of thought, which are: the search for the truth, the self-fulfilment and the democratic participation.

Key-words: Hate speech. Fundaments. Freedom of speech.

1 Introdução

O direito à liberdade de expressão constitui uma das primeiras grandes conquistas da humanidade que, associada a outras, deram substrato ao conjunto de direitos e garantias de que se dispõe na contemporaneidade em sociedades livres e protegidas pelo Estado Democrático de Direito. Diante de um paradigma tão importante, emerge a problemática dos possíveis limites e restrições a tal direito, em especial em relação a expressões ou discursos de ódio e discriminação, também conhecidos como *hate speech*.

Por muito tempo, entendeu-se, em especial nos Estados Unidos da América (HERINGER JR., 2018, p. 123-4), que a liberdade de expressão deveria ser considerada preponderante – em *preferred position* – em situações de eventual colisão com outros direitos também protegidos constitucionalmente. Também era de entendimento que expressões, ainda que repugnantes, não poderiam ser tolhidas pelo Estado, cabendo aos próprios indivíduos que se sentissem ofendidos ingressar no debate e exercer a própria liberdade de expressão, rebatendo as ofensas proferidas, se assim entendessem necessário.

Diante desse contexto, pretende-se testar, no presente artigo, a seguinte hipótese: o discurso de ódio estaria protegido pelo direito à livre manifestação do pensamento, a partir dos fundamentos jurídico-filosóficos que o empolgam.

2 Liberdade de expressão e direitos fundamentais

Na formulação clássica de T.H. Marshall (1950, p. 14), os direitos humanos são classificados em três dimensões básicas: direitos civis, direitos políticos e direitos sociais. Tais dimensões – ou gerações – apresentariam raízes históricas próprias, de forma que se poderiam observá-las quase cronologicamente – e muitos o fazem –, com os direitos respectivos sendo conformados sob a influência de acontecimentos sociais e políticos

ocorridos em um século específico: os direitos civis normalmente são atrelados ao século XVIII, os políticos ao XIX e os sociais ao XX. Contudo, não se pode tomar tal sequência cronológica com rigidez, mesmo porque as concepções e as teorias da interpretação a respeito dos direitos fundamentais muito progrediram nas últimas décadas.

Com efeito, como sugere Norberto Bobbio, verifica-se uma intensa maleabilidade político-jurídico dos direitos do homem decorrente de condições históricas específicas, tais como novas carências detectadas, interesses emergentes, classes ou grupos sociais que assumem o poder, transformações técnicas etc. Diante disso, direitos considerados absolutos no século XVIII, por exemplo, sofreram importantes restrições no século XX, assim como direitos que outrora sequer existiam nas primeiras declarações passaram a fazer parte das cartas de direitos mais recentes (BOBBIO, 1992, p. 18).

Os direitos à liberdade, especificamente, em que se desenvolvem a liberdade religiosa e posteriormente, a liberdade de expressão, são considerados integrantes do rol de direitos civis constantes da primeira geração de direitos. Essa dimensão, após seu reconhecimento – ou posituação – pelas unidades políticas, caracteriza-se por implicar uma omissão estatal em relação aos direitos individuais protegidos. Ou seja: a sua tutela ocorre pela via de uma prestação negativa por parte do Estado, em que este se compromete a não interferir na esfera individual de liberdade dos indivíduos, a menos que haja disposição legal expressa em contrário. Mais recentemente, porém, compreendeu-se a insuficiência dessa conformação estrita das liberdades, tendo-se destacado, também, um viés positivo que as integra, consistente no direito de autodeterminar-se reconhecido aos indivíduos, conhecido também como autonomia, o qual pressupõe alguma atuação compensatória do Estado para possibilitar, aos cidadãos, o seu pleno exercício. Essa conformação reforçada das liberdades comporta repercussão política considerável, pois implica o descarte do postulado liberal clássico de um governo absentista em prol de um intervencionismo corretivo de disparidades sociais.

Alguns autores, inclusive, flexibilizam ou até desconsideram a distinção dos direitos em positivos e negativos, dentre outros motivos, pelo fato de não estarem expressamente positivados dessa forma e por exigirem alguma forma de prestação ou de financiamento estatal – por exemplo, até o direito de propriedade depende da existência de um registro de imóveis com fé pública para ser oficialmente exercido (SANKIEVICZ, 2011, p. 51-5).

Já no que concerne particularmente à liberdade de expressão, seus fundamentos justificadores guardam importantes conexões com outros direitos, de natureza tanto política quanto social, o que reforça a conclusão de que se apresenta ultrapassada a visão de que tal direito prescreve única e exclusivamente a não intervenção do Estado nas manifestações dos indivíduos.

Em verdade, como pontua Héctor Faúndez Ledesma (2004, p. 3-4), tem-se a impressão de que a liberdade de expressão, hoje, não apresenta uma concepção uniforme, afigurando-se um “complexo labirinto”. Com frequência, indica-se que a liberdade de expressão constitui uma das formas mais elaboradas de liberdade de pensamento, que prolonga a liberdade consciência e que é uma condição indispensável ao exercício de outros direitos fundamentais. Apesar disso, diversos fatores de ordem social, econômica ou cultural promovem um acesso desigual aos meios de expressão, o que exige a atuação niveladora do poder público. Todos esses aspectos, de um modo ou de outro, integram o plexo normativo da liberdade de expressão.

3 Discurso de ódio

O discurso de ódio é a exaltação, por qualquer meio, de palavras ou textos que possuem o intuito de promover a violência ou diminuir, existencial ou moralmente, algum grupo da sociedade, dirigindo-se normalmente a grupos minoritários. Trata-se de uma emanção pública de uma expressão discriminatória que difama, humilha e segrega o destinatário. O intuito do agente através de tal conduta é instigar a violência, o ódio

ou a discriminação nos demais ouvintes, em desfavor da vítima pertencente a determinado grupo, o qual, em geral, é de caráter racial, étnico, nacional, religioso, sexual ou relativo a gênero (MEYER-PFLUG, 2009, p. 97).

As consequências de tal tipo de ofensa podem ser as mais variadas, tendo em vista a multiplicidade de meios e contextos em que pode ocorrer, assim como a variedade de grupos atacados. Pode-se apontar que, normalmente, tais atitudes geram, nas vítimas individuais, sentimentos de angústia, revolta, medo e vergonha, além de produzirem graves perturbações sociais por atingir profundamente a estima e a imagem dos grupos atacados, inclusive reforçando estereótipos negativos a respeito deles (SARMENTO, 2006, p. 42).

Integram esse tipo de manifestação os discursos racistas, antissemitas, islamofóbicos, contra moradores de rua, contra pessoas deficientes, misóginos, contra os povos nativos, homofóbicos, entre tantos outros que estimulem o preconceito e a discriminação e promovam o ódio contra os integrantes de determinados segmentos sociais. Trata-se de prática extremamente nociva, já que fomenta a segregação e o sentimento de não pertença dos membros dos grupos atacados, afrontando valores e princípios basilares do Estado Democrático de Direito, razão pela qual avulta em importância o seu enquadramento à luz dos balizamentos jurídicos, principalmente os de ordem constitucional.

4 Fundamentos da liberdade de expressão

Bobbio pontua não ser possível, tampouco desejável ou necessário, o destaque de um fundamento único e irrefutável que justifique todos os direitos humanos. Isso se dá, dentre outros motivos, em decorrência da constante modificação e criação de novos direitos. Por isso, segundo ele, o “problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas de protegê-los”, devendo-se abandonar a tarefa de tentar apontar-lhes algum fundamento absoluto e, em vez

disso, “buscar, em cada caso concreto, os vários fundamentos possíveis” (BOBBIO, 1992, p. 24). Apesar da observação, Miguel Carbonell (2011, p. 87) pondera que “não cremos que na América Latina possamos dar-nos o luxo de deixar de oferecer bons argumentos a favor de certos direitos”.

Assim, relativamente à liberdade de expressão, em particular, não se trata de encontrar um fundamento último inquestionável, mas de entender quais são, hoje, as justificativas que legitimam a livre expressão como um direito humano ou fundamental, destacando o porquê e o para quê de sua consagração política e jurídica. Comumente, são associadas três razões sócio-políticas justificadoras da liberdade de expressão: i) o descobrimento da verdade; ii) a autorrealização pessoal; e iii) a participação democrática (CARBONELL, 2011, p. 88).

No que diz respeito ao argumento do descobrimento da verdade, ele consiste na crença ou expectativa de que, se cada indivíduo puder expor suas ideias livremente, contrastando-as com as ideias dos demais, mais provavelmente se alcançará a verdade ou um conhecimento próximo a ela. Isso consiste no que alguns autores chamam de “mercado de ideias”³, ou seja, o postulado de que o debate aberto promove a competição dos argumentos conflitantes, favorecendo, assim, a revelação da verdade ao público. Isso não significa, porém, que só se possa exprimir a verdade, nem que toda verdade tenha que vir à tona, já que, nesse ponto, outros interesses ou valores superiores podem limitar o alcance da liberdade de expressão, como o direito à privacidade. Por outro lado, é exatamente devido a tal fundamento que se autorizam algumas restrições à liberdade de expressão em alguns países, como a proibição de veiculação de propaganda enganosa a respeito de determinado produto (CARBONELL, 2011, p. 88-90).

Já quanto ao argumento da autorrealização, a liberdade de expressão permite que nos realizemos como pessoas, propiciando nosso crescimento intelectual e moral. A liberdade

³ A expressão “marketplace of ideas” foi utilizada pelo Justice Oliver Wendell Holmes, em 1919, em sua “dissenting opinion” no julgamento do caso *Abrams v. United States* (NOWAK; ROTUNDA, 2000, p. 1.061).

de expressão, nesse sentido, nos propicia um maior amadurecimento e uma maior reflexão pessoal, beneficiando tanto ao indivíduo quanto a sociedade como um todo, aproximando-se da ideia de felicidade (CARBONELL, 2011, p. 90). Evidentemente, esse fundamento, se tomado isoladamente, seria insuficiente para justificar o direito à liberdade de expressão, visto que não compreenderia, por exemplo, as pessoas jurídicas nem as associações, pois essas não possuem consciência moral nem necessidade de autorrealização (CARBONELL, 2011, p. 91).

Por fim, quanto ao argumento da participação democrática, tal justificativa está relacionada ao debate público das questões pertinentes à nação e à democracia deliberativa. Nesse aspecto, a liberdade de expressão permite e propicia: levar ao conhecimento dos cidadãos os assuntos de relevância política, assim como a participação na construção do sistema democrático; desenvolver o princípio da responsabilidade estatal, visibilizando os atos do governo e discutindo as melhores alternativas de políticas públicas; alimentar as campanhas partidárias, confrontar as ideias dos candidatos, exercer críticas contra os maus funcionários e propor modelos mais funcionais sobre a forma de governo (CARBONELL, 2011, p. 90-1). Com efeito, o cientista político Robert Dahl aponta:

Para começar, a liberdade de expressão é um requisito para que os cidadãos realmente participem da vida política. Como poderão eles tornar conhecidos seus pontos de vista e persuadir seus camaradas e seus representantes a adotá-los, a não ser expressando-se livremente sobre todas as questões relacionadas à conduta do governo? Se tiverem de levar em conta as ideias de outros, será preciso escutar o que esses outros tenham a dizer. A livre expressão não significa apenas ter o direito de ser ouvido, mas ter também o direito de ouvir o que os outros têm para dizer (DAHL, 2001, p. 110).

À luz desses fundamentos justificadores da consagração jurídica da liberdade de expressão, cumpre, enfim, avaliar se a veiculação de discurso de ódio é admitida pelos contornos desse direito humano ou fundamental.

4.1 O discurso de ódio e a autorrealização pessoal

Decerto que a liberdade de expressão, como autodesenvolvimento do ser humano, está intrinsecamente ligada ao direito à liberdade de pensamento e de consciência – assim como à dignidade –, sendo este um dos motivos pelos quais a intervenção estatal na esfera do pensamento e das ideias de cada indivíduo é extremamente lesiva e indesejada, por mais absurdas ou ofensivas que possam parecer. Existem, porém, importantes ressalvas que excepcionam o discurso de ódio neste aspecto.

De fato, se o enfoque do suposto direito do emissor em propagar mensagens odiosas é deslocado para o rol de direitos do destinatário de tais mensagens, seja ele um indivíduo pertencente a um grupo ou mesmo um grupo em si, tem-se uma clara colisão de interesses. Isso porque tais mensagens visam desumanizar, humilhar e segregar o público-alvo, configurando, assim, manifesta ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana. E é importante ressaltar que a dignidade humana é um dos princípios justificadores da liberdade de expressão, entendendo-se não ser cabível a defesa do livre discurso se sua finalidade é justamente atentar contra seu próprio fundamento. Nesse ponto, Meyer-Pflug (2009, 128-129) aponta que “a discriminação e a desigualdade são incompatíveis com a dignidade da pessoa humana”, razão pela qual o discurso de ódio “deve ser combatido.”

Além disso, como bem destaca Sarmiento (2006, p. 38), o discurso de ódio tem um efeito silenciador sobre as suas vítimas, assim como sobre o grupo ao qual elas pertencem, sendo isso, por si só, uma restrição sensível à livre expressão, já que inibe os destinatários da mensagem de participar do debate público, corrompendo o seu funcionamento.

4.2 O discurso de ódio e a busca da verdade

No que diz respeito à liberdade de expressão como meio de buscar a verdade, ou de afastar a mentira, ou mesmo de encontrar a resposta mais adequada a um problema latente, os clássicos defensores do discurso irrestrito, a exemplo de Mill (2001), defendem que as ideias devem ser postas à prova, contrastando-as com as demais existentes na sociedade. Aponta-se que, mesmo que uma determinada opinião pareça absurda, ela não deve ser reprimida, pois existe alguma chance de ela ser verdadeira ou parcialmente verdadeira, ainda que não seja percebida dessa forma naquele dado momento histórico. Além disso, mesmo que a opinião seja manifestamente falsa, também deve ser permitida sua veiculação, uma vez que a multiplicidade de opiniões sempre aprimora o debate, considerando que a correção de dada assertiva é reforçada pelo contraste com manifestações disparatadas (SARMENTO, 2006, p. 30).

Considera-se, portanto, que o simples fato de as mensagens de ódio serem preconceituosas e, por isso, imorais, seria insuficiente para restringir o direito à livre expressão, ao menos no que toca à justificação da busca pela verdade. O que se pondera, porém, é que tal tipo de discurso, agressivo e degradante, inviabiliza a própria existência de um debate verdadeiramente público. Entende-se que a mera irrogação de ofensas discriminatórias na esfera societária, por ser baseada em inverdades difamantes, em nada colabora com a discussão aberta de pontos de vistas diferentes, podendo até mesmo ameaçá-la (SARMENTO, 2006, p. 31-2).

4.3 O discurso de ódio e a participação democrática

Conforme constatou-se anteriormente, existe uma relação simbiótica entre governo democrático e o direito à livre expressão. Como se coloca, pois, a questão das manifestações de ódio em relação ao exercício da democracia? Na linha dos aspectos já destacados anteriormente, o *hate speech* acarreta, além de menoscabo à dignidade das vítimas, seu isolamento e sua segregação, comprometendo, assim, a igualdade – que é outro pressuposto de grande importância à democracia – e o próprio debate político, porquanto desestimula, pelo medo, a participação dos integrantes dos grupos

afetados pelas manifestações discriminatórias. Aliás, Robert Dahl (2001, p. 91-92), nesse ponto, ressalta a indispensabilidade da inclusão social para a formação de uma democracia hígida, de modo que qualquer atitude que leve ao silenciamento de determinado grupo social deve ser tratada como antidemocrática.

Outro efeito esperado quando da manifestação do discurso de ódio é a resposta violenta pelos interlocutores ofendidos irredimidos, seja por meio de palavras ou atos (SARMENTO, 2006, 33-4). E nenhuma manifestação de violência é benéfica ao debate democrático, visto que esse regime visa à convivência harmônica e ao progresso social através do debate pacífico, ainda que em meio a opiniões divergentes.

5 Considerações finais

O direito à liberdade de expressão consta do rol de direitos civis, também conhecidos como direitos de primeira geração, os quais, em sua origem, tinham por escopo garantir a não interferência do Estado na esfera da vida privada dos cidadãos. Hoje, porém, é possível fundamentar, de forma legítima, que o Estado deve intervir em determinadas hipóteses, impondo limites e restrições aos discursos que circulam socialmente. Ressalta-se, todavia, a necessidade de cautela em sua regulamentação, considerando que tal direito é dotado de significativo valor histórico, uma vez que é voltado à implementação de importantes objetivos sociais e políticos que lhe servem de embasamento: a autorrealização pessoal, a busca da verdade e a participação democrática.

O discurso de ódio, porém, não encontra albergue no plexo normativo que dá cobertura às diversas manifestações da liberdade de expressão, uma vez que é flagrantemente antinômico com os próprios fundamentos que justificam esse direito nos Estados Democráticos de Direito contemporâneos. Com efeito, o *hate speech*, como propagador de ódio e preconceito e como promovedor de discriminação, atenta contra a dignidade humana dos integrantes dos grupos atacados, empana a verdade e conspurca o debate po-

lítico, malferindo, desse modo, o próprio direito que pretende ser exercido.

Simplesmente, o discurso intolerante não deve ser tolerado.

Referências

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

CARBONELL, Miguel. El fundamento de la libertad de expresión en la Democracia Constitucional. *In: Libertad de expresión: debates, alcances y nueva agenda*. Quito: UNESCO, 2011, n. 95, p. 87-96.

DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor. **Los límites de la libertad de expresión**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.

HERINGER JR., Bruno. Nada pessoal: Multiculturalismo e crimes de ódio na experiência estadunidense. *In: Revista de Estudos Criminais*. Porto Alegre/São Paulo: ITEC/Síntese, 2018, ano XVII, n. 68, p. 111-127.

MARSHALL, T. H. **"Citizenship and social class" and other essays**. Cambridge: Cambridge University Press, 1950.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de expressão e discurso de ódio**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MILL, John Stuart. **On liberty**. Ontário: Batoche Books, 2001.

NOWAK, John E.; ROTUNDA, Ronald D. **Constitutional Law**. 6ª ed. St. Paul/Minn.: West Group, 2000.

SANKIEVICZ, Alexandre. **Liberdade de expressão e pluralismo**. São Paulo: Saraiva, 2011.

SARMENTO, Daniel. **A liberdade de expressão e o problema do hate speech**. Rio de Janeiro, 2006. Disponível em: <http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/19-a-liberdade-de-ex->

pressao-e-o-problema-do-hate-speech/a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech-daniel-sarmento.pdf. Acesso em: 20 nov. 2018.

WOLKMER, Antonio Carlos. "Direitos humanos: novas dimensões e novas fundamentações". *In: Revista Direito em Debate*. Ijuí: UNI-JUI, 2002, v. 11, n. 16-17.

