

**ROGÉRIO GESTA LEAL
RAQUEL FABIANA LOPES SPAREMBERGER
COORDENADORES**

ANAIS DO I SEMINÁRIO NACIONAL

**TUTELAS À
EFETIVAÇÃO DE
DIREITOS
INDISPONÍVEIS**



2016
WWW.FMP.EDU.BR



CONSELHO ADMINISTRATIVO

David Medina da Silva - Presidente

Cesar Luis de Araújo Faccioli - Vice-Presidente

Fábio Roque Sbardellotto - Secretário

Alexandre Lipp João - Representante do Corpo Docente

DIREÇÃO DA FACULDADE DE DIREITO

Fábio Roque Sbardellotto

COORDENADOR DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

Luis Augusto Stumpf Luz

CONSELHO EDITORIAL

Anizio Pires Gavião Filho

Fábio Roque Sbardellotto

Guilherme Tanger Jardim

Luis Augusto Stumpf Luz

ROGÉRIO GESTA LEAL
RAQUEL FABIANA LOPES SPAREMBERGER
COORDENADORES

ANAIS DO I SEMINÁRIO NACIONAL

**TUTELAS À
EFETIVAÇÃO DE
DIREITOS
INDISPONÍVEIS**



2016

© FMP 2016

CAPA: Adriana de Lima Pedroski

DIAGRAMAÇÃO: Evangraf

REVISÃO DE TEXTO: Evangraf

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

Web site: www.fmp.edu.br

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

S471 Seminário Nacional Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis
(1. : 2015 : Porto Alegre, RS) Anais do I Seminário Nacional Tutelas
à Efetivação de Direitos Indisponíveis [recurso eletrônico] / Rogério
Gesta Leal, Raquel Fabiana Lopes Sparemberger, coordenadores. -
Dados eletrônicos - Porto Alegre: FMP, 2016.

576 p.

Modo de acesso: <<http://www.fmp.edu.br/publicacoes>>

ISBN 978-85-69568-03-2

1. Direito. 2. Direitos Fundamentais. 3. Democracia. 4. Combate à
Corrupção. I. Leal, Rogério Gesta. II. Sparemberger, Raquel Fabiana
Lopes. 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

As relações sociais e institucionais contemporâneas estão marcadas por níveis de tensionalidades os mais diversos, envolvendo problemas de ordem econômica, política, ideológica, dentre outros, gerando multiplicidades de conflitos de difícil equação, a ponto de Ralf Dahrendorf sustentar que esta sociedade tem como marca a exclusão, o conflito social, e tal não se dá fundamentalmente entre classes, mas em face da desigualdade, da crescente pobreza e da perda de liberdade.¹

Sob a perspectiva sociológica há quem diga, como Durkheim, que esses conflitos e tensões sociais evidenciam algo de *próprio* das relações intersubjetivas e institucionais em ambientes de alta competitividade e disputas, decorrendo daí muitos comportamentos tipificados penalmente. Por certo que essa tese não pode ser admitida facilmente, até porque estar-se-ia aceitando o argumento de que a criminalidade e o conflito são da *natureza* daquelas relações, quando, na verdade, a sociologia mais contemporânea já demonstrou que há elementos culturais, econômicos e políticos que interagem nesses horizontes, evidenciando variáveis mais contingentes do que necessárias às suas ocorrências.²

1 DAHRENDORF, Ralf. *En busca de un nuevo orden: una política de libertad para el siglo XXI*. Barcelona: Paidós, 2005.

2 Ver os textos de QUINNEY, Richard. *The social reality of crime*. Boston: Little, Brown and Company, 1980; e o livro *Critique of legal order: crime control in capitalist society*. Boston: Little, Brown and Company, 1992. Sem falar em autores clássicos, como: (a) Gabriel Tarde, em seu texto *Las leyes de la imitación*. Madrid: Daniel Jorro, 1907, com sua tese de que a criminalidade se imita como na moda; (b) Edwin Hardin Sutherland, nos seus *Principles of criminology*. Chicago: J. B. Lippincott Co., 1947, para quem o crime se aprende no âmbito da convivência social mediante processos similares às condutas ajustadas ao Direito (*social learning*). Ver também o excelente

Alguns autores, como Ulrich Beck, têm denominado tais fenômenos como próprios da Sociedade de Risco³, ou seja, uma sociedade globalizada sob o ponto de vista econômico, na qual os problemas e soluções se generalizam cada vez mais, e se referem a ambientes coletivos mais do que individuais, o que impacta as decisões tomadas nesse âmbito, eis que afetam a muitas pessoas e comunidades.

Esta Sociedade de Risco gera várias situações de insegurança e descontroles pessoais e institucionais, fragilizando ou ao menos colocando em xeque, por vezes, os mecanismos de garantias de direitos - notadamente os estatais, exatamente porque se apresentam com lógica e funcionalidades não antes vistas. Em ambiências assim exurgem respostas igualmente radicais (e não satisfativas), para tentar aplacar os sentimentos de impotência em face do que é conjuntural: violência, criminalidade, desrespeito a direitos fundamentais e a novos direitos, mais difusos e coletivos do que individuais, descréditos das representações políticas oficiais, dentre outros.

Na perspectiva de Luhmann, por outra via, a Sociedade de Riscos apresenta-se como um mundo de escuridão no qual a visão não alcança muito longe, e na qual o risco se apresenta como unidade de medida civilizatória, razão pela qual o conceito de *segurança* exsurge como contraponto racional e institucional - a despeito de ser um conceito vazio.⁴ Daí por que tal sociedade evidencia certo tipo de desenvolvimento

texto de MOLINA, Antonio García-Pablos de. *Manual de criminología: introducción y teorías de la criminalidad*. Madrid: Espasa-Calpe, 1988.

- 3 Ver, dentre outras obras do autor: BECK, Ulrich. *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*. trad. Bernardo Moreno y M.^a Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 2001; *La democracia y sus enemigos*. trad. Daniel Roberto Álvarez. Barcelona: Paidós, 2000; *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. trad. Jorge Navarro, Daniel Jiménez y M.^a Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 1998; *Teoría de la sociedad del riesgo*. In: *Las consecuencias perversas de la modernidad*. trad. Celo Sánchez Capdequí. Barcelona: Anthropos, 1996; *De la sociedad industrial a la del riesgo*. In: *¿Hacia una sociedad del riesgo?* trad. Alejandro del Río Herrmann. Madrid, Revista de Occidente, n. 150, 1993; *La reivindicación de la política: hacia una teoría de la modernización reflexiva*. In: *Modernización reflexiva: política, tradición y estética en el orden moderno*. trad. Jesús Alborés. Madrid: Alianza Universidad, 2001.
- 4 LUHMANN, Niklas. El concepto de riesgo. In: *Las consecuencias perversas de la modernidad*. Barcelona: Anthropos, 1996. p. 123 e seguintes. Luhmann lembra que, aqui, o risco difere do perigo, eis que o primeiro seria o eventual dano produto da decisão humana, enquanto que o segundo apresentar-se-ia como o hipotético dano causado pelo mundo exterior ou entorno (proveniente da natureza); assim, a *segurança* deveria representar a aversão ao risco e ser capaz de evitar o perigo.

que se notabiliza pela dinâmica de criação de riscos de diversas ordens (políticos, difusos, coletivos, individuais não homogêneos, ambientais, de segurança etc.).

Por tamanha obscuridade e equívocos de perspectivas, a Sociedade de Riscos também gera visibilidades turvas de horizontes possíveis e reais, dando maior destaque àquilo que não se pode fazer do que ao que se deveria fazer, e assim gerando os chamados *imperativos de evitação* de que fala Beck.⁵

De qualquer sorte, e tomando todos os cuidados para que este conceito de Sociedade de Risco não justifique expansionismos normativos e estatais de redução de direitos ou violação de garantias conquistadas a duras penas (direitos fundamentais, devido processo legal, ampla defesa, contraditório em processos e procedimentos judiciais ou administrativos etc.), em nome da insegurança gerada por níveis elevados de violência e criminalidade social (alguns até exageradamente potencializados inclusive pelos meios de comunicação de massa), pode-se reconhecer como verossímil a percepção de precariedade do presente e futuro da democracia, em face dos riscos permanentemente existentes a ela e sua cidadania. Não que todos esses riscos representem catástrofes demiúrgicas, mas todos são preocupantes porque colocam em situação de instabilidade (uns mais que outros) a ordem democrática.

No momento em que a Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul (FMP) conquista seu Mestrado em Direito - no mês de dezembro de 2015 -, a publicação que vem à tona reflete tão somente a maturidade alcançada pela instituição e seus professores e pesquisadores no âmbito da formação e investigação científicas sobre os temas referidos.

Esta obra explicita algumas sínteses dos projetos de pesquisa dos professores e alunos de várias instituições que dialogam entre si, e estamos falando das Universidades de Fortaleza (Unifor), Ceará; da Universidade do Vale do Itajaí (Univali), Santa Catarina; da Universidade

5 BECK, Ulrich. *Teoría de la sociedad del riesgo*. Op. cit., p. 214.

Federal do Pernambuco (UFPE), Universidade Católica de Pernambuco (Unicap), Universidade de Santa Cruz do Sul (Unisc) e da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP), as quais constituíram o I Seminário Nacional Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis, ocorrido nos dias 22 e 23 de outubro de 2015, indo ao encontro, portanto, das diretrizes do Comitê de Área da Capes para valorizar eventos e publicações decorrentes desses eventos.

A organização de uma obra coletiva como esta, cujo título carrega a pretensão de debater temas jurídicos, é sempre um desafio, sendo, ao mesmo tempo, gratificante. Essa iniciativa nada mais é do que a abertura de um espaço de interlocução entre docentes e discentes de instituições sérias preocupadas com temas do cotidiano. A preocupação com tais temáticas se reflete em todos os textos aqui apresentados, no sentido de contribuir e alertar acerca das principais discussões a respeito das relações entre o social, o jurídico e o político nas sociedades contemporâneas. Demonstrar que o Direito está passando por transformações e clama por novas posturas diante da realidade é o principal objetivo de todos os textos aqui explicitados. Os trabalhos de alunos e professores aqui publicados passaram por severo e criterioso processo de avaliação cega, além do que foram todos discutidos nas suas apresentações perante amplo público participante, tendo agregado os frutos desses debates em suas versões finais, materializando em mais esse segmento a integração exercitada nas práticas acadêmicas, cada vez mais imprescindível em termos de construção cultural e intelectual.

Temos certeza de que estes Anais serão apenas o marco matriz de tantos outros, explorando e aprofundando as questões que nos afetam tanto.

Uma boa leitura a todos.

*Professor Titular Dr. Rogério Gesta Leal e
Profa. Dra. Raquel Sparemberger
Coordenadores dos Anais*

SUMÁRIO

¿HAY EN AMÉRICA LATINA UN NEOCONSTITUCIONALISMO O UN NUEVO CONSTITUCIONALISMO? Ana Maria D'Ávila Lopes	10
CONSTITUIÇÃO E DIREITOS ENTRE O NEOCONSTITUCIONALISMO E O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO Gustavo Ferreira Santos	29
TRANSNACIONALIZAÇÃO, SUSTENTABILIDADE E O NOVO PARADIGMA DO DIREITO NO SÉCULO XXI Paulo Márcio Cruz	36
O IDEAL E O REAL EM DIREITOS HUMANOS: A NECESSÁRIA RECIPROCIDADE ENTRE OS PRINCÍPIOS UNIVERSAIS E AS FORMAS CONCRETAS DE VIDA Maurício Martins Reis e Raquel Fabiana Lopes Sparemberger	63
OS TENSOS EQUILÍBRIOS SOCIAIS NA SOCIEDADE DE RISCOS: REFLEXÕES PRELIMINARES Rogério Gesta Leal	88
DEMOCRACIA, DIREITOS FUNDAMENTAIS E JURISDIÇÃO Anizio Pires Gavião Filho	123
LIBERDADE DE CONSCIÊNCIA E DIREITO PENAL: CRÍTICA À DECISÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO JULGAMENTO DO <i>HABEAS CORPUS</i> Nº 268.459/SP Bruno Heringer Júnior	148
A EVOLUÇÃO DA TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA: ASPECTOS MATERIAIS E PROCESSUAIS José Tadeu Neves Xavier	161

UMA CRÍTICA HERMENÊUTICA AO PROTAGONISMO JUDICIAL: APONTAMENTOS PARA UM PROCESSO JURISDICIONAL DEMOCRÁTICO Francisco José Borges Motta.....	198
O SUPERENDIVIDAMENTO DO CONSUMIDOR NOS PAÍSES-MEMBROS DO MERCOSUL Cristina Stringari Pasqual e Anizio Pires Gavião Filho.....	217
O DIREITO FUNDAMENTAL À CIDADE E A PARTICIPAÇÃO POPULAR NOS PLANOS URBANÍSTICOS Maren Guimarães Taborda.....	242
PLANEJAMENTO URBANO E PLANO DIRETOR NO CONTEXTO DE GESTÃO DEMOCRÁTICA PÓS-ESTATUTO DA CIDADE Betânia de Moraes Alfonsin	267
O DIREITO ORIGINÁRIO DOS ÍNDIOS BRASILEIROS SOBRE AS TERRAS QUE TRADICIONALMENTE OCUPAM Gabriel Moura de Oliveira e Handel Martins Dias.....	289
SOBRE A PROCESSUALÍSTICA UNIVERSITÁRIA: O ENSINO DO DIREITO PROCESSUAL PENAL NO BRASIL E SEU ATUAL ESTÁGIO Mauro Fonseca Andrade	310
A TRANSPARÊNCIA E O DEVER DE INFORMAÇÃO NA LEI ANTICORRUPÇÃO BRASILEIRA Denise Bittencourt Friedrich e Fabio Roque Sbardelotto.....	368
¿COOPERACIÓN ANTICORRUPCIÓN EN EL MERCOSUR? UN ANÁLISIS DEL PERÍODO 2003-2015 Leonardo Granato	394
LEI ANTICORRUPÇÃO BRASILEIRA: BREVE ESTUDO DA RESPONSABILIDADE DA PESSOA JURÍDICA Chaiene Meira de Oliveira.....	412
O NEPOTISMO FRENTE AO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL: CRITÉRIOS DE CONDENAÇÃO E ABSOLVIÇÃO Rafael Santin Brandini e Ramônia Schmidt	436
PATOLOGIAS CORRUPTIVAS E AS MÚLTIPLAS FACES IMBRICADAS À RELEVÂNCIA DA TUTELA DOS DIREITOS HUMANOS Jonathan Augustus Kellermann Kaercher	453

UMA ANÁLISE DOS PORTAIS DA TRANSPARÊNCIA DO RIO GRANDE DO SUL E A SUA IMPORTÂNCIA PARA CONCRETIZAÇÃO DO CONTROLE SOCIAL

Cynthia Gruendling Juruena e Ricardo Hermany 473

A CORRUPÇÃO E OS SEUS EFEITOS NEGATIVOS COM RELAÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Caroline Fockink Ritt..... 489

A PARTICIPAÇÃO POPULAR POR MEIO DOS CONSELHOS MUNICIPAIS: A QUALIDADE DA TOMADA DE DECISÃO EM POLÍTICAS PÚBLICAS A PARTIR DA TEORIA DA DEMOCRACIA DELIBERATIVA

Augusto Carlos de Menezes Beber e Caroline Müller Bitencourt 512

OS CRIMES NA LEI DE LICITAÇÕES: PRINCIPAIS ASPECTOS LEGAIS E JURISPRUDENCIAIS

Bruna Henrique Hübner..... 538

UMA BREVE ANÁLISE ACERCA DA ORIGEM HISTÓRICA DO ESTADO MODERNO E SUA ÍNTIMA RELAÇÃO COM O PROBLEMA CRÔNICO MUNDIAL DA CORRUPÇÃO

Juliana Machado Fraga e Cynthia Gruendling Juruena 557

¿HAY EN AMÉRICA LATINA UN NEOCONSTITUCIONALISMO O UN NUEVO CONSTITUCIONALISMO?

ANA MARIA D'ÁVILA LOPES¹

INTRODUCCIÓN

Hace ya un buen tiempo que la doctrina europea viene haciendo referencia a un neoconstitucionalismo. Paralelamente, juristas, como Nuria Belloso Martín, vienen destacando el surgimiento de un nuevo constitucionalismo latinoamericano. ¿Son esos dos fenómenos iguales? ¿El llamado nuevo constitucionalismo latinoamericano es sólo una copia del neoconstitucionalismo europeo o es un fenómeno diferente con características propias?

Son esos cuestionamientos que buscamos responder en el presente artículo. Con ese objetivo, iniciamos el trabajo presentando algunas reflexiones sobre el significado de constitucionalismo. Seguidamente, definimos, caracterizamos y cuestionamos el llamado neoconstitucionalismo. Finalmente, defendemos la existencia no de un neoconstitucionalismo, mas de un nuevo constitucionalismo latinoamericano.

¹ Doctora en Derecho Constitucional por la Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG (Brasil). Profesora Titular del Programa de Posgrado en Derecho de la Universidade de Fortaleza - Unifor (Brasil).

I. CONSTITUCIONALISMO: APROXIMACIONES CONCEPTUALES

De la misma manera que la gran mayoría de los términos jurídicos, la palabra *constitucionalismo* no encuentra aún una acepción uniforme en la doctrina. Autores como André Ramos Tavares (2008, p. 17) hacen referencia a los varios sentidos de la palabra:

- a) Movimiento político-social que busca limitar el poder arbitrario del gobernante;
- b) Imposición de cartas escritas;
- c) Función y papel de una constitución en la sociedad;
- d) Evolución histórico-constitucional de un determinado Estado.

Sin desconocer la importancia de los aportes teóricos de Ramos Tavares, consideramos que sólo es posible hablar de constitucionalismo cuando las constituciones hacen su aparición en el escenario jurídico-político, es decir, apenas a finales del siglo XVIII. Fue en esa época que, gracias a las ideas del iluminismo y de los movimientos socio-políticos que culminaron con la Independencia Americana de 1776 y la Revolución Francesa de 1789, surgieron lo que hoy entendemos por constituciones. Una constitución es la norma jerárquica superior de un sistema jurídico que objetiva organizar un Estado de Derecho. Así, apenas tiene sentido hablar de constitucionalismo cuando estamos frente a un Estado de Derecho.

Un Estado de Derecho no es cualquier Estado, sino él que comienza a concretizarse a finales del siglo XVIII y cuyos fundamentos teóricos tienen sus raíces en el iluminismo. Son cuatro los rasgos característicos de un Estado de Derecho:

- a) El imperio de la ley, que se manifiesta por medio del principio de la legalidad (nadie es obligado a hacer o dejar de hacer alguna cosa sino en virtud de la ley);
- b) La soberanía en sus dos vertientes, es decir, tanto la soberanía

del Estado en cuanto poder que no reconoce otro superior (*summa potestas*), conforme propuesto por Bodin (2006) ya en el siglo XVI, como la soberanía popular, defendida por Sièyes en su obra “Qué es el tercer Estado?” (2008), en la cual atribuyó al pueblo la titularidad del poder soberano, por ser el que sustentaba a los otros dos estados (clero y nobleza);

- c) La separación de poderes, propuesta por Montesquieu (2007) con el objetivo de evitar los maleficios de la concentración del poder en un único órgano que, durante siglos, agobiaron el continente europeo, bajo el dominio de las monarquías absolutistas;
- d) Los derechos naturales, entendidos como aquellos que todo ser humano tiene apenas por el hecho de ser un ser humano, es decir, derechos inherentes a todos y anteriores al Estado. Es una teoría que nace en un contexto de lucha por la laicidad del Estado y de la necesidad de fundamentarlo y limitarlo sin invocar fundamentos religiosos. Los derechos naturales constituirían esos límites.

Esas cuatro características deben estar presentes simultáneamente, es decir, Estado de Derecho es aquel donde impera la ley elaborada por el pueblo por medio de sus representantes electos y cuya obligación es respetar los derechos naturales de todo ser humano. Un Estado de Derecho debe ser regulado por medio de una norma denominada *constitución*, entendida ésta como la manifestación suprema de la voluntad soberana del pueblo. Es en una constitución que el pueblo expresa como quiere que su Estado se organice y los derechos que éste debe respetar.

La primera forma de Estado de Derecho, surgida a finales del siglo XVIII, fue la de un Estado Liberal, o también llamado Estado Mínimo o Gendarme, el cual se caracterizó por su abstencionismo. Es un Estado que preconiza la no intervención en la vida de los particulares. Ese reduccionismo de las funciones estatales será la causa del agravamiento de la desigualdad social, potencializada aún más con la Revolución Industrial, pues será en las fábricas del siglos XIX que la exploración del ser humano alcanzará su versión más drástica.

Esa situación de exploración será denunciada por diversos movimientos, los que reivindicarán derechos para la clase trabajadora, provocando el surgimiento de un nuevo tipo de Estado de Derecho, el Social, caracterizado, principalmente, por prever normas de protección a los trabajadores. Ejemplos paradigmáticos de esa nuevo modelo son las constituciones de México de 1917 y de Weimar de 1919.

No obstante los avances conquistados con el Estado Social en defensa de los trabajadores y de la parcial disminución de la desigualdad social, el intervencionismo estatal adquirirá formas extremas, dando lugar a Estados fascistas y totalitarios, causadores de la Segunda Guerra Mundial.

La Segunda Guerra Mundial mostrará al mundo no sólo la necesidad de proteger internacionalmente los derechos humanos, sino también la necesidad de un modelo de Estado capaz de equilibrar el respeto a la libre iniciativa del modelo Liberal y la protección de los trabajadores del Estado Social.

De esa forma, surgirá, en la mitad del siglo XX, el Estado Democrático, en el cual el pueblo no apenas es considerado el titular del poder soberano, que ejerce directa o indirectamente por medio de sus representantes libremente electos, sino en el cual el Estado debe tener como objetivo principal la efectividad de sus derechos. Es un Estado donde el gobierno es del pueblo, por el pueblo y para el pueblo, conforme la famosa definición de democracia de Abraham Lincoln (*on-line*).

Durante ese transcurso histórico, las constituciones fueron sufriendo alteraciones conceptuales. Así, criadas inicialmente para regular los Estados de Derecho a finales del siglo XVIII, no pasaron, por influencia del Positivismo, de hojas de papel, conforme denunciara Ferdinand Lassalle (1980). Con el Estado Social, ganaron cierta efectividad, especialmente cuando Europa tuvo que ser reconstruida después de las dos guerras mundiales. Sin embargo, el Positivismo continuó mellando su sentido, al impedir cualquier aplicación que no se restringiese a una falsa neutralidad axiológica impuesta por el *establishment*. Las atrocidades cometidas contra millones de personas durante la Segunda Guerra Mundial

son la mejor prueba de cómo las normas, no sólo las constitucionales, pueden ser instrumentos de dominio y opresión y no de protección y liberación.

Fueron esos hechos los que mostraron que una constitución no es una norma axiológicamente neutra y que, siendo así, los valores contenidos en su texto y en su aplicación no pueden estar bajo la merced de los gobernantes. Las constituciones son normas que deben reflejar la voluntad soberana del pueblo debiendo, por lo tanto, ser realmente elaboradas y aplicadas democráticamente: del pueblo, por el pueblo y para el pueblo. Es ese el sentido de un Estado Democrático, de una constitución democrática.

Esa nueva realidad desafió a los constitucionalistas de finales del siglo XX, acostumbrados a “constituciones hojas de papel”, que sólo sirven para atender los intereses de las clases dominantes. Normas cuya falsa neutralidad ayudó, durante siglos, a ignorar y oprimir a las minorías. Es contra ello que surgió, en Europa, el neoconstitucionalismo, conforme pasamos a explicar a seguir.

2. NEOCONSTITUCIONALISMO: CARACTERÍSTICAS Y CRÍTICAS

El neoconstitucionalismo comenzó a ser propuesto como una forma de responder a los cambios conceptuales de las constituciones de finales del siglo XX.

Adotando uma concepção preceptivo-substantiva, a constituição não é só a norma de grau jurídico-hierárquico mais elevado, mas constitui a norma axiologicamente suprema. A constituição então não exige só respeito, não é só vínculo negativo para o legislador, ela impõe o próprio progresso e a própria declinação positiva. A constituição representa o ponto de conexão entre a esfera jurídica e a esfera moral veiculando uma concepção da justiça que avança pretensões universais. Nesse sentido o direito do estado constitucional

não deve ser só legal, mas também justo: avança pretensões de justiça (POZZOLO, 2006, p. 235).

Fue Susanna Pozzolo (1998) que, en el XVIII Congreso Mundial de Filosofía Social y Jurídica celebrado en 1997 en la ciudad de Buenos Aires, utilizó por la primera vez la expresión *neoconstitucionalismo* para “identificar una perspectiva jusfilosófica que se coloca como intermediária entre positivismo jurídico e jusnaturalismo: doutrinas das quais o neoconstitucionalismo teria, por assim dizer, eliminado os defeitos e reunidos os méritos” (POZZOLO, 2006, p. 236).

Actualmente, la expresión neoconstitucionalismo viene siendo utilizada por diversos autores, aunque no siempre con el mismo sentido que el original. En el medio de esa diversidad de posiciones, Gomes Canotilho identifica algunas características en común:

En primer lugar, el neoconstitucionalismo se adhiere a una concepción de constitución “juridificadora” de la política (tal como el “moderno derecho constitucional”), insistiendo en esquemas metodológicos de interpretación y aplicación que optimicen las normas - sobre todo de los principios constitucionales- con la consecuente presión de juridificación de la política. En segundo lugar, el neoconstitucionalismo pretende mostrar la importancia de los principios fundantes y estructurantes del orden constitucional abierto. En otras palabras: los principios se perfilan como vehículos de una estatalidad abierta, sea en el sentido de su importancia para la constitucionalización del orden jurídico, sea en el sentido de instrumentos de integración de constelaciones políticas posnacionales (Unión Europea). En tercer lugar, el neoconstitucionalismo busca recuperar dimensiones cosmopolitas particularmente importantes en el ámbito de la garantía de los derechos fundamentales bajo el prisma de su universalización y de su radicación como núcleo duro de las culturas jurídico-constitucionales democráticas. En cuarto lugar po-

dremos señalar las insuficiencias de un abordaje positivista, formalista y exegético de los textos constitucionales. Bajo distintas perspectivas, los juristas pretenden tomar en serio el impulso dialógico que hoy es fortalecido por las teorías políticas de la justicia, por las teorías del republicanismo y por las teorías críticas de la sociedad (GOMES CANOTILHO, J. J. on-line).

De cualquier modo, aún hoy hay autores que cuestionan la existencia de un neoconstitucionalismo, llegando a afirmar que se trata de apenas un neologismo. Ana Paula Barcellos (2006, p. 32-39) rebate esas críticas y presenta dos tipos de características del llamado neoconstitucionalismo que demuestran su existencia:

- a) Desde el punto de vista metodológico-formal, el neoconstitucionalismo opera con base en tres premisas fundamentales:
- Normatividad de la constitución: implica el reconocimiento de la imperatividad de todas las normas constitucionales;
 - Superioridad de la constitución: la constitución es la norma de mayor jerarquía del sistema jurídico;
 - Centralidad de la constitución: todas las otras normas del sistema jurídico deben ser comprendidas e interpretadas a partir de lo dispuesto en la constitución.

A primera vista esas características no constituyen ninguna novedad en relación a lo que ya hace siglos era afirmado sobre una constitución. ¿Por qué, entonces, autores como Barcellos afirman que hay un neoconstitucionalismo? Porque si bien teóricamente antes ya se afirmaba que las constituciones eran imperativas, superiores y fundamentaban todas las otras normas, esas ideas no eran llevadas a serio ni colocadas en práctica. Durante siglos, las constituciones fueron consideradas apenas documentos políticos, dotadas de grande inestabilidad y cero de imperatividad. Actualmente, la situación ha cambiado y las constitucio-

nes están siendo aplicadas en concordancia con su posición jerárquica superior del ordenamiento jurídico.

- b) Desde el punto de vista material, pueden ser mencionadas dos características principales:
- Incorporación explícita de valores y opciones políticas en las constituciones;
 - Expansión de conflictos como consecuencia de la incorporación de valores y opciones políticos, lo que provoca una mayor tensión entre las diversas normas constitucionales.

Estas últimas características muestran que el contenido de las constituciones también cambió. Así, dejaron de contener apenas normas sobre la organización del Estado o meras proclamaciones de derechos, para incorporar normas con un fuerte y expreso carácter valorativo y político, como el inciso I del art. 3º de la Constitución Federal brasileña de 1988 (*on-line*): “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária [...]”.

De cualquier forma, el neoconstitucionalismo no está libre de críticas. Así, en interesante análisis sobre la realidad constitucional brasileña, Humberto Ávila (2009) señala cuatro cambios provocados por ese “movimiento de teorização e aplicação do Direito Constitucional” denominado neoconstitucionalismo (AVILA, 2009, p. 187):

- a) Normativo: de reglas a principios. Durante siglos se entendió que el Derecho estaba compuesto apenas por normas positivas en enunciados concretos y de aplicación directa. Teóricos como Ronald Dworkin (1989) y Robert Alexy (1993) cambiaron esa concepción al afirmar que, aparte de ese tipo de normas (llamadas reglas) el Derecho estaría también compuesto por enunciados abiertos (llamados principios), los cuales necesitan ser concretizados para poder ser aplicados. Esas nuevas teorías fueron

recibidas con grande entusiasmo por la mayoría de los juristas, llegando, inclusive, a erróneamente afirmar la existencia de una jerarquía entre esos dos tipos de normas.

Todas essas observações levam à conclusão de que não se pode categoricamente afirmar que os princípios são quantitativa ou qualitativamente mais expressivos que as regras no ordenamento jurídico brasileiro. Pode-se apenas afirmar que há um ordenamento composto de regras e de princípios com funções eficaciais complementares e diferentes (ÁVILA, 2009, p. 191).

La equivocada jerarquización entre reglas y principios no es, sin embargo, el único problema. Grande parte de los juristas afirma, también, que la Constitución Federal de 1988 es principiológica, pues consideran que la mayoría de sus normas está positivada en enunciados con estructura de principios. Lo que, para Ávila, es incorrecto, ya que, si se analiza detenidamente la Constitución brasileña, podrá verse que la mayoría de sus normas presenta una estructura de regla. Entender, y a veces hasta forzar para que muchas de las normas constitucionales sean consideradas principios, provoca un antiescalonamiento del sistema jurídico, en la medida en que la concretización de esas normas tendrá que ser efectuada por medio de leyes infraconstitucionales. Es decir, será el legislador ordinario, y no el constituyente, quien muchas veces determinará el contenido de una norma constitucional, invirtiendo la jerarquía del sistema jurídico.

Esos problemas llevan a Ávila (2009, p. 192) a afirmar que esa forma de entender el neoconstitucionalismo, “está mais para uma ideologia ou movimento, defendido com retórica e vagueza e subserviência à doutrina estrangeira”.

b) Metodológico: de la subsunción a la ponderación. El método para la emisión de las decisiones judiciales fue, durante siglos, la sub-

sunción (encuadramiento del caso concreto a la norma escrita), en la medida en que las normas presentaban una estructura de regla, o sea, eran normas de contenido concreto, cuya aplicación se hacía de forma directa. Con la incorporación de normas de tipo principio, la subsunción se mostró insuficiente, debiéndose recurrir a la ponderación, es decir, al sopesamiento de las normas en conflicto para determinar, en cada caso concreto, la norma mejor aplicable. Esa situación viene, frecuentemente, derivando en un fuerte subjetivismo judicial. Es cada vez más común constatar casos en los cuales los miembros del Poder Judicial han creado normas, han legislado, violando el principio de la separación de poderes y el principio democrático;

- c) Axiológico: de la justicia general a la justicia particular. Una de las principales reivindicaciones de la Revolución Francesa fue que las normas fuesen generales, como forma de evitar el uso del ordenamiento jurídico para la concesión de privilegios a determinadas clases sociales. Con el neoconstitucionalismo y su propuesta de normas-principios, cuyo contenido depende de cada caso concreto, las normas dejaron de ser aplicadas buscando parámetros de justicia general, pasando a atender las reivindicaciones individualizadas de cada parte, sin llevar en consideración el contexto de su aplicación. Esa práctica propicia que situaciones iguales pasen a ser tratadas de forma diferente por los miembros del Poder Judicial, en la medida en que cada juez termina concretizando la norma-principio según su propio convencimiento o valores;
- d) Organizacional: del Poder Legislativo al Judicial. Las críticas que Ávila hace al Poder Judicial no se dirigen a negar su importancia, sino a entender que cada Poder tiene sus propias funciones y “não se quer dizer que o Poder Judiciário é desimportante; quer-se, em vez disso, afirmar que o Poder Legislativo é importante”

(ÁVILA, 2009. p. 201). Lo cierto es que el neoconstitucionalismo viene provocando que el Poder Judicial, al arrogarse las funciones de legislador e implementador de políticas públicas, desplace a los otros dos Poderes y asuma la figura de un suprapoder, colocando, sin duda, en riesgo no sólo la democracia, sino hasta el propio Estado de Derecho.

Esas críticas hechas por Ávila muestran que el neoconstitucionalismo, por lo menos en el caso brasileño, levanta una serie de cuestionamientos que llevan a cuestionar hasta que punto es una teoría que encuentra respaldo en todos los países.

Precisamente, el tema del siguiente tópico es discutir hasta que punto es posible hablar de neoconstitucionalismo en América Latina, considerando las particularidades de su pasado, presente y futuro.

3. ¿NEOCONSTITUCIONALISMO EN AMÉRICA LATINA?

Nuria Belloso Martín (2015) es una de las pocas juristas que, junto con Roberto Viciano Pastor y Rubén Martínez Dalmau (*on-line*), distingue entre neoconstitucionalismo y nuevo constitucionalismo latinoamericano. Para ella, la experiencia latinoamericana presenta características muy propias que no se encuadran en el modelo neoconstitucionalista europeo. Así, para la jurista española, la experiencia latinoamericana parte de los siguientes presupuestos epistémicos:

- a) El pluralismo jurídico: en América Latina es posible constatar la existencia de un pluralismo jurídico definido como “la coexistencia de varios sistemas jurídicos en un mismo espacio socio-político” (BELLOSO MARTÍN, 2015, p. 28). Como ejemplo de ese pluralismo, puede citarse el Derecho de los pueblos indígenas, los cuales no sólo tienen leyes propias, sino que también tienen un sistema de justicia interno. La combinación entre el sistema nacional, de origen europea, y el sistema indígena puede sig-

nificar una valiosa alternativa para el respeto de los derechos humanos, considerando que el primero objetiva principalmente el encarcelamiento, en cuanto el segundo busca la rehabilitación o la reparación.

El pluralismo en el Derecho tiende a demostrar que el poder estatal no es la fuente única y exclusiva de todo el Derecho, abriendo la posibilidad para la producción y la aplicación normativa centrada en la fuerza y en la legitimidad de un complejo y difuso sistema de poderes, emanados dialécticamente de la sociedad, de sus diversos sujetos, grupos sociales, colectividades o cuerpos intermedios (BELLOSO MARTÍN, 2015, p. 30).

Es la búsqueda por la integración de la constitución nacional de matriz occidental y las manifestaciones jurídicas de las diferentes fuerzas sociales existentes en el interior de los países latinoamericanos (que no se reducen al Derecho indígena, pudiendo abarcar experiencias como las vividas en las *favelas* brasileñas,) que se puede hablar de un presupuesto epistémico diferente en América Latina;

- b) La influencia del derecho público y del derecho privado: las constituciones europeas y los códigos civiles de tradición romana, germánica y canónica trajeron para América Latina “los principios iluministas inherentes a las declaraciones de derechos, así como los que derivan de la modernidad capitalista, de libre mercado, pautada en la tolerancia y el perfil liberal-individualista” (BELLOSO MARTÍN, 2015, p. 30). Sin negar la importancia de esos aportes, no hay duda de que muchas de ellos propiciaron prácticas negativas en tierras latinoamericanas, como “el control centralizado y burocratizado del poder oficial, formas de democracia excluyente, sistema representativo clientelista; experiencias de participación elitista; y por ausencias históricas de las grandes

- masas campesinas e populares” (BELLOSO MARTÍN, 2015, p. 31), dando lugar a una realidad epistémica diferente a la europea;
- c) Fuerte y amplio contenido axiológico de las constituciones: a simple vista, este presupuesto epistémico podría parecer común con el de la experiencia europea del neoconstitucionalismo. Sin embargo, debe observarse que, en América Latina, esta tendencia presenta características más acentuadas. Así, vamos encontrar con mayor frecuencia normas constitucionales estableciendo expresamente “la soberanía popular, la dignidad de la persona humana, la solidaridad, la igualdad ante la ley, pluriculturalismo [...]” (BELLOSO MARTÍN, 2015, p. 30) y que tal vez por eso, el activismo judicial haya asumido en tierras latinoamericanas un carácter mucho más intenso que en Europa.

Eses tres presupuestos epistémicos muestran que la realidad vivenciada en América Latina es muy diferente a la europea, lo que nos lleva a discutir hasta que punto es posible hablar de un neoconstitucionalismo y no de un nuevo constitucionalismo latinoamericano, surgido también en los años 90 del siglo pasado.

Belloso Martín afirma que los movimientos del constitucionalismo de países como Bolivia, Ecuador y Venezuela son una clara muestra de la ruptura con la lógica liberal-individualista europea, para adquirir contornos propios. Es lo que Boaventura de Sousa Santos llama de un constitucionalismo “desde abajo”

Esta otra epistemología que tiene su génesis en la Teoría Crítica y se recrea en América Latina, desde el Sur, se asume desde la praxis de un logos emancipador que fractura los límites hegemónicos del “capitalismo sin fin” y del “colonialismo sin fin”, ya que hace posible recuperar desde la “sociología de las emergencias”, la presencia de los pueblos milenarios que han logrado la recreación de su habitat a través de una relación simbiótica directa, con los ciclos o procesos

de génesis y muerte de la Madre Tierra (Pachamama) (SOUSA SANTOS, 2011, p. 18).

Neoconstitucionalismo y nuevo constitucionalismo latinoamericano, a pesar de sus raíces y puntos comunes, son, por lo tanto, dos experiencias diferentes. Belloso Martín (2015, p. 36) sintetiza las principales diferencias:

- a) En cuanto el neoconstitucionalismo tiene su foco en la reinterpretación del Estado de Derecho por medio de la constitución, el nuevo constitucionalismo latinoamericano direcciona su interés a la difusión de mecanismos democráticos de participación política popular, incluyendo para la elaboración de la norma constitucional.

El nuevo constitucionalismo es, en consecuencia, una teoría del Derecho pero sólo subsidiariamente y en la medida en que la constitución rige el resto del ordenamiento jurídico; el nuevo constitucionalismo es, principalmente, una teoría (democrática) de la constitución (VICIANO PASTOR; MARTÍNEZ DALMAU, on-line).

- b) Mientras en Europa se busca defender la existencia de “una cultura europea”, especialmente frente a los grandes flujos migratorios de los últimos años, el nuevo constitucionalismo latinoamericano defiende la existencia de Estados plurinacionales, conforme calcado en las constituciones de Venezuela de 1999, Ecuador de 2008 y Bolivia de 2009;
- c) Las nuevas constituciones latinoamericanas presentan “un fuerte carácter pluricultural, multiétnico y preservador de la biodiversidad” ausente en las experiencias europeas (BELLOSO MARTÍN, 2015, p. 36).

Ejemplos paradigmáticos son las constituciones de Ecuador de 2008:

“Art. 71 - La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos” (ECUADOR, on-line).

Y de Bolivia de 2009:

“Art. 8º El Estado asume y promueve como principios ético-morales de la sociedad plural: ama qhilla, ama llulla, ama suwa (no seas flojo, no seas mentiroso ni seas ladrón), suma kamaña (vivir bien), ñandereko (vida armoniosa), teko kavi (vida buena), ivimaraei (tierra sin mal) y qhapaj ñan (camino o vida noble)” (BOLIVIA, on-line).

No hay duda de que el contenido de esas normas refleja una vertiente pluricultural, multiétnica y preservadora de la biodiversidad mucho más rica que la experiencia europea, lo que, una vez más, comprueba las diferencias entre ambas;

- d) Las constituciones latinoamericanas contienen largas listas de derechos (individuales, colectivos, políticos, sociales, económicos y culturales), e incluyen en su protección grupos humanos históricamente ignorados, como los ancianos, niños, discapacitados, etc. mostrando un rechazo directo a la tradición elitista e individualista europea.

Tal vez sea esta última la diferencia la que mayor número de críticas ha atraído hacia la experiencia latinoamericana. Para algunos autores, como Roberto Gargarella (*on-line*), las constituciones de América Latina no pasan de “cláusulas dormidas”, es decir, de textos que no reflejan la realidad, sino que incluyen “expresiones de deseos, sueños, aspiraciones, sin ningún contacto con la vida real de los países donde se aplican” (BELLOSO MARTÍN, 2015, p. 38).

Lo cierto es que ese tipo de contenido normativo, asociado a la estructura principiológica de su enunciado, ha potencializado el activismo judicial en tierras latinoamericanas, provocando una alta dosis

de inseguridad jurídica, lo que no necesariamente se vive en Europa, donde si bien el Poder Judicial viene asumiendo un papel más proactivo, no se puede afirmar que tenga derivado en un activismo desenfrenado conforme denunciado por Lenio Streck (2011, p. 22-23).

E, assim, o neoconstitucionalismo acaba revelando traços que dão condições ao desenvolvimento do ativismo judicial, que à diferença do fenômeno da judicialização da política (que ocorre de modo contingencial, isto é, na insuficiência dos demais Poderes do Estado), apresenta-se como uma postura judicial para além dos limites estabelecidos constitucionalmente.

Neste contexto, não surpreende que, embora citada e recitada ad nauseam pela doutrina e pelos tribunais, não seja possível encontrar uma decisão sequer aplicando a regra da ponderação. Há milhares de decisões (e exemplos doutrinários) fazendo menção à ponderação, que, ao fim e ao cabo, é transformada em álibi teórico para o exercício dos mais variados modos de discricionarismos e axiologismos.

A pesar de ello, no hay como negar los avances conquistados, especialmente en relación a la abertura de la participación democrática y al reconocimiento de derechos de grupos humanos históricamente relegados a un segundo plano, lo que nos lleva a afirmar la existencia de un nuevo constitucionalismo latinoamericano.

CONCLUSIÓN

Las constituciones elaboradas después de la Segunda Guerra Mundial ganaron nuevos contenidos y significados. Así, después de siglos de haber sido muchas veces consideradas apenas hojas de papel, comenzaron a ganar un nuevo sentido en las sociedades que buscaban regular.

Esas constituciones no sólo ganaron imperatividad, normatividad y centralidad, sino que su contenido se volvió más rico al incorporar valo-

res y opciones políticas, aparte de expandir los conflictos regulados. Sin embargo, los cambios no se limitaron a esos, nuevas teorías defendiendo la existencia de dos tipos de normas (reglas y principios) pasaron a dominar el escenario jurídico y provocaron la substitución de la subsunción normativa por la ponderación de normas-principios.

La ponderación confirió un papel protagónico al Poder Judicial no apenas en la resolución de los conflictos, sino que también permitió a los jueces elaborar normas en cada caso concreto, substituyendo al Poder Legislativo en sus funciones legislativas.

Ese conjunto de fenómenos fue denominado por Susanna Pozzolo de *neoconstitucionalismo* que, en América Latina, adquirió contornos muy particulares llevando a autores, como Nuria Belloso Martín, a afirmar la existencia de un fenómeno diferente al europeo, con presupuestos y características diferentes, y al que llamó *nuevo constitucionalismo latinoamericano*.

El nuevo constitucionalismo latinoamericano puede ser claramente visualizado en las constituciones de Ecuador 2008 y de Bolivia 2009, las cuales contienen normas cuyos contenidos reflejan no sólo un nuevo fenómeno jurídico, sino también un fenómeno diferente al europeo.

Si bien la experiencia latinoamericana no está libre de críticas, especialmente por el alto contenido utópico de muchas de sus normas, no hay como desconocer la importancia de la búsqueda por la construcción de bases teóricas que reflejan su propia realidad e identidad, lo que, sin duda, constituye el primer grande paso para un constitucionalismo capaz de atender las necesidades de todos los miembros de su sociedad.

REFERENCIAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

AVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo. *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Ja-

neiro: Lumen Juris, 2009. p. 187-202.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flavio (Orgs.). *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 31-60.

BELLOSO MARTÍN, Nuria. El neoconstitucionalismo y el “nuevo” constitucionalismo latino-americano: dos corrientes llamadas a entenderse? *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n. 32, p. 21-54, 2015.

BODIN, Jean. *Los seis libros de la República*. Madri: Tecnos, 2006.

BOLIVIA. Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia. Disponible en: <<http://www.harmonywithnatureun.org/content/documents/159Bolivia%20Constitucion.pdf>>. Acceso en: 26 feb. 2016.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1988. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acceso en: 23 feb. 2016.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a serio*. São Paulo: Martin Fontes, 1989.

ECUADOR. Constitución del Ecuador. Disponible en: <http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf>. Acceso en: 26 feb. 2016.

GARGARELLA, Roberto. *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes*. Disponible en: <http://www.palermo.edu/Archivos_content/derecho/pdf/Constitucionalismo_atinoamericano.pdf >. Acceso en: 22 feb. 2016.

GOMES CANOTILHO, J. J. *Principios y nuevos constitucionalismos: el problema de los nuevos principios*. Disponible en: <<http://www.ugr.es/~redce/RED-CE14/articulos/07JJGomesCanotilho.htm>>. Acceso en: 22 feb. 2016.

LASSALLE, Ferdinand. *Que é uma constituição?* Porto Alegre: Editorial Villa Martha, 1980.

LINCOLN, Abraham. *The Gettysburg Address*. Disponible en: <<http://www.abrahamlincolnonline.org/lincoln/speeches/gettysburg.htm>>. Acceso en: 24 feb. 2016.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *Del espíritu de las leyes*. Madri: Tecnos, 2007.

POZZOLO, Susanna. Neoconstitucionalismo: um modelo constitucional ou uma concepção da constituição? *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 7, v. 1, p. 231-253, jan./jun. 2006.

POZZOLO, Susanna. Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, v. 21, n. 2, p. 340-341, 1998.

SIEYES, Emmanuel. *Qué es el tercer estado?* Ensayo sobre los privilegios. Madri: Alianza Editorial, 2008.

SOUSA SANTOS, Boaventura de. Epistemologías del sur: utopía y praxis latino-americana. *Revista Internacional de Filosofía Iberoamericana y Teoría Social*, Maracaibo, a. 16. n. 54, p. 17- 39, jul.-sep. 2011.

STRECK, Lenio Luiz. Contra o neoconstitucionalismo. *Constituição, Economia e Desenvolvimento*: revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, Curitiba, n. 4, p. 9-27, jan.-jun. 2011.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

VICIANO PASTOR, Roberto; MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. *¿Se puede hablar de un nuevo constitucionalismo latino-americano como corriente doctrinal sistematizada?* Disponible en: <<http://www.juridicas.unam.mx/wccl/ponencias/13/245.pdf>>. Acceso en: 02 mar. 2016.

CONSTITUIÇÃO E DIREITOS ENTRE O NEOCONSTITUCIONALISMO E O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO

GUSTAVO FERREIRA SANTOS

A relação entre constitucionalismo e democracia suscita diversas questões. Na experiência constitucional mais recente, dois fenômenos têm merecido especial atenção: (a) o neoconstitucionalismo, de origem europeia, do pós-guerra, e (b) o novo constitucionalismo latino-americano, que marca os últimos processos constituintes da região.

As duas experiências põem em evidência o papel da Constituição. Podemos afirmar que representam momentos nos quais a Constituição joga um papel central na organização política de uma sociedade, o que, em tese, seria pretensão de todas as manifestações do constitucionalismo, mas que, sabemos, não é uma realidade amplamente verificável.

Neste texto, fundimos reflexões feitas em diferentes publicações anteriores, que abordaram separadamente os problemas do neoconstitucionalismo e do novo constitucionalismo latino-americano. Esta retomada dos conteúdos de textos anteriormente publicados permitiu relacionar os dois temas, diferenciando os fenômenos e ressaltando o que

cada um desses movimentos aporta para o debate sobre Constituição e democracia.

II

Nomeadamente após a Segunda Guerra Mundial, os papéis da Constituição e, por via de consequência, dos direitos fundamentais, são alterados, passando a protagonizar os principais debates políticos. A adoção da jurisdição constitucional em diversos países dá um impulso a esse processo de constitucionalização de todo o Direito, e o catálogo de direitos, ampliado em número de direitos e em suas consequências, é o mote para essa grande transformação.

O termo neoconstitucionalismo é hoje utilizado para dar nome a uma postura constitucionalista forte, na qual a Constituição não se basta como parâmetro orientador da política, mas se faz efetiva, com a fiscalização de uma Jurisdição Constitucional atuante e expansiva. Grandes questões morais, a respeito das quais não há consenso na sociedade, são decididas pelos tribunais. As aprofundadas teses sobre a especificidade da hermenêutica constitucional, a ampliação dos catálogos de direitos fundamentais, com reconhecimento inclusive de inúmeros direitos implícitos e a impregnação da Constituição nos diversos ramos do Direito, são sintomas dessa nova perspectiva. Para Comanducci,

O modelo de sistema jurídico que emerge da reconstrução do neoconstitucionalismo está caracterizado, além de uma Constituição invasora, pela positivação de um catálogo de direitos fundamentais, pela onipresença na Constituição de princípios e regras e por algumas peculiaridades da interpretação e da aplicação das normas constitucionais frente à interpretação e a aplicação da lei.¹

¹ COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. *Isonomia*, n. 16, p. 83, 2002.

Essa versão contemporânea do constitucionalismo busca estabelecer uma nova relação entre Direito e moral. A Constituição-norma abarca, nessa visão, um plexo imenso de valores, que serão tomados como referências para a solução de problemas em várias áreas. Há nessa perspectiva um potencial ainda maior de choque com a forma democrática de solução de conflitos, pois tem esse discurso tendido à redução dos espaços de decisão democrática, transferindo ao intérprete/aplicador da Constituição a tarefa decisória.

O chamado neoconstitucionalismo toma a Constituição como norma, garantida por uma jurisdição constitucional vigilante. O debate sobre a controlabilidade de políticas públicas pelo Judiciário denota uma necessidade de afirmação de direitos, independentemente das decisões majoritárias. A Constituição é, antes de tudo, garantida pelo Poder Judiciário, produzindo uma impregnação de todo o ordenamento jurídico pelas normas da Constituição.

Riccardo Guastini² aponta sete condições, presentes na maior parte dos sistemas constitucionais ocidentais da contemporaneidade, para que um ordenamento seja considerado impregnado pelas normas constitucionais: (i) a existência de uma Constituição rígida, que permite a existência efetiva de hierarquia; (ii) a garantia jurisdicional da Constituição, independente do modelo de controle; (iii) a força vinculante da Constituição, sendo todas as normas constitucionais consideradas aptas a produzir efeitos; (iv) a *sobreinterpretação* da Constituição, sendo identificadas, nela, normas implícitas; (v) a aplicação direta das normas constitucionais, sendo aplicadas por qualquer juiz em qualquer controvérsia; (vi) a interpretação conforme das leis, que aproxima o conteúdo da lei aplicada ao da Constituição; (vii) a influência da Constituição sobre as relações políticas, já que o órgão judicial de controle resolve conflitos de competência entre órgãos constitucionais e os atores políticos incorporam em seu discurso o elemento inconstitucionalidade.

Para o autor citado, essa constitucionalização do ordenamento não

2 La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico. In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madri: Trotta, 2003. p. 50.

teria uma forma única, podendo variar de ordenamentos menos constitucionalizados a ordenamentos mais constitucionalizados. Dentre as características listadas, para ele, as duas primeiras seriam condições que deveriam estar presentes em qualquer ordenamento para que ele fosse considerado constitucionalizado. Quanto às outras cinco, iriam variar, à medida que um ordenamento é mais ou menos constitucionalizado.

Os direitos fundamentais têm funcionado como o motor de um processo de expansão da jurisdição constitucional, já que a abertura que as normas declaratórias de direitos propiciam permite uma atividade interpretativa mais complexa, viabilizando uma atividade jurisdicional mais intervencionista. Nesse aspecto, a tensão entre constitucionalismo e democracia se reproduz aqui, sendo razoável concluir que, quanto mais amplos forem entendidos os conteúdos dos direitos fundamentais constitucionalmente consagrados, menores serão os espaços deixados à decisão política democraticamente fundada, ou seja, à decisão que expressa a soberania popular, seja ela uma decisão direta do povo, seja ela uma decisão do representante.

III

A América Latina tem uma história constitucional repleta de documentos mais nominais do que efetivos. A cada quadra da história do constitucionalismo, documentos foram adotados na América Latina, emulando, na maior parte, documentos europeus ou a Constituição norte-americana. À essa realidade correspondeu sempre um afastamento de amplos setores da sociedade da vida político-institucional.

O chamado “novo constitucionalismo latino-americano” é caracterizado por Constituições extremamente filtradas por exigências democráticas. A participação política encontra um conjunto muito grande de canais institucionais para se desenvolver e o pluralismo existente na sociedade é refletido no texto constitucional.

Nos últimos anos, novas experiências constitucionais têm chamado a atenção pela forma de produção e pelo conteúdo dos novos textos. Fo-

ram movimentos constituintes que resultaram de uma cidadania ativa e, conseqüentemente, de processos constituintes de ampla legitimidade. Em seus textos, nota-se uma preocupação forte com a legitimação das decisões estatais, tanto com a introdução de elementos de democracia direta e de democracia participativa como pela introdução de elementos culturais de povos originários, antes especialmente excluídos.

Apesar de vários autores incluírem outras Constituições nisso que tem sido chamado de “novo constitucionalismo latino-americano”, aqui destacamos três Constituições: Venezuela, Bolívia e Equador. Todas, marcadas pela preocupação central com a democratização das decisões. As duas últimas fortemente influenciadas por culturas indígenas locais. Essas Constituições - e em especial as de Equador e Bolívia - vão além do tradicional constitucionalismo que campeou, por dois séculos, na América Latina, de matiz elitista. Além de diversos instrumentos de participação, trazem profunda preocupação com o reconhecimento de povos indígenas e o propósito de fazer um processo de descolonização.

Rompem essas experiências com a nossa tradição política, que é de alijamento da grande massa do processo político-constitucional. No dizer de Gargarella:

La mayoría de nuestras Constituciones fundacionales - las que sentaron las bases de las actuales instituciones - fueron producto de un pacto entre elites liberales y conservadoras que organizaron una estructura de poder contramayoritaria, claramente opuesta a la intervención masiva de la ciudadanía en política.³

A radical preocupação com a legitimidade não faz com que, no plano da Teoria da Constituição, rompam esses novos discursos constitucionais com as principais características da teoria do poder constituinte. Ao contrário, parecem querer recuperar uma dimensão que foi perdida

3 GARGARELLA, Roberto. Pensando sobre la reforma constitucional en América Latina. In: RODRÍGUEZ GARAVITO, César (org.). *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2011.

no debate sobre poder constituinte. Viciano Pastor e Martinez Dalmau⁴ afirmam que esse novo constitucionalismo “recupera el origen radical-democrático del constitucionalismo jacobino, dotándolo de mecanismos actuales que pueden hacerlo más útil en la identidad entre voluntad popular y Constitución”. São Constituições que trabalham com o pluralismo que marca suas realidades concretas e desenham o Estado como uma instância plurinacional.

IV

Neoconstitucionalismo e novo constitucionalismo latino-americano surgem em contextos bem diferentes e buscam responder a problemas diversos. Não há como confundir os dois fenômenos.

No primeiro caso, como vimos, há uma preocupação com a possibilidade de retrocesso, após a barbárie do nazismo-fascismo. Buscam-se mecanismos que transformem o texto constitucional em medidas efetivas. Tem como motor uma teoria constitucional complexa, que dá ao intérprete/aplicador instrumentos muito potentes. A jurisdição constitucional faz o Poder Judiciário assumir um papel de destaque na relação entre poderes, sem parâmetro anterior.

O novo constitucionalismo latino-americano preenche uma lacuna no continente, que, até então, viu Constituições pouco efetivas. Mas o faz procurando, também, promover canais de expressão dos pluralismos que marcam a região e ampliar espaços democráticos de participação. No desenho das hipóteses de reforma constitucional, ficou bem evidente essa preocupação, uma vez que, praticamente, submeteu ao poder constituinte originário a autorização para praticar mudanças mais amplas na Constituição.

O neoconstitucionalismo é, sobretudo, uma teoria sobre a constituição, sua interpretação e sua aplicação. O novo constitucionalismo

4 VICIANO PASTOR, Roberto; MARTINEZ DALMAU, Ruben. Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano. In: *Corte constitucional de Ecuador para el período de transición: el nuevo constitucionalismo en América Latina*. Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2010.

latino-americano é um fenômeno concreto de ruptura constitucional com o estabelecimento de Constituições em processos constitucionais abertos e que resultaram em textos muito infiltrados pela preocupação democrática, mas não tem uma teoria específica que o caracterize. Poderíamos dizer que as Constituições do novo constitucionalismo latino-americano representam uma específica manifestação do constitucionalismo democrático, uma fórmula que busca conciliar os dois termos que marcam o Direito e a política da modernidade e que vivem em tensão, mas, também, se retroalimentam.

REFERÊNCIAS

COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. *Isonomia*, n. 16, p. 89-112, 2002.

GARGARELLA, Roberto. Pensando sobre la reforma constitucional en América Latina. In: RODRÍGUEZ GARAVITO, César (org.). *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2011.

GUASTINI, Riccardo. La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico. In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madri: Trotta, 2003.

VICIANO PASTOR, Roberto; MARTINEZ DALMAU, Ruben. Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano. In: *Corte constitucional de Ecuador para el período de transición: el nuevo constitucionalismo en América Latina*. Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2010.

TRANSNACIONALIZAÇÃO, SUSTENTABILIDADE E O NOVO PARADIGMA DO DIREITO NO SÉCULO XXI¹

TRANSNACIONALIZACIÓN, SOSTENIBILIDAD Y EL NUEVO PARADIGMA DEL DERECHO EN EL SIGLO XXI

PAULO MÁRCIO CRUZ²

RESUMO: Em função da emergência de novos cenários globalizados e transnacionais e do esgotamento da liberdade, enquanto paradigma do Direito da modernidade, o objetivo deste capítulo é estabelecer alguns elementos científicos e teóricos sobre a necessidade de se considerar o surgimento de um novo paradigma para o Direito. O texto procura demonstrar que, na era pós-moderna, a sustentabilidade deverá con-

1 Trabalho apresentado no I Seminário Nacional Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis, realizado nos dias 22 e 23 de outubro de 2015, na Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público.

2 Pós-doutor em Direito do Estado pela Universidade de Alicante, na Espanha, doutor em Direito do Estado pela Universidade Federal de Santa Catarina e mestre em Instituições Jurídico-Políticas também pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Coordenador e professor do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí (Univali) em seus cursos de Doutorado e Mestrado em Ciência Jurídica. Foi secretário de Estado em Santa Catarina e vice-reitor da Univali. É professor visitante nas universidades de Alicante, na Espanha, e de Perugia, na Itália. E-mail: pcruz@univali.br

solidar-se como o novo paradigma indutor do Direito, coabitando com a liberdade, além da sua vocação para ser aplicado em escala planetária. O Direito Processual é abordado de maneira a sugerir a dialética das várias forças sociais, articulando numa via adjetiva harmonizadora os mais diversos valores e interesses legítimos.

PALAVRAS-CHAVE: Paradigma do Direito. Liberdade. Sustentabilidade. Transnacionalidade.

ABSTRACT: *Due to the emergence of new transnational and globalized scenarios and depletion of freedom, while the right paradigm of modernity, the aim of this paper is to establish some scientific evidence and theoretical need to consider the emergence of a new paradigm for Right. The text seeks to demonstrate that in the postmodern era, sustainability may become established as a new paradigm inducer of law, living with freedom, beyond its intended to be applied on a planetary scale. Procedural law is addressed in a manner suggesting the dialectic of various social forces, linking an adjective means harmonizing the diverse values and interests.*

KEYWORDS: *Paradigms of law. Freedom. Sustainability. Transnationality.*

INTRODUÇÃO

O objetivo deste capítulo é o estabelecimento de alguns elementos científicos e teóricos sobre a necessidade de se considerar o surgimento de um novo paradigma para o Direito, em função dos novos cenários globalizados e transnacionais nos quais se vive atualmente.

É claramente perceptível, atualmente, a crise do paradigma moderno, que nasceu com a ciência moderna e determinou o modo de ser e agir do ser humano, nos séculos XIX e XX. O paradigma moderno começou a tomar vulto com o iluminismo. Antes desse modelo, a matriz disciplinar ocidental era a da teologia da Idade Média, que remetia ao transcendente e à metafísica a explicação de tudo.

A modernidade jurídica, que começou com as revoluções burguesas, teve e tem como paradigma a liberdade em seu sentido polissêmico, pois a mesma sempre pode ser entendida de várias maneiras.

Importante ressaltar que, para o escopo deste capítulo, a relação entre o paradigma moderno e o pós-moderno, a seguir discutidos, não é de substituição, mas de coabitação ou de convivência, se preferirem.

O novo paradigma que surge pode ser justificado pela necessidade vital da preservação da vida no planeta. Isso implica, evidentemente,

a adoção de um novo paradigma geral para as ciências e, por consequência, para o Direito. Afinal de contas, o culto ilimitado pela liberdade justificou as desigualdades materiais da modernidade, sendo notória a degradação ambiental produzida pela pobreza e pela miséria.

Até a década de 60 do século passado, alcançar níveis superiores de liberdade era o máximo almejado pelo Ocidente capitalista liberal com sua lógica judaico-cristã. Dentre os fatores que determinaram a crise da era da liberdade - modernidade - está o fenecimento do modelo de Estado - e de Direito - pautado pelas fronteiras nacionais. O fim do contraponto socialista e a hegemonização do capitalismo liberal erodiram sua principal característica, ou seja, a soberania herdada da paz da Westfália.

A partir da segunda metade do século XX, o homem deu-se conta, pela primeira vez, que poderia destruir o planeta. Esse fato, junto com o fenômeno da globalização, acabou por criar uma nova realidade, sustentada pelo caráter transnacional da economia, que por sua vez desencadeou outros processos de transnacionalização.

A liberdade foi perdendo espaço, enquanto paradigma, desde a implantação do Estado Social de Direito, maior legado da disputa capitalismo *versus* comunismo protagonizada durante a Guerra Fria. Mas o auge desse processo de relativização da liberdade foi o avanço da questão ambiental, fermentada pelos novos cenários transnacionais típicos da sociedade de risco.

Dessa forma passou a ganhar consistência o surgimento de um novo paradigma que indica a sobreposição de valores, acompanhando o surgimento de uma nova era, pautada pela preservação da vida no planeta, o que se convencionou chamar de questão vital ambiental.³

O cenário transnacional da atualidade pode ser caracterizado como uma complexa teia de relações políticas, sociais, econômicas e jurídicas, no qual emergem novos atores, interesses e conflitos, os quais de-

3 Sobre isso ver CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. A transnacionalidade e a emergência do estado e do direito transnacionais. In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (Orgs.). *Direito e transnacionalidade*. Curitiba: Juruá, 2009.

mandam respostas eficazes do Direito. Essas respostas dependem de um novo paradigma que melhor oriente e harmonize as diversas dimensões implicadas.

A partir deste contexto de insuficiência da liberdade enquanto paradigma do Direito Moderno para o enfrentamento aos novos riscos globais, o que se propõe é a análise da sustentabilidade como novo paradigma indutor do Direito na pós-modernidade, em coabitação com a liberdade.

I. A LIBERDADE ENQUANTO PARADIGMA DO DIREITO NA MODERNIDADE

A modernidade foi construída a partir da busca por liberdade. Portanto, é lógico que seus vórtices econômicos, sociais e jurídicos acompanhassem essa concepção original, o que foi, registre-se, um grande avanço para a humanidade.

Naquela época não se falava em preservação do ambiente e, muito menos, sobre os possíveis riscos que a destruição do mesmo poderia causar. A revolução industrial representou o início da utilização, em grande escala, dos recursos naturais. Nessa evolução surgiu o uso do petróleo como fonte de energia substitutiva do vapor, o que levou a modernidade a ficar conhecida como a “civilização do petróleo”. Há que se ter em conta que a exaustão dessa matriz energética, quer seja pela sua finitude como também pelo seu elevado potencial poluidor, acompanha a crise da própria modernidade.

A liberdade, enquanto paradigma do Direito Moderno, é produto de um conjunto especial de relações políticas que emergiu na Europa. Aquela liberdade, encontrada no ambiente burguês, foi teorizada em forma de liberalismo, num primeiro momento, e como liberalismo democrático liberal num segundo momento. E também ficou compreendido que aquela liberdade só poderia ser real e permanente caso fosse traduzida em normas jurídicas, por intermédio do Direito.

Mais adiante, a liberdade como paradigma do Direito Moderno, durante sua fase de consolidação, ganhou muitas interpretações. Talvez a

mais emblemática é aquela expressa pelo inglês John Stuart Mill⁴, em sua obra *Sobre a liberdade*, de 1859. Para ele, a liberdade individual deveria ser exaustivamente perseguida e só poderia ser permitida a intervenção da sociedade na liberdade de outrem em caso de autoproteção, ou seja, quando houvesse a invasão dos âmbitos de liberdade daquele.

A liberdade moderna foi uma conquista do liberalismo, preocupado, enquanto corrente doutrinária, com a limitação do poder e com o grau de interferência dos outros e do Estado na vida das pessoas, como aliás ressalta Celso Lafer, citando Benjamin Constant, na apresentação da obra de Mill, acima citada.

A liberdade, enquanto direito à diversidade, sustentada por Mill, seria compatível com o seu critério de igualdade formal moderna, ou da igualdade dos pontos de partida almejada pela doutrina liberal, com fundamento na capacidade.

Portanto, onde não houvesse direito à diversidade, não haveria liberdade. A liberdade como paradigma do Direito Moderno passou a consistir em não se estar sujeito à restrição e à violência por parte de outras pessoas, o que não pode ocorrer quando não há Estado de Direito em sua concepção kantiana, que agrega o “democrático” ao termo.⁵

A modernidade pode ser compreendida, por esse diapasão, como diferenciação racional entre a religião, a política, a moral e o Direito, com o Direito sendo o garantidor dos âmbitos de liberdade.

Importante enfatizar que o liberalismo, e a liberdade como paradigma do Direito, como concepção político-ideológica dessa corrente de pensamento que se consolidou a partir das revoluções burguesas do século XVIII e que ensejou a modernidade jurídica, caracterizou-se por defender as maiores cotas possíveis de liberdade individual frente ao Estado, que deve procurar ser neutro. Passou-se a postular uma filosofia tolerante da vida como modelo social que conseguisse substituir o Antigo Regime e cujos conteúdos se constituíram em fundamento jurídico e

4 MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1991. p.13-14 e 23-24.

5 CRUZ, Paulo Márcio. *Política, poder, ideologia e estado contemporâneo*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2004. p. 121.

político das Constituições democráticas.⁶ A criação do Direito Público, pelos modernos, é a sua maior prova, já que se constitui num grande leque de proteção do indivíduo com relação ao Estado.

O liberalismo ganhou força social de modo gradual na medida em que as zonas mais desenvolvidas da Europa Ocidental e suas colônias passaram a orientar suas estratégias econômicas em direção à economia de mercado e a necessitar de uma nova concepção do mundo que não criasse obstáculos à nova realidade socioeconômica emergente, à liberdade em seus diversos aspectos. Para isso, o Direito e a liberdade como seu paradigma foram fundamentais.

Por consequência, com a afirmação das ideias de liberdade burguesas, principalmente durante o século XIX, ocorreram mudanças significativas nos valores sociais dominantes até então. O cidadão, e não outra entidade qualquer, passou a ser o centro das atenções. As propriedades privadas, individuais, operavam como um símbolo de prosperidade, com os pobres representando os incapazes, que não conseguiam aproveitar as inúmeras oportunidades oferecidas pela livre iniciativa.

O liberalismo se consolidou como uma filosofia de progresso econômico, social e técnico, ao propor, essencialmente, uma liberação total das potencialidades dos indivíduos, com suas premissas básicas assentadas na liberdade como paradigma do Direito, como anota Jean Touchard⁷, e na individualidade, com uma visão positiva e otimista do homem, que era visto como um ser individualmente autônomo, materialista e dotado de razão. Razão essa que lhe permitiria lograr sua meta principal, ou seja, a de ser feliz na medida em que pudesse desenvolver suas capacidades individuais sem obstáculos que o intimidassem.

Claro que, baseados nessas premissas, os liberais repudiavam qualquer tipo de privilégio e defendiam, em contrapartida, a igualdade para todos os homens livres perante a lei. Liberdade para atuar no mercado capitalista e ser possuidor de bens que a garantissem. Todos seriam formalmente iguais perante a lei, e não materialmente, porque o homem

6 CRUZ, Paulo Márcio. *Política, poder, ideologia e estado contemporâneo*. p. 89.

7 TOUCHARD, Jean. *La historia de las ideas políticas*. Trad. J. Pradera. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1993.

possui alguns direitos naturais indiscutíveis.⁸ Cada homem poderia fazer de sua vida privada o que bem entendesse ou pudesse, inclusive admitindo e estimulando a alienação, por contrato de trabalho, de parte de sua liberdade, em troca de recompensa pecuniária.

Completo o caminho histórico percorrido pelo Direito Moderno, ou seja, a mudança dos conceitos aplicados ao exercício do poder, ocorrido com a politização da discussão sobre esse novo poder através das teses liberais e a inevitável criação de um novo Direito, denominado Direito Moderno. Os ordenamentos jurídicos modernos passaram a atuar como instrumentos de coerção legitimados pelo seu paradigma: a liberdade a combater quaisquer tentativas de limitação dessa liberdade. Daí que toda produção do Direito, na modernidade, foi orientada pelo paradigma liberdade, o que foi natural pela própria história de formação do Direito Moderno.

Os autores liberais contemporâneos pertencentes às correntes mais avançadas do liberalismo passaram a defender que o objetivo da liberdade é o de se alcançar uma autêntica igualdade de oportunidades ou chances vitais para cada indivíduo, já numa concepção muito próxima do Estado de Bem-Estar visto através da lente neoliberal.⁹

É dessa mudança no objetivo do paradigma do Direito Moderno que começam a surgir as teses sobre a possibilidade de limitação do exercício da liberdade em função de valores novos, como é o caso da questão ambiental, emblemática para as discussões nesse sentido e que permite inferir a coabitação de valores paradigmáticos indutores do Direito principalmente nas últimas décadas do século XX e nas primeiras décadas do século XXI.

2. O PARADIGMA DO DIREITO NA PÓS-MODERNIDADE

É importante começar observando que as ciências, tanto naturais como sociais, desenvolveram-se historicamente a partir de determina-

8 CRUZ, Paulo Márcio. *Política, poder, ideologia e estado contemporâneo*. p. 126.

9 CRUZ, Paulo Márcio. *Política, poder, ideologia e estado contemporâneo*. p. 126.

dos paradigmas. A expressão “paradigma” não possui um conceito único e, no âmbito das ciências sociais, como é o caso do Direito, também sofre influências ideológicas e até mesmo socioculturais.

Em 1962, o termo foi utilizado com maior cuidado e rigor científico por Thomas Kuhn, no livro *A estrutura das revoluções científicas*. Nessa obra, ele defendeu que as revoluções científicas constituem episódios de desenvolvimento não cumulativo, nos quais um paradigma mais antigo é total ou parcialmente substituído por um novo, incompatível no todo ou em parte com o anterior.¹⁰ O uso da expressão paradigma surge em substituição ao termo “verdade”, tendo em vista a grande dificuldade em definir o que pode ser considerado cientificamente como verdadeiro.

Nessa obra, Thomas Kuhn¹¹ caracteriza paradigma como sendo aquele metavalor que os membros de uma comunidade partilham. Reconhece que a ciência é um discurso que se legitima pela aceitação do grupo. Defende que este, enquanto modelo compartilhado, segue uma matriz composta por: a) generalizações simbólicas; b) crenças em determinados modelos heurísticos; e c) valores exemplares.

Apesar das dificuldades conceituais, no âmbito das ciências sociais, a noção de paradigma é fundamental, pois, conforme afirma Edgar Morin, possui o mérito de se sobrepor ou dominar as teorias. Para Morin, no âmbito das ciências sociais, um paradigma deve conter, para todos os discursos realizados em seu âmbito, os conceitos fundamentais e as categorias mestras de inteligibilidade, assim como as relações lógicas existentes entre esses conceitos e categorias.¹² Exatamente como acontece com a evolução da discussão científica da questão ambiental.

Especificamente no campo da ciência jurídica, com o Direito como seu objeto, por paradigma deve-se entender o critério de racionalidade epistemológica reflexiva que predomina, informa, orienta e direciona a

10 KUHN, Thomas Samuel. *A estrutura das revoluções científicas*. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 2000. p. 125.

11 KUHN, Thomas Samuel. *A estrutura das revoluções científicas*. p. 142 e ss.

12 MORIN, Edgar. *O método 4: as ideias*. 3. ed. Tradução de Juremir Machado da Silva. Porto Alegre: Sulina, 2002. p. 261.

resolução dos problemas, desafios, conflitos e o próprio funcionamento da sociedade. Trata-se de um referente a ser seguido para a produção e aplicação do Direito.

3. CRISE, SUPERAÇÃO E COABITAÇÃO DE PARADIGMAS

A crise da liberdade como paradigma do Direito Moderno se iniciou com as lutas pelo Estado Social, no final do século XIX e no começo do século XX. Foram as ideias e as ações socialistas que pressionaram as sociedades europeias a admitir a flexibilização dos paradigmas do Estado Liberal e do Direito Moderno.¹³ As sociedades ocidentais passaram a conferir um evidente equilíbrio entre os dois conceitos: Estado de Liberdade e Estado de Igualdade.

A liberdade passou a ser inconcebível sem um elevado grau de solidariedade e de igualdade social, e, por outro lado, o progresso social, o combate às desigualdades, o desenvolvimento econômico e a proteção das classes desfavorecidas passaram a fundar-se no respeito aos novos valores emergentes, que já apontavam também para uma nova dimensão de direitos difusos.¹⁴ Nesse momento observam-se os primeiros movimentos por solidariedade e sustentabilidade.

Porém, a crise da liberdade como paradigma da modernidade se localizou no tratamento “contrário” dos valores fundamentais que passaram a duelar a partir das concepções socialistas: a liberdade individual e a igualdade social.¹⁵ Foi formada então uma das maiores díades da sociedade ocidental, com o liberalismo e o socialismo representando suas expressões ideológicas, que impulsionava e legitimava as mudanças nas concepções de sociedade e de Estado.

Com a hegemonia do capitalismo provocada pela derrocada do mundo soviético, a mundialização provocada pela internet e a progressiva interdependência das relações acabaram por configurar, de fato, a for-

13 WOLKMER, Antônio Carlos. *Elementos para uma crítica do estado*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1996. p. 26.

14 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1995. p. 394.

15 BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 186.

mação de um novo âmbito de interesse geral, que se situa em fronteiras transnacionais e que, agora, começa a se concretizar de maneira muito intensa na defesa dos direitos difusos, entre eles os relativos ao ambiente.¹⁶

Sendo válido pensar numa ordem pós-capitalista liberal, também é válido refletir sobre uma ordem pós-Direito Moderno: as incertezas e justificativas morais coincidem, tanto empiricamente - sendo o Direito Moderno agente do capitalismo - quanto filosoficamente - sendo o modelo estatal advindo do Direito o signo da hierarquização entre os homens. Se o que se necessita é um caminho jurídico mais seguro em direção a um novo tempo, é fundamental pensar na consolidação de um novo paradigma que possa coabitar - e posteriormente superar - com o paradigma do Direito Moderno.

Caso se queira estar apto a uma nova compreensão do Direito, a qual possa fornecer uma resposta ao novo conjunto de demandas ligadas aos novos cenários transnacionais, é preciso superar a construção teórica da modernidade liberal, apesar de se saber que a era que se inicia conviverá com a modernidade exausta.

O Direito que adviria de um ambiente político-jurídico transnacional seria forjado, muito provavelmente, com base em princípios de inclusão social e proteção ao ambiente, não necessariamente nessa ordem.¹⁷ A sustentabilidade e a solidariedade passariam a ser dois dos principais itens do debate jurídico.

A preservação e recuperação do ambiente e sua utilização racional, o que geraria a necessária sustentabilidade, sugere a reinvenção da tensão entre Direito e liberalismo capitalista. Isso para que uma nova concepção de Direito possa contribuir para que o mundo seja cada vez menos confortável para o capitalismo predatório e que um dia se possa ter uma alternativa ou, ao menos, um capitalismo sustentável, como

16 CRUZ, Paulo Márcio; FERRER, Gabriel Real. Los nuevos escenarios transnacionales y la democracia asimétrica. *V-Lex Revista*, Barcelona, v. 5, p. 12-24, 2010.

17 RIFKIN, Jeremy. *La civilización empática: la carrera hacia una conciencia global en un mundo en crisis*. Madrid: Paidós, 2010. p. 29.

sugere Boaventura de Sousa Santos.¹⁸

Sabe-se perfeitamente das assimetrias existentes entre as diversas regiões do nosso planeta e entre os países que as formam. Isso mostra a necessidade de coabitação entre o paradigma moderno e o pós-moderno do Direito, entre a busca por âmbitos cada vez mais amplos de liberdade e a limitação dessa mesma liberdade em função de se promover a sustentabilidade. É, *mutatis mutandis*, o que se denomina “republicanização da globalização”¹⁹, com uma efetiva busca pela distribuição da riqueza e reequilíbrio ambiental. O grande desafio do ser humano será provar que conseguirá evoluir do individualismo liberal, passando pelas experiências de igualdade relativa dos Estados de Bem-Estar, até alcançar a sustentabilidade. Provar que não é um elemento estranho e inadaptável ao planeta Terra, mas que pode não só conviver em harmonia como melhorar as condições gerais de vida.

4. A SUSTENTABILIDADE ENQUANTO NOVO PARADIGMA INDUTOR DO DIREITO

A proteção do meio ambiente é uma pauta axiológica reconhecida e valorizada em escala global. Hoje não é mais um desafio exclusivo para a ciência jurídica a criação e a sistematização de normas de proteção ao ambiente, pois o caminho mais complexo e relevante a ser trilhado é o conjunto intersistêmico de relações que o ambiente gera com outros bens e valores, principalmente nas perspectivas sociais, econômicas, culturais e tecnológicas.

Atualmente não é mais suficiente somente o desenvolvimento de teorias jurídicas complexas e sofisticadas em relação a temas e institutos setoriais do fenômeno da convivência humana. É de duvidosa utilidade, por exemplo, compreender tecnicamente o significado do direito de propriedade se esse valor não é entendido e relacionado com as suas

18 SANTOS, Boaventura de Sousa. *Globalización y democracia*. Bogotá: Palestra, 2002. p. 04.

19 CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. O clima como necessidade de governança transnacional: reflexões pós-Copenhague 2009. *Sequência (UFSC)*, Florianópolis, v. 31, p. 319-339, 2010.

múltiplas manifestações e inúmeras relações que desencadeia, das rotas de colisão, parcial concordância e plena harmonização com outros institutos jurídicos, inclusive nas suas repercussões econômicas, culturais e tecnológicas.

Dessa forma, com os cenários transnacionais atuais surge a necessidade da emergência e da consolidação de um novo paradigma do Direito, que deve ser mais dúctil²⁰ e operacionalmente adequado para a produção dialética e democrática de um repertório de argumentos mais densos e legítimos no atual contexto de complexidade.

A sustentabilidade emerge, naturalmente, como grande potencial axiológico para ser aplicada e reconhecida na centralidade desta nova ordem jurídica altamente complexa, plural e transnacionalizada.

Na gênese da construção jurídica da sustentabilidade está a ideia de que o modelo de desenvolvimento, escolhido/reforçado para o mundo na Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada no Rio de Janeiro em 1992 (Eco-92) e preconizado pelo Protocolo de Kyoto, objetivou compatibilizar a proteção do ambiente com o desenvolvimento econômico e social. Esse ideal de desenvolvimento com sustentabilidade, entretanto, encontra oposição em setores da economia que preferem as antigas práticas do lucro a qualquer preço.

A nota qualitativa da sustentabilidade, preconizada também como intento motivador da Eco-92, ainda não foi em grande parte viabilizada, pois o modelo de desenvolvimento vigente em escala global está pautado muito mais na lógica da maximização dos lucros do que na preocupação ética de distribuição geral e equitativa dos benefícios gerados pelo desenvolvimento e a conseqüente preservação e recuperação do ambiente.

Esse quadro desafiante impõe a necessidade não apenas de ações locais ou nacionais isoladas, mas também de intensas sensibilizações

20 Conforme defende Zagrebelski, “deve ficar muito claro que por detrás da linguagem dos direitos se escondem significados, aspirações, ideais e concepções da vida social profundamente distintos”. In: ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. 9. ed. Madrid: Trotta, 2009. p. 89.

transnacionais, que contribuam com novas práticas e atitudes, principalmente nas ações dos Estados no plano mundial. Necessita-se de novas estratégias de governança transnacional ambiental²¹ para que seja possível a construção de um compromisso solidário e global em prol do ambiente para assegurar, inclusive de maneira preventiva, a melhora contínua das relações entre os seres humanos e a natureza.

A crise ecológica é ainda agravada pela insuficiência de planejamento e políticas amplas e de longo prazo, pois as pessoas e os governantes que elaboram e executam importantes políticas públicas ainda não conseguem pensar globalmente os problemas ambientais. A pauta de preocupações ainda está restrita aos problemas visíveis, relacionados aos fatos concretos e ocorridos no entorno próximo, como é o caso dos lixões, desmatamentos e queimadas. Falta sensibilização adequada das pessoas para a real dimensão da crise ecológica e da sua real ameaça à garantia da vida no planeta.²²

Para situar a gravidade da atual crise ecológica global, Canotilho adota a ideia de uma segunda geração de problemas ambientais, não mais preocupada apenas com os problemas de âmbito local, mas também com os seus efeitos combinados por vários fatores e com as suas implicações globais e duradouras, como ocorre, por exemplo, no caso da destruição da camada de ozônio e do aquecimento global. Esses desafios exigem uma especial *sensitividade ecológica* da comunidade global para

21 Sobre esse tema ver: BODNAR, Zenildo; CRUZ, Paulo Márcio. Pensar globalmente y actuar localmente: el estado transnacional ambiental em Ulrich Bech. *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, v. 1, p. 51-59, 2008; e BODNAR, Zenildo; CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; CRUZ, Paulo Márcio. O estado transnacional ambiental em Ulrich Beck e suas implicações com o estado constitucional e a administração pública. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, n. 22, 2008. Nesses trabalhos, propõe-se a consolidação de “espaços transnacionais” de proteção do meio ambiente, estruturado como uma grande teia de proteção do planeta, regido por princípios ecológicos e que assegure alternativas e oportunidades democráticas mais inclusivas, participativas e emancipatórias e tenha como preocupação garantir um mundo melhor para as futuras gerações.

22 Conforme Zenildo Bodnar e Paulo Márcio Cruz, esse quadro aponta para a necessidade do estabelecimento de novas estratégias democráticas de governança da regulação climática para o acesso e a adequada gestão dos bens ambientais e o compartilhamento solidário de responsabilidade enquanto grande desafio do milênio. BODNAR, Zenildo; CRUZ, Paulo Márcio. O clima como necessidade de governança transnacional: reflexões pós-Copenhague 2009. In: SILVEIRA, Alessandra (Coord.). *Direito da União Europeia e transnacionalidade*. Quid Júris: Lisboa, 2010. p. 384.

que não sejam comprometidos de forma irreversível os legítimos interesses das futuras gerações.²³

Ao estudar os postulados jurídico-analíticos para a compreensão dos problemas ambientais e o papel dos Estados, Canotilho²⁴ destaca a importância do *postulado globalista*, o qual, para ele, significa que a proteção do ambiente não deve ser feita apenas no âmbito dos sistemas jurídicos estatais isolados, mas sim no dos sistemas jurídico-políticos transnacionais, de forma a que se alcance um *standard* ecológico ambiental razoável em todo o planeta e, ao mesmo tempo, estruturando uma responsabilidade global, de Estados, organizações e grupos, quanto às exigências de sustentabilidade ambiental.

Nessa mesma linha de raciocínio, Henrique Leff²⁵ explica que hoje o conceito de ambiente se defronta necessariamente com estratégias de globalização e que a reinvenção do mundo, conformado por uma diversidade de mundos, pressupõe que se abra o cerco da ordem econômico-ecológica globalizada. Ele destaca ainda que o princípio de sustentabilidade surge como uma resposta à fratura da razão modernizadora e como uma condição para construir uma nova racionalidade produtiva, fundada no potencial ecológico e em novos sentidos de civilização²⁶ a partir da diversidade cultural do gênero humano.

A colaboração e a solidariedade transnacionais também são as palavras de ordem para a sustentabilidade global. A intensificação do fenômeno da globalização apresenta desafios importantes aos Estados e exige uma readequação qualitativa e estratégica do Direito, pois este, enquanto instrumento de controle social estatal, emanado de um ente

23 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional português: tentativa de compreensão de 30 anos das gerações ambientais no direito constitucional português. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. *Direito constitucional ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 2.

24 CANOTILHO, J. J. Gomes. Estado constitucional ecológico e democracia sustentada. In: FERREIRA, Helini Silvini; LEITE, José Rubens Morato. *Estado de direito ambiental: tendências: aspectos constitucionais e diagnósticos*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 05-06.

25 LEFF, Henrique. *Saber ambiental: sustentabilidade, racionalidade, complexidade e poder*. Tradução de Lúcia M. E. Horth. Petrópolis: Vozes, 2006. p. 31.

26 HUNTINGTON, Samuel P. *Choque de civilizações?* Texto crítico de Pedro Martinez Montávez. Madrid: Tecnos, 2002.

soberanamente isolado no planeta, já não produz mais respostas eficazes para assegurar um futuro com sustentabilidade progressiva para toda a comunidade de vida e em escala global.

Necessita-se da construção e consolidação de uma nova concepção de sustentabilidade global, como paradigma de aproximação entre povos e culturas, e da participação do cidadão de forma consciente e reflexiva na gestão política, econômica e social.

A sustentabilidade deve ser construída a partir de múltiplas dimensões que incluam, além da jurídica, as variáveis ecológica, social, econômica e tecnológica, tendo como base forte o meio ambiente. Para o Direito, como objeto da ciência jurídica, todas essas perspectivas apresentam identificação com a base de valores fundamentais, aí incluídos meio ambiente, desenvolvimento sustentável, direitos prestacionais sociais, dentre outros, cada qual com as suas peculiaridades e riscos. Pela importância e centralidade na ordem política atual, é possível afirmar, assim, que a sustentabilidade pode ser compreendida como impulsionadora do processo de consolidação de uma nova base meta-axiológica ao Direito.

Sobre a amplitude da sustentabilidade, Michael Decleris, em obra produzida por Piñar Mañas, explica que a mesma consiste na: a) conservação e recuperação, quando esta seja necessária, do adequado capital natural para promover uma política qualitativa de desenvolvimento; e b) inclusão de critérios ambientais, culturais, sociais e econômicos no planejamento e na implementação das decisões sobre desenvolvimento.²⁷ Deve-se acrescentar, no contexto da sociedade da comunicação digital, também a variável tecnológica como elemento de possível ampliação da sustentabilidade.

Uma das dimensões mais importantes, pela sua fragilidade e pela conexão direta com a tutela do meio ambiente, é exatamente a dimensão social. A socióloga espanhola Mercedes Pardo²⁸ defende que os pro-

27 PIÑAR MAÑAS, José Luis. El desarrollo sostenible como principio jurídico. In: PIÑAR MAÑAS, José Luis. *Desarrollo sostenible y protección del medio ambiente*. Civitas: Madrid, 2002. p. 24.

28 PARDO, Mercedes. El desarrollo. In: BALESTEROS, Jesús; PÉRES ADÁN, José (Edit.). *Sociedad y medio ambiente*. Madrid: Editorial Trotta, 2000.

blemas relacionados ao meio ambiente são problemas de organização social e que o desenvolvimento sustentável inclui três concepções: social, econômica e ecológica. Ela afirma que a sustentabilidade ecológica pressupõe a social.

Um dos objetivos mais importantes de qualquer projeto de futuro com sustentabilidade é a busca constante pela melhoria das condições de vida das populações mais fragilizadas socialmente. Isso porque os problemas sociais e ambientais estão necessariamente interligados e somente será possível tutelar adequadamente o meio ambiente com a melhora das condições gerais dessas populações.²⁹ Boaventura de Souza Santos³⁰ sugere que a crise ambiental decorre diretamente da transnacionalização da pobreza, da miséria e da fome, incluindo esses temas entre os principais problemas na relação social mundial e como causadores de degradação ambiental.

Na perspectiva econômica, hoje também há plena conscientização da importância da consolidação da sustentabilidade. Isso porque a base da produção depende necessariamente do sistema natural, ou seja, do que é pela natureza gerado, e, em especial, da energia.

A sustentabilidade importa em transformação social, sendo conceito integrador e unificante. Isso implica a celebração da unidade entre homem e natureza, com origens e destinos comuns, o que pressupõe um novo paradigma, portanto.

Embora o conteúdo da sustentabilidade esteja historicamente direcionado às bases da produção nos modelos capitalistas liberais, essa noção deve ser ampliada para que os beneficiários do desenvolvimento sejam todos aqueles componentes bióticos e abióticos que garantirão a vida em plenitude, inclusive para as futuras gerações.

29 Para Amartya Sen, o desenvolvimento real e pleno, em consonância com o que pensa o autor do presente capítulo, somente será alcançado com a expansão dos âmbitos das liberdades solidárias em coabitação com a sustentabilidade. Para ele, “desenvolvimento consiste na eliminação de privações de liberdade que limitam as escolhas e as oportunidades das pessoas de exercer ponderadamente sua condição de agente [...] assim, com oportunidades sociais adequadas, os indivíduos podem efetivamente moldar seu próprio destino e ajudar uns aos outros”. SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 10, 26.

30 SANTOS, Boaventura de Souza. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. São Paulo: Cortez, 2001. p. 42 e ss.

A preocupação da geração atual não deve ser a de apenas garantir às futuras gerações a mesma quantidade de bens e recursos ambientais atualmente disponíveis. A insuficiência desse objetivo é evidente. Isso porque o capitalismo sem controle e as precárias condições de vida de muitos seres humanos geraram um desenvolvimento historicamente insustentável e já levaram a atual geração a uma situação de crise pela clara limitação de muitos bens primordiais para a vida plena. Assim, é fundamental que toda a inteligência coletiva e que todo o conhecimento científico acumulado estejam também a serviço da melhora das condições de toda a comunidade de vida futura, e não apenas a serviço do ser humano. A sustentabilidade é a nota que deve servir de guia para toda e qualquer política pública e também para as relações privadas.

Loporena Rota³¹, nesse mesmo sentido, defende que é falsa a concepção que sugere que um determinado desenvolvimento social exige um pouco de sacrifício ambiental e acrescenta que sacrificar o meio ambiente para lograr um maior desenvolvimento econômico é decisão própria de quem não conhece a problemática ambiental. Para ele, não há contradição entre economia e meio ambiente, que podem caminhar juntos. Nessa mesma linha, Martín Mateo³² sustenta que os postulados da economia e da ecologia não são necessariamente contrapostos, já que podem formar uma integração harmoniosa.

Isso é de extrema relevância porque, no modelo atual de globalização, com repercussão nos ordenamentos jurídicos, é o mercado quem atua com enorme força, fluidez e liberdade, praticamente impondo as regras do jogo. O protagonismo não é mais o da sociedade nem o dos Estados. Essa lógica de submissão exclui ou sufoca outras dimensões imprescindíveis para a sustentabilidade, como a ecologia e o necessário controle político e social.³³ Diante desse cenário, é válido sustentar que

31 LOPORENA ROTA, Demétrio. El derecho al desarrollo sostenible. In: EMBID IRUJO, Antônio (Dir.). *El derecho a un medio ambiente adecuado*. Madrid: lustel, 2008. p. 73.

32 MARTÍN MATEO, Ramón. La revolución ambiental pendiente. In: PIÑAR MAÑAS, José Luis. *Desarrollo sostenible y protección del medio ambiente*. Madrid: Civitas, 2002. p. 55.

33 Ao abordar esse tema, Ulrich Beck denomina esse efeito da globalização de globalismo, e o caracteriza como uma “ideologia do império do mercado mundial”. In: BECK, Ulrich. *O que é globalização?* São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 22.

o Direito possa ganhar novo impulso e força a partir de um novo paradigma para influenciar positivamente os destinos da humanidade.

A concepção sustentada neste capítulo é semelhante àquela defendida por Klaus Bosselmann³⁴, numa das obras jurídicas mais completas da atualidade sobre sustentabilidade, na qual defende enfaticamente a necessidade da sua aplicação enquanto metavalor basilar de todo ordenamento jurídico. Argumenta que a sustentabilidade deve contribuir com a *ecologização* dos demais princípios e, desde que devidamente impulsionado pela força real da sociedade civil, servirá também como caminho para uma governança com sustentabilidade ecológica e social.

As análises teóricas aqui realizadas sugerem que a sustentabilidade pode se consolidar como o novo paradigma indutor no Direito na pós-modernidade, pois funciona atualmente como uma espécie de metavalor, com vocação de aplicabilidade em escala global. Como sugere Rifkin³⁵, deve-se destacar que a sustentabilidade apresenta também incontestemente flexibilidade e a aplicabilidade necessárias para comportar a dialética discursiva das mais diversas forças sociais, podendo amalgamar de forma harmônica os demais valores e interesses legítimos da nova civilização empática.

5. TRANSNACIONALIZAÇÃO, DIREITO PROCESSUAL E COABITAÇÃO DE PARADIGMAS

Todo o contexto apresentado anteriormente está embasado no fenômeno da transnacionalização, presente no novo contexto mundial, surgido principalmente a partir da intensificação das operações de natureza econômico-comercial no período do pós-Guerra Fria, caracterizado - especialmente - pela desterritorialização, expansão capitalista, enfraquecimento da soberania³⁶ e emergência de ordenamentos jurídicos

34 BOSSELMANN, Klaus. *The principle of sustainability: transforming law and governance*. New Zealand: ASHAGATE, 2008. p. 79 e ss.

35 RIFKIN, Jeremy. *La civilización empática: la carrera hacia una conciencia global en un mundo en crisis*. Madrid: Paidós, 2010.

36 GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Unesp,

gerados à margem do monopólio estatal.

A transnacionalização é consequência da globalização (ou mundialização), pois nasce no seu contexto, com características que estão viabilizando o surgimento da categoria Direito Transnacional. Não se deve descolar a transnacionalização da globalização ou da mundialização, circunstância que levaria o pesquisador à complexa e infinita pesquisa de doutrinadores, cada um a seu jeito, a denominar as emergentes circunstâncias que moldam a vida contemporânea. Como Ulrich Beck escreve, buscar para a globalização uma definição é tarefa das mais complicadas.³⁷

A transnacionalização jurídica inclui também o chamado “transjudicialismo”. Esse termo surgiu, como ensina André Lupi, nos Estados Unidos e teve ampla repercussão a partir de artigo de Anne-Marie Slaughter, “Uma tipologia da comunicação transjudicial” (“A typology of transjudicial communication”).³⁸ Nesse trabalho, a autora explora as possibilidades de diálogo entre cortes de sistemas jurídicos diferentes e de recepção das experiências de outras jurisdições.

Tudo ocorre no âmbito discursivo, pois são as práticas de fundamentação das decisões que interessam. A fim de caracterizá-las, convém reproduzir sinteticamente a tipologia criada por Slaughter.

As variáveis consideradas pela autora para classificar a interação discursiva entre tribunais foram duas. Primeiro, analisa-se o pertencimento da corte de recepção ao mesmo sistema judiciário da corte emissora do precedente. A esse critério responde a classificação da comuni-

1991, p. 72.

37 Referência feita por: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana. *Direito e transnacionalidade*. Curitiba: Juruá, 2009. A referência ao enfraquecimento da soberania neste estudo ocorre de forma unidimensional, pois se concorda tanto com Ulrich Beck (*O que é globalização?* Tradução de André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 230), no que tange ao fortalecimento dos Estados relativamente à “soberania inclusiva”, quanto com Anthony Giddens, quando esse autor lembra o caráter dialético da globalização, afirmando que a perda de autonomia por parte de alguns Estados ou grupo de Estados tem sido frequentemente concomitante com um aumento dela por parte de outros, como resultado de alianças, guerras ou mudanças políticas e econômicas de diversos tipos.

38 Citada por: LUPI, André Lipp Pinto Basto. Jurisprudência brasileira e transnacionalidade: uma análise do transjudicialismo. In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana. *Direito e transnacionalidade*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 123.

cação em horizontal, entre tribunais de igual estatura, como as cortes supremas de dois Estados soberanos, e vertical, quando verificada a subordinação hierárquica.

Isso permite sugerir que o Direito da maioria dos países vem sendo redesenhado como resultado da sua inserção no mundo globalizado. Há, por exemplo, uma interface entre globalização, Direito Processual e transnacionalidade. Anseios por um Direito Processual transnacional e instrumental especulam alterações em modelos arcaicos, a exemplo das cartas rogatórias.

O Direito Processual tem como objetivo principal providenciar segurança jurídica à Justiça. Portanto, discussões centradas em direitos individuais cedem espaço para processos que vislumbram direitos coletivos, tudo sob forte impacto de uma nova concepção de tempo processual, produzido pela globalização digital.

Nunca o tempo foi tão inimigo do processo como o é agora. Nunca a função cautelar do Judiciário foi tão utilizada no mundo. Nunca o tempo que o juiz tem que ter para refletir sobre determinado conflito de interesses foi tão custoso e tão concorrido, tendente a inviabilizar a própria prestação jurisdicional. E a utilização da função cautelar foi determinada pela própria sociedade, modificando também o “velho processo”³⁹, baseado historicamente no processo de conhecimento.

Um dos maiores desafios que a globalização impõe ao Direito Processual consiste na formatação e promulgação de um conjunto de normas transnacionais de procedimento, como concebido em *Transnational rules of civil procedure*, proposto pelos professores Geoffrey C. Hazard Jr. e Michele Taruffo. Este último é professor na Itália, aquele primeiro nos Estados Unidos.

A proposta prevê a unificação, no possível, das normas processuais de várias famílias normativas. Uma primeira impressão mostra uma certa utopia na proposta de unificação de diplomas de processo. Normas

39 Arnaldo Godoy trata dessa questão em seu artigo denominado “Globalização, neoliberalismo e o direito no Brasil”, apresentado no II Taller de Interculturalidad, em Santiago, na Universidade do Chile.

processuais internas seriam usadas supletivamente, pressupondo intermináveis analogias e sincretismos procedimentais, de complexo implemento na vida fática.

Entretanto, os efeitos da globalização no processo podem ser sentidos na busca de sua efetividade, por meio de um instrumentalismo radical, por uma nova concepção de tempo, que justificaria novos modelos de ações, recursos, de antecipação de tutela e na massificação do uso da internet e de outros meios cibernéticos para cumprimento de atos processuais e acompanhamento de processos, na concepção de um Direito Processual coletivo, refletindo uma sociedade de massa, detentora de interesses difusos e coletivos. Tudo para uma tentativa de se implementar um Direito Processual transnacional.⁴⁰

Mas não só o Direito Processual é objeto de propostas de transnacionalização. Marcelo Neves⁴¹, ao abordar o “transconstitucionalismo”, mostra que há o entrelaçamento de ordens jurídicas diversas, tanto estatais como transnacionais, internacionais e supranacionais, em torno dos mesmos problemas de natureza constitucional. Ou seja, problemas de direitos fundamentais e limitação de poder que são discutidos ao mesmo tempo por tribunais de ordens diversas. Por exemplo, o comércio de pneus usados, que envolve questões ambientais e de liberdade econômica. Essas questões são discutidas ao mesmo tempo pela Organização Mundial do Comércio, pelo Mercosul e pelo Supremo Tribunal Federal no Brasil. O fato de a mesma questão de natureza constitucional ser enfrentada concomitantemente por diversas ordens leva ao que o autor denomina de “transconstitucionalismo”.

O que chama a atenção desde uma primeira leitura sobre a possibilidade do processo transnacional é que ele, expressamente, deve ser utilizado e lido apenas como indicador de interpretação das regras do processo. Esses princípios seriam destinados, principalmente, para julgamento de disputas comerciais transnacionais. E podem ser, igual-

40 Arnaldo Godoy, na mesma apresentação, cita Carlos Scarpinella Bueno, “Processo civil e globalização”, artigo in Carlos Ari Sundfeld e Oscar Vilhena Vieira (coord.).

41 NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Martins Fontes, 2009.

mente, utilizados para a resolução da maioria de outros tipos de disputas cíveis e servir como base para a adaptação das leis processuais ao ambiente transnacional.

O melhor exemplo nesse sentido foi o trabalho realizado, de 1967 a 1988, pelos uruguaio Adolfo Gelsi Bidart, Enrique Véscovi e Luis Torrello, que apresentaram um modelo de Código de Processo Civil destinado ao futuro processo de transnacionalização desse ramo do Direito, visando a um processo civil transnacional, voltado para resolver litígios em geral, e não só os de caráter do comércio exterior, como fruto de intensa discussão nos últimos anos e a partir de temas propostos em diversos países nos quais os Códigos de Processo Civil sofreram intensas alterações nas últimas duas décadas de modo a adaptarem-se aos ditames da globalização.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O que foi articulado até aqui nos remete necessariamente à discussão sobre a realidade mundial formada com a rede global e promovida pela hegemonia capitalista consolidada a partir de 1989, quando houve a derrocada do mundo soviético. O então chamado Segundo Mundo - denominação genérica para o grupo de países que compunham a extinta União Soviética - funcionava como uma espécie de anteparo que não permitia o espargimento do capitalismo por todo o globo terrestre. Sem esse anteparo, o capitalismo se globalizou e criou novos cenários, denominados pelo autor do presente capítulo de transnacionais.

Isso indica um “mundo novo”, uma espécie de continente não investigado que se abre a uma terra de ninguém transnacional, um espaço que perpassa o nacional e o local. Isso pode ser percebido na relação dos Estados para com as empresas multinacionais, o que acaba exigindo a emergência de um Direito Transnacional, por conta da persecução de uma pauta axiológica, que transita desde a questão vital ambiental até a luta pela ampla proteção e defesa dos direitos humanos.

Ao longo do texto procurou-se demonstrar que não faz sentido o ser

humano insistir que pode simplesmente continuar sua evolução enclausurado nos dogmas do Direito Moderno. Todos sabem que a modernidade, apesar de ter representado significativo avanço para a humanidade, acabou sendo todo um sistema teórico de justificação de desigualdades.

As desigualdades, em seu sentido mais amplo, social, econômico, cultural e tecnológico, constituem um dos fatores de maior agressão ao ambiente. Estima-se que a miséria e a pobreza respondam por um terço de toda a degradação ambiental no planeta.

Nesse contexto de crise multidimensional, surge um cenário extremamente receptivo para a emergência de novas instituições políticas e jurídicas que sejam capazes de agregar e articular atitudes solidárias e cooperativas envolvendo as pessoas, instituições e Estados na luta pela proteção de bens e valores imprescindíveis para assegurar a vida plena e duradoura no planeta.

O que se pretendeu demonstrar, com o presente texto, foi o câmbio valorativo produzido pelo ambiente criado com o fim da bipolarização ideológica e do mundo soviético, pela globalização e, principalmente, pelos sintomas evidentes de crise ecológica presentes no atual cenário mundial. Pela primeira vez o homem deu-se conta de que pode, efetivamente, pôr termo à vida na terra.

A evolução da sociedade e o crescimento exponencial da complexidade, em todas as dimensões, conduzem à inexorável certeza de que não é mais suficiente assegurar amplamente a liberdade, a igualdade material, dentre outros direitos de tipo apropriativo, próprios do capitalismo, se o mundo estiver à beira do colapso pelo esgotamento dos recursos naturais.

Com base nessa realidade, é possível também se propor a transnacionalização do Direito como promotora do que se convencionou chamar de Justiça Transnacional. O monopólio do Estado Constitucional Moderno, como única fonte legítima de lealdade política para seus cidadãos, começa a ceder seu lugar a um conjunto de identidades políticas mais pluralistas e múltiplas. As pessoas começam a se definir como membros de uma comunidade local, de uma nação ou uma federação multinacio-

nal, de uma região ou subcontinente, e como cidadãos do mundo. Essa evolução será o motor propulsor para a construção dos novos parâmetros de Justiça. Os seus impulsos universalistas e seus princípios orientarão seus seguidores para além de qualquer compromisso com um só nível de proposição jurídica e para além do Estado Constitucional Moderno na direção da construção de princípios de uma necessária teoria para a Justiça Transnacional numa globalização democrática. Em síntese, a compreensão da sustentabilidade, enquanto novo paradigma do Direito, deve resultar do aporte cognitivo fornecido pela sociologia, economia e também pela filosofia. Resta à ciência jurídica a importante função de se adequar a essa pauta axiológica comum humanitária, captar as realidades sociais, os seus desvios e riscos e promover estratégias objetivando mitigá-los e controlá-los para a realização plena do bem comum. Papel que também deverá ser do Direito Processual transnacional.

REFERÊNCIAS

BECK, Ulrich. *O que é globalização?* São Paulo: Paz e Terra, 1999.

BODNAR, Zenildo; CRUZ, Paulo Márcio. Pensar globalmente y actuar localmente: el estado transnacional ambiental em Ulrich Bech. *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, Espanha, v. 1, p. 51-59, 2008

BODNAR, Zenildo; CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; CRUZ, Paulo Márcio. O estado transnacional ambiental em Ulrich Beck e suas implicações com o estado constitucional e a administração pública. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, n. 22, 2008.

BODNAR, Zenildo; CRUZ, Paulo Márcio. O clima como necessidade de governança transnacional: reflexões pós-Copenhague 2009. In: SILVEIRA, Alessandra (Coord.). *Direito da União Europeia e transnacionalidade*. Quid Júris: Lisboa, 2010. p. 384.

BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

BOSELTMANN, Klaus. *The principle of sustainability: transforming law and go-*

vernance. New Zealand: ASHAGATE, 2008.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1995.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Estado constitucional ecológico e democracia sustentada. In: FERREIRA, Helini Silvin; LEITE, José Rubens Morato. *Estado de direito ambiental: tendências: aspectos constitucionais e diagnósticos*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional português: tentativa de compreensão de 30 anos das gerações ambientais no direito constitucional Português. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. *Direito constitucional ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CRUZ, Paulo Márcio. *Política, poder, ideologia e estado contemporâneo*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2004.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. O clima como necessidade de governança transnacional: reflexões pós-Copenhague 2009. *Sequência (UFSC)*, Florianópolis, v. 31, p. 319-339, 2010.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. A transnacionalidade e a emergência do estado e do direito transnacionais. In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (Orgs.). *Direito e transnacionalidade*. Curitiba: Juruá, 2009.

CRUZ, Paulo Márcio; FERRER, Gabriel Real. Los nuevos escenarios transnacionales y la democracia asimétrica. *V-Lex Revista*, Barcelona, v. 5, p. 12-24, 2010.

CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana. *Direito e transnacionalidade*. Curitiba: Juruá, 2009.

GODOY, Arnaldo. Globalização, neoliberalismo e o direito no Brasil. In: II TALLER DE INTERCULTURALIDAD, Santiago, Universidade do Chile.

KUHN, Thomas Samuel. *A estrutura das revoluções científicas*. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 2000.

LEFF, Henrique. *Saber ambiental: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder*. Trad. Lúcia Mathilde Endlich Orth. Petrópolis: Vozes, 2005.

- LOPORENA ROTA, Demétrio. El derecho al desarrollo sostenible. In: EMBID IRUJO, Antônio (Dir.). *El derecho a un medio ambiente adecuado*. Madrid: lustel, 2008.
- LUPI, André Lipp Pinto Basto. Jurisprudência brasileira e transnacionalidade: uma análise do transjudicialismo. In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana. *Direito e transnacionalidade*. Curitiba: Juruá, 2009.
- MARTÍN MATEO, Ramón. La revolución ambiental pendiente. In: PIÑAR MAÑAS, José Luis. *Desarrollo sostenible y protección del medio ambiente*. Madrid: Civitas, 2002.
- MORIN, Edgar. *O método 4: as ideias*. 3. ed. Tradução de Juremir Machado da Silva. Porto Alegre: Sulina, 2002.
- NALINE, José Renato. *Ética ambiental*. Campinas: Milenninum Editora, 2001.
- PARDO, Mercedes. El desarrollo. In: BALESTEROS, Jesús; PÉRES ADÁN, José (Edit.). *Sociedad y medio ambiente*. Madrid: Editorial Trotta, 2000.
- PIÑAR MAÑAS, José Luis. El desarrollo sostenibel como principio jurídico. In: PIÑAR MAÑAS, José Luis. *Desarrollo sostenible y protección del medio ambiente*. Civitas: Madrid, 2002.
- RIFKIN, Jeremy. *La civilización empática: la carrera hacia una conciencia global en un mundo en crisis*. Madrid: Paidós, 2010.
- SACHS, Ignacy. *Caminhos para o desenvolvimento sustentável*. Tradução José Lins Albuquerque Filho. Rio de Janeiro: Garamond, 2002.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Globalización y democracia*. Bogotá: Palestra, 2002.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. São Paulo: Cortez, 2001.
- SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
- TOUCHARD, Jean. *La historia de las ideas políticas*. Trad. J. Pradera. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1993.
- VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Tradução de Tércio Sampaio Fer-

raz Júnior. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Elementos para uma crítica do Estado*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1990.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. 9. ed. Madrid: Trotta, 2009.

O IDEAL E O REAL EM DIREITOS HUMANOS: A NECESSÁRIA RECIPROCIDADE ENTRE OS PRINCÍPIOS UNIVERSAIS E AS FORMAS CONCRETAS DE VIDA¹

MAURÍCIO MARTINS REIS²

RAQUEL FABIANA LOPES SPAREMBERGER³

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A fundamentação normativa, especialmente no que se refere ao

- 1 Trabalho apresentado no I Seminário Nacional Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis, realizado nos dias 22 e 23 de outubro de 2015, na Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público.
- 2 Doutor em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos). Doutor em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Professor da Faculdade de Direito e do Programa de Mestrado da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP) e do Instituto de Desenvolvimento Cultural (IDC). Desenvolve pesquisas interdisciplinares acerca da especificidade decisória da interpretação conforme, no bojo da matriz hermenêutica que reivindica para a jurisdição a elaboração de respostas constitucionalmente adequadas, num espaço de atuação autônomo diante do controle de constitucionalidade tradicional (cujo viés fiscaliza a lei abstrata, e não as interpretações dela emanadas).
- 3 Pós-doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professora adjunta do Curso de Graduação e do Programa de Mestrado em Direito e Justiça Social da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Rio Grande (Furg). Professora da Faculdade de Direito e do Programa de Mestrado em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, RS. Professora pesquisadora do CNPq e Fapergs. Grupo de pesquisa: Direito e Justiça Social - Constitucionalismo Latino-Americano e Direito e Justiça Social.

fundamentar de normas de direitos fundamentais e de direitos humanos, passa necessariamente pelo crivo da reflexão argumentativa, ou seja, pelo rigor filosófico com que as premissas se instauram no discurso jurídico, de maneira a evitar-se a prática do arbítrio e do império nefasto da ausência da razão. Parte-se do pressuposto de que ao jurista compete o desafio de responder acerca das expectativas de que o seu ponto de vista - fundamentado, evidentemente - seja relevante para a comunidade como um todo, isto é, para os seus semelhantes. Nesse sentido, carece de importância o desmembramento do que seja a fundamentação filosófica para o Direito, especialmente quando se trata de reivindicar o papel da reflexão no seio das práticas jurídicas contemporâneas, assimiladas cada vez mais a partir do núcleo axiológico verificável nos pressupostos do Estado Democrático de Direito e no horizonte internacional de tutela dos direitos humanos.

Quando se aborda o aspecto da fundamentação reflexiva ou filosófica de específica matriz normativa, ergue-se tão logo o desafio de responder sobre a polêmica de uma matriz universal de pensamento capaz de justificar racionalmente o correlato ponto de apoio. Nesses termos, parece pertinente de imediato evidenciar uma diferença entre o desiderato de uma concepção reflexiva com pretensões de universalidade e, por outro lado, o condicionamento dela em face de uma perspectiva concreta sociocultural. Noutros termos, seria autoevidente ou tida como uma consequência lógica inevitável a relativização das pretensões reflexivas de universalidade da razão se admitíssemos como assente a prévia e múltipla determinação fático-contextual das correlatas expectativas de sentido que acompanham a comunidade dos intérpretes? Parece-nos que a resposta deve ser negativa, e isso tentará ser explicado nas linhas desta introdução.

Mostra-se importante definir tão logo que o modelo epistêmico de uma ou de variadas racionalidades, erigindo-se daí a controvérsia entre os que propugnam a existência de um discurso universal e aqueles que incitam as dualidades sociais entre âmbitos discursivos dominantes e subjugados, não se mostra uma antinomia invencível suscetível de ex-

trema resolução pela prevalência absoluta de um dos polos. Isso quer dizer que a prévia definição de uma metainstituição transcendental - como quer ser o discurso argumentativo enquanto modelo epistêmico tendente à universalidade - a proporcionar a unidade de todas as formas do mundo da vida não necessariamente implica o endosso de que as instituições socioculturais variantes do contexto fático mereçam um tratamento abstrato uniforme e, pois, destituído de temperamentos locais, muito menos significa a sobrecarga de uma espécie concreta de racionalidade a oprimir direitos inalienáveis em benefício de interesses determinados. A fundamentação reflexiva no Direito, então, resgata uma competência filosófica pragmática e transcendental com o intuito de sustentar pretensões éticas universais mediante o correspondente arranjo conceitual reflexivo das relações humanas escoradas em condições particulares de um mundo antecedente a lhes oferecer determinada e indispensável prévia compreensão (APEL, 2005a, p. 131).

A fundamentação normativa possuiria, assim, uma inequívoca estrutura reflexiva universal pressuposta no discurso argumentativo, cuja ética básica de arquitetônica racional sequer pode ser refutada por aqueles que defendem movimentos de contraequilíbrio e resistência através de filosofias da periferia (como a Filosofia da Libertação), conforme Dussel (1995, p. 70), isto é, aquelas representantes das vozes oprimidas pela exclusão histórica de culturas e comunidades não hegemônicas. A argumentação, tomada a dimensão pragmática e transcendental da linguagem, predispõe, destarte, o princípio ético fundamental atinente à dimensão performativa: a aceitação recíproca de todos os participantes como detentores de iguais direitos. A concepção performativa não se basta apenas com o aspecto semântico de argumentação, o qual se reduz à caracterização formal e proposicional da linguagem utilizada pelos interlocutores; quem argumenta aceita implicitamente, por força de estar já implicado na rede pragmática da interação social, os pressupostos transcendentais da argumentação. Caso contrário, o cético que põe à prova o reconhecimento mútuo pelas razões argumentativas incorreria numa contradição performativa (OLIVEIRA, 1993, p. 25).

Ao abordar projetos filosóficos paralelos ao seu, Enrique Dussel reconhece a extravagância do posicionamento teórico neopragmatista (representado por Richard Rorty, por exemplo) que milita em favor da incomensurabilidade dos discursos. Nem a Filosofia da Libertação preconizada por Dussel iria tão longe, na medida em que ela demarca a possibilidade da comunicação racional capaz de acolher a interpelação dos sujeitos historicamente oprimidos (DUSSEL, 1995, p. 128). Noutra passo, ao avaliar criticamente o papel do colonialismo efetivado pela razão humana ao longo da história, mormente em sede de um protocolo voltado aos interesses do Norte (com primazia eurocêntrica), o autor também dista do pensamento de Apel em torno da universalização preconizada pela filosofia pragmático-transcendental.

O problema se encontra precisamente na definição desse meio-termo filosófico defendido pelas filosofias da periferia, cujo lugar, é bem de se dizer, não se deixa desconstruir em discursos incomensuráveis pelo filtro da razão, mas que tampouco se sujeita a um princípio reitor, de nível transcendental para o universo contrafático de pretensão de todos os envolvidos na argumentação racional. Em alguma medida, os discursos filosóficos contra-hegemônicos soerguem ressalvas casuísticas arbitrárias antitéticas ao próprio campo argumentativo universal de onde eles partiram enquanto pauta de comunicação discernível. Para ser mais preciso: a universalidade transcendental preconizada pela filosofia, nos termos de uma moral radicada na racionalidade, não pode ser confundida com a estratégia discursiva de imposição do pensamento único, a impor dogmaticamente certa visão como única e totalizadora da realidade. Ao revés, tal postura universalista de uma ética contemporânea alicerçada na teoria discursiva pragmático-transcendental visa a levar a sério a acareação argumentativa das pretensões de validade implícitas na própria linguagem e no reconhecimento interpessoal dos atos performativos que estampam certa forma de vida e de autorrealização humanas.

A tarefa específica da fundamentação filosófica não pode se reduzir aos caracteres históricos e contingentes dos tipos fáticos de vida, subsu-

mindendo-se, então, a uma acareação estritamente empírica em cuja sede concreta não se podem encontrar parâmetros de validade, os quais, por excelência, remontam às condições de possibilidade de todo e qualquer discurso fático. Trata-se de a argumentação se socorrer de uma forma pressuposta de reflexão localizada em outro nível que não o ambiente sociocultural historicamente empírico e contingente, forma esta necessária e irrenunciável inclusive para o discurso do reconhecimento da alteridade e das eventuais práticas de exclusão, cujo substrato transcendental de incondicionalidade ou não relatividade não se confunde com certo “fundamento absoluto transcendente no horizonte de uma teoria metafísica de fundamentação” (OLIVEIRA, 2004, p. 149).

Perceba-se que há um salto epistemológico não explicado em Dussel, na medida em que o autor admite o caráter de pressuposição atinente ao nível transcendental da razão hermenêutico-compreensiva (reivindicado por Karl-Otto Apel) para logo depois rechaçá-lo em virtude das idiosincrasias concretas da real ou efetiva prática argumentativa, especialmente aquelas que se vinculam ao desacordo argumentativo ou à deliberada exclusão de atores sociais (DUSSEL, 1995, p. 63). A exterioridade, ou, nos termos do autor, o “ser Outro” (DUSSEL, 1995, p. 65), não poderia perfazer uma espécie de absoluta diferença (alguém a ser tido como “completamente outro”, conforme Dussel [1995, p. 64]), sob pena de se recair na incomensurabilidade antitética ao propósito de uma gramática, mesmo minimalista, dos direitos humanos. A fundamentação última reflexiva tencionada por Apel, ao incrementar duas partes para a ética, A e B, respectivamente ideal e real, possui o propósito de estabilizar um modelo transcendental de responsabilidade discursiva ou argumentativa tendente a inclusive confiar ao programa dos excluídos (por intermédio da Filosofia da Libertação dusseliana) o papel de delimitar máximas de ação com o propósito de equalizar as suas demandas de justiça (APEL, 2005a, p. 139). Apel se mostra, por isso, convencido em afirmar, ao nosso ver com razão, que o problema da interpelação dos excluídos articulado por Dussel, projetado contra a base conceitual da ética comunicativa, não chega a infirmar o enfoque

pragmático-transcendental da fundamentação última (APEL, 2005b, p. 185). A rigor, inexistente para Apel um pensar - mesmo individual - absolutamente solitário, eis que todos dependemos da comunidade ideal de comunicação como condição de possibilidade do exercício da razão e da prática argumentativa eficiente a se subtrair de mecanismos de coerção violenta e fatalismo sistêmico (RÖD, 1989, p. 132).

Assim sendo, Apel não propõe para a razão prática, por intermédio da reflexão pragmático-transcendental, uma pretensão de universalidade análoga a um programa axiomático. É preciso dizer que a fundamentação pragmático-transcendental, na articulação entre discurso ideal e real, “não decide a priori as regulações de conteúdo, e assim, em princípio, todos os conteúdos, mesmos os que indicam normas fundamentais de ação, devem poder ser postos em dependência de discursos reais” (OLIVEIRA, 1993, p. 28-29). Nada obstante, o filósofo contradita, por exemplo, pensamentos - como o de Michel Foucault - que desacreditam o papel de princípios morais universais em nossos mundos de vida; para Apel, “seria catastrófico tentar resolver a questão da vida boa (tanto dos indivíduos como dos povos), sem levar em conta os princípios universais da moralidade, desenvolvidos, primeiramente, por Kant” (FORNET-BETANCOURT; GÓMEZ-MULLER, 2002, p. 25). O alcance da universalidade, no entanto, jamais se consuma em definitivo para Apel: seja porque o princípio da fundamentação última se deixa conduzir pela historicidade contingente (seu reconhecimento de Heidegger) na sua constante reconfiguração reflexiva, não se abstraindo das condições contextuais concretas em busca do vértice absoluto a prescindir desses fatores particulares, seja porque existe uma relação de reciprocidade entre os princípios universais e as formas concretas de vida. Apel recomenda prudência para que nenhuma das duas vertentes (a ideal e a real) seja tomada de modo extravagante, evitando-se qualquer desdobramento tributário de uma reitoria excessiva, seja em favor da restrição universal, seja em benefício do casuísmo incólume.

Apel reconhece, pois, a complementaridade entre o princípio fundamental da moralidade discursiva e os discursos práticos oriundos da

fundamentação de normas materiais vinculadas a situações específicas, estes últimos sedimentados em torno de uma base contingente de consenso revisável historicamente. O filósofo insiste nessa demarcação, retomando a necessidade de serem estabelecidos os pressupostos necessários *a priori* de toda e qualquer comunicação argumentativa: é nessa instância, impassível de recondução ao ambiente histórico-contingente, que se instala a tarefa específica da fundamentação filosófica (OLIVEIRA, 2004, p. 152). Ao ser indagado sobre se essa vocação filosófica universal não se coloca arbitrariamente às custas das diferenças próprias de cada identidade cultural, Apel responde que tal ressalva se mostra um paradoxo retórico incapaz de conduzir ao postulado de uma ética universal (ou de uma gramática de direitos humanos), sendo “necessário fazer valer princípios formais universais igualmente para todos, se é que querem realmente fazer possível a pluralidade e a liberdade pessoal e individual” (FORNET-BETANCOURT; GÓMEZ-MULLER, 2002, p. 28).

A antecipação contrafática da comunidade ideal de comunicação (parte A da ética do discurso), por ser uma ideia reguladora, capacita a postura crítica diante das opiniões contingentes particulares responsáveis pelas pretensões de validade no interior da comunidade real de comunicação (APEL, 2005a, p. 133). O problema característico da exclusão apresentado por filosofias como a de Dussel enfatiza uma agrura especificamente considerada para a parte B - concreta - da ética do discurso. Ocorre que tanto a parte B, diretamente implicada ao impasse real da injustiça, quanto a parte A, considerada ideal, respondem às desavenças impostas pelos discursos contra-hegemônicos: o princípio básico de fundamentação da parte A reivindica a representação argumentativa dos interesses de todos os afetados, e não somente daqueles que efetivamente participam do escrutínio concreto das razões predominantes (APEL, 2005b, p. 186).

Assim, as condições idealizadas de prevalência argumentativa “não só contêm a igualdade de direitos de todos os parceiros da comunicação, mas também a obrigação de responsabilidade para com a solução dos problemas moralmente relevantes que emergem no mundo vivido”

(OLIVEIRA, 1993, p. 32). Na concepção de Apel, o fundamento normativo do princípio do discurso, por não prover exclusivamente do mundo da vida, senão de uma reflexão estrita acerca dos pressupostos moralmente relevantes retirados - pela via oposta a se evitar a contradição performativa - do foro universal da argumentação (e, a par e passo, do pensamento filosófico), é o que permite, nessa sua relação recíproca com os ambientes fáticos das formas comunitárias de vida, o efetivo reconhecimento dos direitos, no balanço reflexivo entre a igualdade e a diferença (OLIVEIRA, 2004, p. 158). Para o pensador, almeja-se para os dois âmbitos “uma relação de complementaridade entre, por um lado, os princípios normativos universalmente válidos com um caráter muito formal e, por outro, as tentativas que se devem fazer para modelar as formas de vida individuais” (FORNET-BETANCOURT; GÓMEZ-MULLER, 2002, p. 30).

Para provar esse ponto de vista, Apel adverte ser igualmente um equívoco a defesa de um relativismo radical como contraponto de resistência frente às desigualdades praticadas no curso da história em nome de uma razão universal eurocêntrica. Para ele, “é pela condenação do desacato dos europeus às normas da moralidade universal que podemos exigir reparação pelo eurocentrismo e pelo imperialismo cultural” (FORNET-BETANCOURT; GÓMEZ-MULLER, 2002, p. 29). E, num prisma bastante delimitado, o feminismo, o filósofo exemplifica a contradição performativa por ele tão combatida: “as feministas acusam o passado ao denunciar que os homens não respeitaram o princípio de igualdade em relação às mulheres e, por outro, sentem a tentação de defender um pensamento especificamente feminino”, um pensamento “que não conheceria uma razão e uma verdade universais, mas somente uma razão e uma verdade específicas das mulheres” (FORNET-BETANCOURT; GÓMEZ-MULLER, 2002, p. 29).

Apel se considera uma espécie de “ave rara” na filosofia, porquanto ele considera viável a empreitada de fundamentação racional do caráter obrigatório de uma norma moral com valor universal (FORNET-BETANCOURT; GÓMEZ-MULLER, 2002, p. 34), vale dizer, com esteio em ideias

reguladoras marcadas pela finitude histórica da humanidade, inclinándose, assim, favoravelmente para a orientação transparente do discurso, um pendor nada ingênuo (ou otimista em demasia) a ser confundido com a utopia da transparência total ou absoluta (FORNET-BETANCOURT; GÓMEZ-MULLER, 2002, p. 36). Mediante o apelo à comunidade ideal de comunicação, Apel, enquanto filósofo, se demite da ambiciosa tarefa - como se fosse um árbitro da razão - de propor a realização efetiva da moralidade substancial em sua plenitude, contentando-se em “expor unicamente as tradições ideais de comunicação na relação com a configuração das formas de vida individuais correspondentes” (FORNET-BETANCOURT; GÓMEZ-MULLER, 2002, p. 38).

O propósito destas linhas introdutórias consistiu em indicar, portanto, um discurso para a ética com o atino de reivindicar uma espécie de fundamento filosófico pela autenticidade, sem a qual, pela sua estrutura reflexiva com caráter abrangente, não se consegue propriamente efetivar o reconhecimento da diferença. Não há alteridade sem autenticidade, pois. A autenticidade, para Charles Taylor, envolve tanto aspectos de criação e construção, ou seja, elementos de originalidade e de oposição às regras convencionais de índole conservadora, quanto a exigência racional de que tais dissensos ocorram por intermédio do diálogo e do significado (TAYLOR, 2011, p. 73). O diálogo argumentativo, exigido por Apel e Taylor, interdita, destarte, a catarse do pensamento pós-moderno, cuja abertura demasiada acata todo e qualquer caminho como sendo igualmente legítimo.

Isso embute no pensamento pós-moderno, intencionalmente crítico, o próprio vício de que ele se encarrega de explicitamente rechaçar, ao impugnar as formas alheias de racionalidade tidas conservadoras e ortodoxas. Os discursos de resistência, então, desvinculados dessa pauta de racionalidade universal (reflexivo-discursiva), padecem dessa inelutável contradição performativa, pois não deixam de repristinar o antropocentrismo recorrentemente repudiado. Isso porque, como assevera Taylor, ao final, tais programas teóricos de desconstrução deixam o indivíduo “com uma sensação de poder e liberdade ilimitados perante um mundo

que não impõe norma alguma, pronto para desfrutar do ‘jogo livre’ ou entregar-se a uma estética do self” (TAYLOR, 2011, p. 67-68). É possível levar a sério, em contrapartida, o desafio de considerar o peso histórico de dependência dos jogos contingentes de linguagem e de formas de vida socioculturais sem se conduzir à inexorabilidade do desaparecimento do âmbito específico da reflexão filosófica cogitada de início para a fundamentação normativa legítima dos direitos humanos e fundamentais, isto é, acalentando a dialética de “tematizar reflexivamente as condições não contingentes do conhecimento válido do discurso contingente” (OLIVEIRA, 2010, p. 133).

I. EM BUSCA DOS CONSENSOS: A COLONIALIDADE EPISTÊMICA E O NÃO DIÁLOGO ARGUMENTATIVO DESDE O OUTRO SEMPRE AUSENTE

De acordo com o acima exposto, um dos principais debates necessários é o chamado consenso prévio, que se situa na ordem da pragmática transcendental e se determina pela inevitável concordância em relação às regras da linguagem que devem ser aceitas por todos, sob pena de autocontradição performativa. Segundo Ludwig (2006, p. 49), “o consenso concebido em condições ideais não será atingido plenamente nas situações concretas, nas situações de fato”. Para Apel, citado por Ludwig (2006), o único consenso que conserva sua validade *incondicional* é o do *princípio do procedimento*, porque é o que contém as condições de orientação para possíveis revisões de normas. Esse é o princípio normativo permanente que serve de ideia regulativa dos discursos práticos que pretendem fundamentar normas.

Verifica-se, assim, que há também na ética do discurso de Apel uma responsabilidade histórica, que possibilita o enfrentamento da questão dos consensos nos discursos reais. Desse modo, em tais discursos, além da ênfase no princípio de universalização, deve-se incorporar o saber das ciências empíricas e o saber especializado. Essa concepção indica, sem sombra de dúvida, a preocupação em estabelecer uma *mediação*

entre o princípio universalista da ética do discurso e a situação concreta de uma comunidade de comunicação real (LUDWIG, 2006, p. 52-3). É nessa seara da mediação entre o universalismo da ética dos discursos e a comunicação real que o diálogo argumentativo desde o *Outro* sempre ausente deve aparecer e se libertar de toda dominação.

Nesse sentido, percebe-se que, para Apel, citado por Ludwig (2006, p. 53), há a necessária *transformação da filosofia* para que ela tenha em conta a responsabilidade da “comunidade filosófica de comunicação” e possibilite a plena realização das condições exigidas, quando não dadas, no princípio geral da ética do discurso. Assim, para Dussel, há a necessária conexão *crítica* entre a teoria filosófica e a práxis social. Para esse autor, “a libertação da ótica da dependência e de dominação implica a *libertação da própria filosofia*: libertação do sujeito que produz filosofia e libertação do discurso produzido, o que significa a libertação do *etnocentrismo filosófico europeu*” (LUDWIG, 2006, p. 54). Para Dussel, citado por Ludwig (2006, p. 55), a libertação do *eurocentrismo* filosófico é importante condição quanto à possibilidade de um pensar desde a afirmação da *racionalidade negada*. Portanto, o processo de libertação da filosofia está no reconhecimento da racionalidade discursiva de outras comunidades filosóficas, desde realidades distintas, situadas para além da realidade das comunidades filosóficas hegemônicas (LUDWIG, 2006, p. 55).

Na linha das discussões sobre a hegemonia ou predominância de determinados saberes, contribuem Boaventura de Sousa Santos e Maria Paula Meneses (2010), a partir das chamadas “epistemologias do Sul”, que possibilitam a reflexão sobre a chamada racionalidade negada, ou a dificuldade de consensos entre os saberes, as práticas e as relações entre dominados e dominadores.

A expressão “epistemologias do Sul” é uma metáfora do sofrimento, da exclusão e do silenciamento de saberes, povos e culturas, portanto, dos direitos humanos dos “outros” que, ao longo da história, foram dominados pelo capitalismo e colonialismo - colonialismo que imprimiu uma dinâmica histórica de dominação política e cultural submetendo à

sua visão etnocêntrica o conhecimento do mundo, do sentido da vida e das práticas sociais. Percebe-se aí a afirmação de uma única ontologia, de uma epistemologia, de uma ética, de um modelo antropológico, de um pensamento único e sua imposição universal.

Muitos pensadores provenientes de diversas áreas refletiram e refletem sobre a colonização como um grande evento prolongado e de muitas rupturas, e não como uma etapa histórica já superada. 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 e também do conhecimento jurídico, como ocorrido no Brasil. Nesse sentido, fala-se em colonialidade, e não apenas em colonialismo. 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 suas ideias pretensamente universais (cristianismo, modernidade, Estado, democracia, mercado etc.) permitem e permitem a perpetuação da lógica da colonialidade (dominação, controle, exploração, dispensabilidade de vidas humanas, subalternização dos saberes dos povos colonizados etc.) (MIGNOLO, 2008, p. 293). 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. Ou seja, a retórica positiva da modernidade justifica a lógica destrutiva da colonialidade e acentua o conceito de subalterno (aqueles a quem os direitos humanos ainda não alcançaram). Saber é poder. Essa afirmação resume nossa premissa. O saber é um dos pontos de sustentação da dominação, em todos os territórios das atividades humanas. E, no processo atual da globalização, o domínio do saber tecnológico é 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 estes que tiveram e têm seus conhecimentos subalternizados, bem como seus direitos humanos.

Segundo Figueredo (2000, p. 84), a expressão “subalterno” começou a ser utilizada nos anos 1970, na Índia, como referência às pessoas colonizadas do subcontinente sul-asiático, e possibilitou um novo enfoque na história dos locais dominados, até então observados apenas do ponto de vista dos colonizadores e de seu poder hegemônico. Emergiria, assim, o nome “subalternidade”, que, de nome abstrato, teria seu sentido deslocado para certa concretude e visibilidade. Gayatri Chakravorty Spivak, no texto *Pode o subalterno falar?*, também conhecida por seu empenho na questão da subalternidade, aponta para o termo “subalterno” não apenas como uma palavra clássica para o oprimido, mas como representação aos que não conseguem lugar em um contexto globalizante, capitalista, totalitário e excludente, no qual o “subalterno é sempre aquele que não pode falar, pois, se o fizer, já não o é” (SPIVAK, 2010, p. 12).

Segundo a autora, a condição de subalternidade é a do silêncio; ou seja, o subalterno carece necessariamente de um representante por sua própria condição de silenciado. Por um lado, observa-se a divisão internacional entre a sociedade capitalista regida pela lei imperialista e, por outro, a impossibilidade de representação daqueles que estão à margem ou em centros silenciados (SPIVAK, 2010, p. 14). Figueredo (2000, p. 87) assevera que, de acordo com Spivak (2010, p. 14), escrevemos como povos que tiveram a consciência formada como sujeitos coloniais, e negar isso seria negar nossa história. É justamente nessa linha que Boaventura de Sousa Santos e Maria Paula Meneses (2010, p. 49), na obra *Epistemologias do sul*, enfatizam que o mundo é um complexo mosaico multicultural. Todavia, ao longo da modernidade, a produção do conhecimento científico foi configurada por um único modelo epistemológico, como se o mundo fosse monocultural, o que descontextualizou o conhecimento e impediu a emergência de outras formas de saber não redutíveis a esse paradigma. Assistiu-se, assim, a uma espécie de epistemicídio, ou seja, à destruição de algumas formas de saber locais, à inferiorização de outras, desperdiçando-se, em nome dos desígnios do colonialismo, a riqueza de perspectivas presentes na diversidade cultu-

ral e nas multifacetadas visões do mundo por elas protagonizadas (SANTOS; MENESES, 2010, p. 49).

2. AS VOZES SILENCIADAS DO SUBALTERNO E AS TENTATIVAS DE RUPTURA: EM BUSCA DE CONHECIMENTOS OUTROS

Deve-se ter presente que o Estado brasileiro não nasce das exigências do cidadão, e é a partir daí que se constrói no Brasil o conhecimento jurídico e nasce o conceito de subalterno. Segundo Boaventura de Sousa Santos, na obra *O discurso e o poder*, historicamente o Brasil é marcado pelo pluralismo de ângulo colonial, pois o Direito oficial implantado foi o Direito português, em específico as Ordenações. A relação entre o Direito oficial e o Direito tradicional da colônia foi de exclusão, e não de reconhecimento deste último. Não havia o reconhecimento de outro Direito além do Direito português. O Direito que brotava das relações sociais existentes na colônia era ignorado pelo Direito oficial português. A segunda expressão tem, de certa forma, ligação com a primeira. São os direitos dos povos indígenas que viviam no Brasil ao tempo da colonização (SANTOS, 1988). Qualquer ideia de pluralidade foi totalmente desconsiderada pelo Direito oficial português. Assim, o tipo de conhecimento construído foi o monista, cuja concepção parte da ideia de que o Direito só existe na forma de um sistema único e universal.

Percebe-se assim que uma visão monista do Direito pressupõe que um sistema jurídico existe quando as normas jurídicas são produto exclusivo do Estado. Todas as normas que estão fora do Direito estatal, de visível influência colonial, não podem ser consideradas como Direito. Para que se possa avançar na tentativa de construção de um outro tipo de conhecimento/discurso decolonial, ou de questionamento crítico a respeito de alguns aspectos das ideias kelsenianas, no que concerne à construção da ciência do Direito/do conhecimento jurídico monista, faz-se necessário “abandonar” um pouco a perspectiva tradicional e, por meio de uma linguagem um tanto alheia aos métodos tradicionais,

buscar compreender o agir dos juristas dentro dessa e de uma nova perspectiva epistemológica decolonial.

Evidentemente, isso implica um intercâmbio com diversos ramos do saber, e também, como assevera Linda T. Smith (1999), uma antropóloga maori da Nova Zelândia, trabalhar com a ideia de “descolonização de metodologias”. Descolonizar metodologias significa uma compreensão mais crítica dos pressupostos subjacentes, motivações e valores que motivam as práticas de investigação. Nesse sentido, concorda-se com a autora na defesa de que os pesquisadores precisam criticar seu próprio “olhar”.

Segundo Damazio (2011), diferente das metodologias clássicas de pesquisa científica, as metodologias decoloniais são pluralistas e se posicionam como uma ruptura desse tipo de pesquisa colonizadora que tem sido central para perpetuar a colonialidade em todos os seus aspectos. Há uma necessidade de produção de diferentes conhecimentos, que devem se originar a partir de distintas abordagens e conceitos. Autores como Michel Foucault, Edward Said e Walter Mignolo são exemplos dessas múltiplas perspectivas metodológicas.

Trata-se da possibilidade de ir além do discurso jurídico moderno/colonial e pensar condições outras do jurídico. Significa vivenciar o “Direito” não como um sistema fechado de normas jurídicas pensado apenas a partir do “Estado”, tampouco defender que conceitos como democracia, justiça e direitos humanos sejam entidades únicas definidas e válidas para todo o planeta. Nessa linha, Eloise Peter Damazio (2011, p. 150) assevera que

[...] para podermos nos mover nesta direção, precisamos nos distanciar da universalidade epistêmica (e suas concepções de verdade, sujeito de conhecimento deslocalizado e neutro, tempo linear, progresso, bem como as relações binárias tradicionais do pensamento filosófico) e nos direcionarmos para pluriversalidade epistêmica. Esta diz respeito a uma outra visão de mundo pautada na geopolítica e na corpo-

política do conhecimento. Nesse sentido, o fundamental é afirmar os saberes construídos a partir de distintos corpos em diferentes localizações. Representa, portanto, a entrada em cena do “outro”, do *anthropose* de suas formas de conhecimento “outras” em um processo decolonial da própria “lógica” epistêmica que dá suporte à colonialidade.

A entrada em cena do “outro” e de suas formas de conhecimento significa que por meio dos processos de decolonialidade epistêmica é possível buscar as reações e respostas daqueles que tiveram seus saberes subalternizados (saberes em um sentido amplo, incluindo práticas, memórias, subjetividades, direitos etc.), os quais foram considerados primitivos, inferiores, arcaicos etc. O que se pretende é a discussão ou mesmo a proposição de um pensamento jurídico “outro”, que parta da emergência dos saberes jurídicos latino-americanos subalternizados, e não da perspectiva jurídico-epistemológica eurocêntrica e colonial do conhecimento.

Para muitos pensadores jurídicos, tanto o Direito como o Estado, por estarem vinculados à tradição moderna, associados à razão, são considerados como soluções universais que devem ser aplicadas em toda parte. As “leis do Direito” são abordadas como “leis naturais” ou as “leis da natureza”. Isto é, confundem uma forma de Direito com o Direito. Sabe-se que o modelo atual de Estado é homogeneizador porque implica uma só nação, cultura, direito, exército e religião. Tal modelo predomina nas cabeças das elites, da cultura e até nas forças progressistas, que são ou podem ser aliadas nesse processo. Verifica-se então a importância em defender outro tipo de unidade na diversidade, que não seja simplesmente aceita, senão celebrada. A partir dessas reflexões, propõe-se que o pensamento decolonial e a interculturalidade podem ser utilizados como ferramentas teóricas capazes de permitir uma análise da produção dos conhecimentos jurídicos, vinculando-os à colonialidade epistêmica.

Nessa nova realidade, em que o cidadão adquire a condição de *par-*

ticipante de um outro tipo de conhecimento, prudente para uma vida decente, ou da consciência emergente da diversidade social e cultural, a existência de desequilíbrios, fatores de tensão, divergências de valores e posicionamentos culturais distintos estão na base do surto de uma reflexão sobre a pedagogia intercultural, metodologia estritamente vocacionada para a compreensão da diferença, da aceitação do outro (e isso é direitos humanos).

Verifica-se, assim, a presença do termo ‘interculturalidade’, que pode ser usado para “significar e representar um processo e projeto político-social transformador” (WALSH, 2009, p. 83). Para Walsh, a interculturalidade, nesse sentido, pode ser considerada como uma ferramenta conceitual central para a construção de um pensamento decolonial. Primeiro, porque está concebida e pensada desde a experiência vivida da colonialidade; segundo, porque reflete um pensamento não baseado apenas nos legados eurocêntricos ou da modernidade; e, terceiro, porque tem sua origem no Sul, dando assim uma volta na geopolítica dominante do conhecimento, que tem tido como centro dominante o Norte (WALSH, 2009).

Segundo Damazio (2011), diferente do multiculturalismo oficial, no qual a diversidade se expressa em sua forma mais radical, por separatismos e etnocentrismos, e, em sua forma liberal, por atitudes de aceitação e tolerância, a interculturalidade, como é entendida pelos grupos historicamente subalternizados, diz respeito a complexas relações, negociações e intercâmbios culturais que emergem de espaços de fronteira. Trata-se de uma interação entre pessoas, conhecimentos, práticas, lógicas, racionalidades e princípios de vida diferentes. Uma interação que admite e que parte das assimetrias sociais, econômicas, políticas e de poder e também das condições institucionais que limitam a possibilidade de que o “outro” possa ser considerado sujeito com capacidade de atuar (WALSH, 2009, p. 45).

Assim, os fundamentos e os pressupostos da cultura jurídica moderna, antropocêntrica e ocidental, passam a ser devidamente questionados. A proposição da decolonialidade e da interculturalidade epis-

temológica dos saberes político-jurídicos possibilitará uma redefinição e ressignificação da retórica emancipatória da modernidade, incluindo a análise de conceitos como democracia, direitos humanos e Estado, a partir de cosmologias e epistemologias do subalterno.

Segundo Damazio (2011), como parte de um sistema jurídico intercultural, é necessário incluir distintas maneiras de conceber e exercer os direitos. A interculturalização jurídica, para Walsh (2010), não deixa de lado o pluralismo jurídico, mas aprofunda sua prática e compreensão. Requer que o sistema “uninacional” e sua lógica-razão jurídica também se pluralizem dentro de um marco de justiça que parta da realidade do país, e não só do modelo do “direito moderno-universal-ocidental-individual”, modelo que, sem dúvida, é o que veio perpetuando a colonialidade (DAMAZIO, 2011). Para essa autora:

Não entendemos a decolonialidade da (*anthropos*)logia jurídica como algo dado e um objetivo final, mas como um processo de desobediência epistêmica contínuo. Nesse sentido, consideramos que não é possível decolonizar instantaneamente todos os âmbitos da produção de saberes, principalmente o âmbito acadêmico, pois há muitas amarras eurocêntricas que não podem ser questionadas e modificadas de uma única vez (por exemplo, as normas para um trabalho acadêmico). Por isso, também, defendemos que o processo decolonial é lento. Entretanto, nossa tarefa enquanto pesquisadores é impulsioná-lo e pensá-lo a partir desta nova realidade que visualizamos não só na América Latina, mas no mundo todo. Assim o conhecimento jurídico não é então mais aquele de um objeto e de sua objetividade, como o era para os epistemólogos positivistas. A epistemologia se transforma em uma perspectiva de interação entre o objeto e o sujeito (não são mais separados sujeito e objeto), conhecimento de um novo projeto, a que chamamos de princípio da projetividade (relação harmônica). A partir desses dados podemos compreender a busca frenética por novos paradig-

mas, plurais, interculturais, decoloniais (DAMAZIO, 2011, p. 179).

O Brasil, assim como outros países da América Latina colonizados por europeus e que herdaram o modelo universalista, deixou à margem índios, negros, pobres, entre tantos outros que se tornaram vítimas de um Estado desigual em oportunidades e distribuição de renda. Apesar disso, é possível comemorar as mudanças e evoluções ocorridas nas três últimas décadas e ter esperança num futuro próximo de menores níveis de pobreza e desigualdades, por isso a relevância do novo constitucionalismo latino-americano.

Percebe-se, assim, que, no aspecto jurídico, desenvolveu-se um sistema voltado para beneficiar os donos do poder, e não para a criação de um sistema justo. O perfil ideológico do constitucionalismo político, enquanto sustentáculo teórico do Direito Público do período pós-independência, traduziu não só o jogo dos valores institucionais dominantes e as diversificações de um momento singular da organização político-social, mas também expressou a junção notória de algumas diretrizes, como o liberalismo econômico, sem a intervenção do Estado, o dogma da livre iniciativa, a limitação do poder centralizador do governante, a concepção monista de Estado de Direito e a supremacia dos direitos individuais.

O antigo colonialismo foi substituído por um sistema de poder assimétrico e globalizado, cujo caráter é pós-nacional e pós-imperial. Suas principais características são a desigualdade estrutural, dentro de um sistema desregulamentado de livre mercado e de livre fluxo de capital, dominado pelo Primeiro Mundo, e os programas de reajuste estrutural, prevalecendo os interesses e modelos ocidentais de controle (HALL, 2003, p. 57).

Além do discurso da interculturalidade, a perspectiva da “descolonização” (do Estado, da sociedade) também entrou em evidência, principalmente na Bolívia e no Equador, a partir da primeira década deste século (sofrendo influência inclusive dos estudos acadêmicos latino-a-

americanos da decolonialidade, como Quijano, Mignolo etc.).

Sabe-se que decolonizar as estruturas da “sociedade”, do “Estado”, do “Direito” não significa somente propiciar a entrada em cena do “índio permitido” no oficial, na academia, nas Constituições e no Estado. Ou seja, a decolonialidade vai além da inclusão de pessoas e saberes não ocidentais em lugares tradicionalmente ocupados pelo *humanitas*. “Mesmo sendo iniciativas interessantes, pois ‘abrem’ espaços, é necessário ir além e decolonizar o conhecimento, questionando epistemicamente as relações coloniais” (DAMAZIO, 2011).

É impossível, portanto, mudar as relações de poder sem colocar em questão a relação de conhecimento que continua a vigorar nos dias atuais estabelecendo a diferença colonial, mesmo que disfarçada por discursos desenvolvimentistas, multiculturalistas e até mesmo denominados como descolonizadores. Não se trata apenas de estratégias e discursos que entram em conflito, mas do funcionamento da matriz de poder colonial em toda sua complexidade (DAMAZIO, 2011).

Para essa autora, “decolonizar o conhecimento, entretanto, não é tão simples, pois a colonialidade é mais sutil e complexa do que geralmente se pensa. Não é tão fácil decolonizar a modernidade/colonialidade apenas propondo mudanças simbólicas, de caráter retórico” (DAMAZIO, 2011).

Muito se fala que a América Latina está vivendo um processo de mudança, de transição, ou da emergência de um novo tempo, ou ainda de decolonização e decolonialidade. Nós também falamos nesses termos; porém, no âmbito jurídico, e é nesse contexto que defendemos a necessidade de uma profunda decolonialidade do conhecimento, nesse sentido, falamos em decolonialidade da (*anthropos*)logia jurídica moderna/colonial.

Sabe-se que a questão decolonial é ampla e diz respeito, principalmente, ao encobrimento da continuidade da epistemologia eurocêntrica, ou seja, do padrão de conhecimento que é imposto pelo *humanitas* como universal (nesse sentido, há um sujeito, um tempo e um lugar universal) e direcionado ao *anthropos* (o “outro”) com todas as suas

justificativas “salvacionistas”.

Isso significa que é fundamental, para a decolonialidade do conhecimento, decolonizar a (*anthropos*)logia jurídica moderna/colonial.⁴

Frise-se que decolonizar a (*anthropos*)logia jurídica não significa nem inversão das regras do jogo nem assimilação, inclusão ou reconhecimento do *anthropos*, tampouco é o estudo sobre o “outro”. Muito pelo contrário, é o “outro”, o *anthropos*, que aparece e questiona a perspectiva epistêmica que estabelece que certas formas político-jurídicas ou devem desaparecer ou devem apenas ser consideradas como etapas em direção às formas ocidentais que são concebidas de acordo com os padrões de conhecimento eurocêntricos.

Nesse ponto, é importante considerar que não se defende que o “outro”, o *anthropos*, está acima das relações de saber e poder, em um lugar privilegiado de enunciação da “verdade”. Tampouco entende-se a decolonialidade como uma missão de resgate essencialista de “culturas” autênticas e imóveis. Os saberes “outros” não são puros, são de fronteiras; além disso, não são melhores que os demais, apenas diferentes e têm seu direito a não ser subalternizados por uma lógica de conhecimento que se sustenta no racismo epistêmico.

Logo, a decolonialidade da (*anthropos*)logia jurídica moderna/colonial se pauta na necessidade da resposta decolonial do *anthropos* em relação a sua possibilidade de modificar (e não inverter) as relações de conhecimento colonizadoras e ir além da universalidade epistêmica, que se reflete na concepção de que noções como humanidade, direitos, direitos humanos, democracia, Estado, desenvolvimento, em suas con-

4 Segundo, destacamos que a (*anthropos*)logia é “moderna/colonial”; ou seja, essa relação de conhecimento subalternizadora do “outro” e dos seus saberes pode ser descrita a partir da perspectiva da modernidade/colonialidade, principalmente por meio da colonialidade do conhecimento. Nessa esfera, destacamos que os saberes “outros” são subalternizados na mesma medida em que se estabelece a universalidade epistêmica, ou seja, a ideia de um *locus* de enunciação privilegiado, localizado e deslocalizado no imaginário “ponto zero”, que produziria conhecimentos “verdadeiros” e válidos universalmente. Consideramos que para decolonizar a (*anthropos*)logia jurídica moderna/colonial é necessário, inicialmente, problematizá-la e assim mostrar como essa relação foi construída historicamente desde o surgimento do sistema mundo moderno/colonial (com Vitória, Las Casas e Sepúlveda), passando pela antropologia enquanto disciplina científica (com ênfase para junção entre colonialidade do espaço e colonialidade do tempo) até os dias atuais (DAMAZIO, 2011).

cepções eurocêntricas, são “verdadeiras” e válidas para todos os povos do mundo.

Defender que determinadas noções “ocidentais” não são “verdadeiras” e universais não é o único pré-requisito para se pensar decolonialmente. É preciso, principalmente, questionar a universalidade do lugar a partir do qual se estabelece o pensamento, as teorias, a filosofia. Ou seja, o *locus* de enunciação deve ser desmascarado e situado; só assim se poderá pensar para além da (*anthropos*)logia jurídica moderna/colonial.

O pensamento decolonial não busca, portanto, instaurar uma nova “verdade” em oposição às mentiras, mas busca pensar de outras maneiras, caminhar por outras lógicas (MIGNOLO, 2008, p. 106). Para Mignolo (2008), isso significa trocar não só os conteúdos, mas os “termos da conversa” (as condições epistêmicas e de poder). Não se trata de simples inversão de pensamento, que manteria intacta a matriz de poder colonial.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os laços de dominação e de poder que envolvem a produção do conhecimento e os sujeitos que dominam o espaço de tal produção perpassam as intrincadas relações políticas e econômicas que envolvem a geopolítica mundial. Os sistemas jurídicos e suas bases filosóficas mostram-se diretamente influenciadas por esse quadro. Hoje, mais que nunca na história do mundo moderno/colonial, observa-se a necessidade de um processo de mudança no sentido de construir estruturas de conhecimento que surgem da experiência da humilhação e marginalização. Começa a aparecer uma modificação, uma fratura na hegemonia da egopolítica na direção de uma geopolítica e corpopolítica decolonial do conhecimento. Democracia, direitos humanos, Estado agora se convertem em conectores de muitas caras. Já não têm seu fundamento na “Europa”, mas deverão ser negociados a partir da pluriversalidade epistêmica, ou seja, da interculturalidade a partir de uma perspectiva

crítica que possibilite o debate sobre um discurso para a ética com o atino de reivindicar uma espécie de fundamento filosófico pela autenticidade, sem a qual, pela sua estrutura reflexiva com caráter abrangente, não se consegue propriamente efetivar o reconhecimento da diferença.

REFERÊNCIAS

APEL, Karl-Otto. La pragmática trascendental y los problemas éticos Norte-Sur. In: *Ética del discurso y ética de la liberación*. Madrid: Editorial Trotta, 2005a.

APEL, Karl-Otto. La ética del discurso ante el desafío de la filosofía de la liberación. In: *Ética del discurso y ética de la liberación*. Madrid: Editorial Trotta, 2005b.

DAMAZIO, Eloise Peter. *Colonialidade e decolonialidade da (Anthropos) logia jurídica: da universalidade a pluriversalidade epistêmica*. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2011.

DUSSEL, Enrique. *Filosofia da libertação: crítica à ideologia da exclusão*. Traduzido por Georges Maissiat. São Paulo: Editora Paulus, 1995.

FIGUEIREDO, Carlos Vinícius da Silva. Estudos subalternos: uma introdução aos estudos subalternos. *Revista Raído*, Dourados, MS, v. 4, n. 7, jan./jun. 2010.

FLORES, Joaquín Herrea. *(Re)Invenção dos direitos humanos*. Trad. Carlos Roberto Diogo Garcia, Henrique Graciano Suxberger e Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

FORNET-BETANCOURT, Raúl. Pressupostos, limites e alcances da filosofia intercultural. In: SIDEKUM, Antônio (org.). *Alteridade e multiculturalismo*. Ijuí, Rio Grande do Sul: Editora Unijuí, 2003. p. 299-316.

FORNET-BETANCOURT, Raúl; GÓMEZ-MULLER, Alfredo. *Posições atuais da filosofia europeia*. São Leopoldo: Nova Harmonia, 2002.

GARCÉS, Fernando. Os esforços de construção descolonizada de um estado plurinacional na Bolívia e os riscos de vestir o mesmo cavaleiro com um novo paletó. In: VERDUM, Ricardo (Org.). *Povos indígenas: constituições e reformas*

políticas na América Latina. Brasília: Instituto de Estudos Socioeconômicos, 2009. p. 167-192.

GROSGOUEL, Ramon. Para descolonizar os estudos de economia política e os estudos pós-coloniais: transmodernidade, pensamento de fronteira e colonialidade global. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, Coimbra, n. 80, p. 115-147, mar. 2008.

HALL, Stuart. *Da diáspora: identidades e mediações culturais*. Organização Liv Sovik; Tradução Adelaine La Guardia Resende et al. Belo Horizonte: Editora UFMG; Brasília: Representação da Unesco no Brasil, 2003.

KELSEN, Hans. *A teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 2007.

LUDWIG, Celso L. A transformação e a teoria da libertação. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, v. 44. n. 1, 2006.

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.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Ética e racionalidade moderna*. São Paulo: Edições Loyola, 1993.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. Moral, direito e democracia: o debate Apel versus Habermas no contexto de uma concepção procedimental da filosofia prática. In: *Com Habermas, contra Habermas: direito, discurso e democracia*. Belo Horizonte: Landy Editora, 2004.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Ética, direito e democracia*. São Paulo: Editora Paulus, 2010.

REIS NETO, José. Contra o monismo metodológico kelseniano. *Revista Eletrônica de Metodologia Aplicada ao Direito*, Bahia, Faculdade de Direito, 25 jan. 2012.

RÖD, Wolfgang. O problema da fundamentação última na filosofia contemporânea. In: *Paradigmas filosóficos da atualidade*. Campinas: Papirus, 1989.

- SAID, Edward. *Orientalismo: o Oriente como invenção do Ocidente*. Tradução de Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *O discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1988.
- SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula (Orgs.). *Epistemologias do sul*. São Paulo: Cortez, 2010.
- SMITH, Linda T. *Decolonizing methodologies: research and indigenous peoples*. London: Routledge 1999.
- SPIVAK, Gayatri Chakravorty. *Pode o subalterno falar?* Tradução de Sandra Regina Goulart Almeida; Marcos Pereira Feitosa; André Pereira Feitosa. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2010.
- TAYLOR, Charles. *A ética da autenticidade*. Traduzido por Talyta Carvalho. São Paulo: É Realizações, 2011.
- TRINDADE, Maria Beatriz Rocha. Perspectivas sociológicas da interculturalidade. *Revista Análise Social: revista do Centro de Estudos das Migrações e das Relações Interculturais da Universidade Aberta*, v. 28, p. 869-878, 1993. Disponível em: <analisesocial.ics.ul.pt>.
- WALSH, Catherine. Interculturalidad, reformas constitucionales y pluralismo jurídico. *Boletín ICCI-ARY Rímay*, Quito, ano 4, n. 36, mar. 2002.
- WALSH, Catherine. Interculturalidad y colonialidad del poder. Un pensamiento y posicionamiento “otro” desde la diferencia colonial. In: CASTRO-GÓMEZ, Santiago; GROSGOUEL, Ramón (Orgs.). *El giro decolonial: reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global*. Bogotá: Siglo del Hombre-lesco-Pensar, 2007. p. 47-62.
- WALSH, Catherine. *Interculturalidad, estado, sociedade: luchas (de)coloniales de nuestra época*. Quito-Ecuador: Universidade Andina Simón Bolívar/Ediciones Abya-Yala, 2009.
- WALSH, Catherine. Interculturalidad crítica y pluralismo jurídico. In: SEMINÁRIO PLURALISMO JURÍDICO E MULTICULTURALISMO, 13-14 abr. 2010, Brasília. *Anais...* Disponível em: <http://ccr6.pgr.mpf.gov.br/institucional/eventos/docs_eventos/interculturalidad-critica-y-pluralismo-juridico> Acesso em 03 maio 2011.

OS TENSOS EQUILÍBRIOS SOCIAIS NA SOCIEDADE DE RISCOS: REFLEXÕES PRELIMINARES¹

ROGÉRIO GESTA LEAL²

SUMÁRIO: Notas Introdutórias. Modulações teóricas da Sociedade de Riscos: alguns questionamentos. Considerações finais. Referências.

RESUMO: As relações sociais e institucionais contemporâneas estão marcadas por níveis de tensionalidades os mais diversos, envolvendo problemas de ordem econômica, política, ideológica, dentre outros, o que gera multiplicidades de conflitos de difícil equação. Em face disso, o objeto deste estudo é verificar como a Teoria da Sociedade de Riscos pode auxiliar na compreensão desses cenários complexos e como isso impacta as relações sociais e institucionais contemporâneas, o que faremos a partir, fundamentalmente, das contribuições de Ulrich Beck e seus interlocutores.

PALAVRAS-CHAVE: Sociedade de Riscos. Democracia. Solução de conflitos sociais.

- 1 Este artigo é o resultando de pesquisas feitas junto ao Centro de Direitos Sociais e Políticas Públicas, do Programa de Doutorado e Mestrado da Universidade de Santa Cruz do Sul (Unisc), e vinculado ao Diretório de Grupo do CNPQ intitulado “Estado, Administração Pública e Sociedade”, coordenado pelo prof. titular dr. Rogério Gesta Leal, bem como é decorrência de projeto de pesquisa intitulado “Patologias corruptivas nas relações entre Estado, administração pública e sociedade: causas, consequências e tratamentos”, tendo sido apresentado no I Seminário Nacional Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis, realizado nos dias 22 e 23 de outubro de 2015, na Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público.
- 2 Doutor em Direito. Professor titular da Universidade de Santa Cruz do Sul (Unisc), do Programa de Doutorado e Mestrado em Direito. Professor da Fundação Escola Superior do Ministério Público. Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, junto à Quarta Câmara Criminal, cuja competência originária é julgar os crimes praticados por prefeitos e vereadores e os crimes contra a administração pública. Coordenador do Grupo de Pesquisa Internacional sobre Patologias Corruptivas. Professor convidado da Universidad da Coruña, Espanha; Uniminho, Portugal; Università Roma Trè, Roma; Universidad de Buenos Aires, Argentina.

SUMMARY: *Introductory notes. Theoretical modulations of Risk Society: some questions. Final considerations. References.*

ABSTRACT: *Contemporary social and institutional relations are marked by levels of most diverse tensions, involving plural problems of economic, political, ideological, and others, which creates multiplicity of conflicts of difficult equation. In view of this, the object of this study is to see how the Theory of Risk Society can assist in the understanding of these complex scenarios and how this impacts the contemporary social and institutional relations, what do we do from, fundamentally, of Ulrich Beck contributions and their interlocutors.*

KEYWORDS: *Risk Society. Democracy. Resolving social conflicts.*

I. NOTAS INTRODUTÓRIAS

As relações sociais e institucionais contemporâneas estão marcadas por níveis de tensionalidades os mais diversos, envolvendo problemas de ordem econômica, política, ideológica, dentre outros, o que gera multiplicidades de conflitos de difícil equação, a ponto de Ralf Dahrendorf sustentar que esta sociedade tem como marca a exclusão, o conflito social, e tal não se dá fundamentalmente entre classes, mas em face da desigualdade, da crescente pobreza e da perda de liberdade.³

Sob a perspectiva sociológica há quem diga, como Durkheim, que esses conflitos e tensões sociais evidenciam algo de *próprio* das relações intersubjetivas e institucionais em ambientes de alta competitividade e disputas, decorrendo daí muitos dos comportamentos tipificados penalmente, por exemplo; e, para além disso, “*un margen racional y prudente de delito hace a una comunidad socialmente sana, en tanto el delito traz a el umbral de lo admitido o tolerado por esa sociedad concreta en su momento histórico*”.⁴ Por certo que essa tese não pode ser admitida facilmente, até porque estar-se-ia aceitando o argumento de que a criminalidade e o conflito são da *natureza* daquelas relações, quando, na verdade, a sociologia mais contemporânea já demonstrou que há elementos culturais, econômicos e políticos que interagem nesses horizontes, evidenciando variáveis mais contingentes do que necessárias às

3 DAHRENDORF, Ralf. *En busca de un nuevo orden: una política de libertad para el siglo XXI*. Barcelona: Paidós, 2005.

4 DUKHEIM, Émile. *La division del trabajo social*. Madrid: Akal, 1995. p. 175.

suas ocorrências.⁵

A partir destas reflexões primeiras, o objeto deste estudo é verificar como a Teoria da Sociedade de Riscos pode auxiliar na compreensão desses cenários complexos e como isso impacta as relações sociais e institucionais contemporâneas, o que faremos a partir, fundamentalmente, das contribuições de Ulrich Beck e seus interlocutores.

II. MODULAÇÕES TEÓRICAS E FÁTICAS DA SOCIEDADE DE RISCOS: ALGUNS QUESTIONAMENTOS

Tem-se atribuído a Beck, acertadamente, a distinção de uma primeira modernização, em termos de tempo histórico, que ocorre ao largo da industrialização e criação da Sociedade de Massas da Revolução Industrial do século XVI em diante, em face de uma segunda modernização, na qual a sociedade se orienta à globalização e às transformações tecnológicas. Por outro lado, o autor alemão também destaca a progressiva fratura que tem sofrido o núcleo familiar da Sociedade Industrial, bem como a dinâmica das sociedades contaminadas por valores mercantis que pressionam a individualização de comportamentos dos atores políticos (físicos e jurídicos) a situações e cenários de extrema incerteza, gerando confusão de valores, incredulidade nas instituições e pessoas.⁶

5 Ver os textos de QUINNEY, Richard. *The social reality of crime*. Boston: Little, Brown and Company, 1980; e o livro *Critique of legal order: crime control in capitalist society*. Boston: Little, Brown and Company, 1992. Sem falar em autores clássicos, como: (a) Gabriel Tarde, em seu texto *Las leyes de la imitación*. Madrid: Daniel Jorro, 1907, com sua tese de que a criminalidade se imita como na moda; (b) Edwin Hardin Sutherland, nos seus *Principles of criminology*. Chicago: J. B. Lippincott Co., 1947, para quem o crime se aprende no âmbito da convivência social mediante processos similares às condutas ajustadas ao Direito (*social learning*). Ver também o excelente texto de MOLINA, Antonio García-Pablos de. *Manual de criminología: introducción y teorías de la criminalidad*. Madrid: Espasa-Calpe, 1988.

6 Pode-se dizer que três são os conceitos centrais de Beck na extensão de sua obra, risco, individualização e subpolítica. Ver o texto BECK, Ulrich. *La società cosmopolita: prospettive dell'epoca postnazionale*. Roma: Il Mulino, 2003. Diz o autor que: “*Mentre nella società industriale dominava la logica della ricchezza perseguita per liberarsi dalla povertà, la logica del rischio domina la Riskogesellschaft, dove in nome del progresso vengono compiute scelte con conseguenze imprevedibili*” (p. 12). É bem verdade que as considerações do autor se dão mais no âmbito do diagnóstico dos riscos reais e simbólicos da contemporaneidade, mais do que prognósticos de dever ser e agir em face de tais cenários.

Na primeira fase da modernidade - em especial no período que vai do início da Revolução Industrial, nos séculos XVII e XVIII, até princípios do século XX - a ideia de risco significava basicamente uma forma de calcular consequências bastante imprevisíveis decorrentes do modelo de crescimento econômico acelerado em detrimento do desenvolvimento social, havendo clara preocupação em desenvolver métodos e técnicas de representação estatística do risco, com probabilidades e previsão de acidentes, cálculos periciais, assim como modelos de redução de danos. Agrega ainda Beck que “*en el momento en que la naturaleza se vuelve industrializada y las tradiciones se vuelven opcionales, afloran nuevas formas de incertidumbre a las que Anthony Giddens y yo llamamos ‘incertidumbres manufacturadas’*”.⁷

A tese de Beck é a de que os riscos hodiernos que tem de enfrentar a sociedade não podem ser reduzidos a meras consequências colaterais dos déficits da modernidade que o aparato institucional e burocrático do Estado busca controlar; estas são, em verdade, efeitos do sucesso da própria modernidade com a proliferação de possibilidades existenciais (para o bem e para o mal) e de escolhas que cria. Nesta Sociedade de Riscos, a ideia que guiava a modernidade, qual seja, a de ser possível o controle dos efeitos colaterais e das decisões do homem, restou em crise, razão pela qual Beck a define como uma sociedade do não saber, porque no estágio alcançado pelo desenvolvimento tecnológico os limites de controlabilidade dos riscos não têm se mostrado suficientes para evitar os danos que se consumam cada vez mais; ao contrário, cada aumento de saber/conhecimento/

7 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: 19 ago. 2015. Interessante notar a análise que Jock Young faz desses períodos históricos, ao dizer que as mudanças estruturais da modernidade contemporânea se fizeram acompanhar “por mudanças culturais não menos dramáticas: padrões de desejo foram transformados; a aldeia global engendrada pelos meios de comunicação de massa tornou-se uma realidade onipresente; os velhos padrões de esforço e recompensa foram redefinidos; o individualismo institucionalizado penetrou em áreas até então sacrossantas da vida social; a linguagem naturalista do mercado questionou e ameaça a metanarrativa da democracia social e da modernidade... Nossa existência é experimentada como uma série de encontros portadores de riscos, sejam reais ou sob a forma de medos e apreensões” (YOUNG, Jock. *A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 11).

técnica tende a coincidir com o surgimento de novos riscos.⁸ Daí o autor dizer que:

Muchas teorías sociales (incluidas las de Michel Foucault y las de la Escuela de Frankfurt de Max Horkheimer y Theodor Adorno) pintan la sociedad moderna como una prisión tecnocrática de instituciones burocráticas y conocimiento experto, en las que las personas son meros engranajes de una máquina gigantesca de tecnocrática y burocrática racionalidad. La figura de la modernidad dibujada por esta teoría de la sociedad del riesgo global contrasta vivamente con estas imágenes. Después de todo, una de las características más importantes de la teoría de la sociedad del riesgo, hasta ahora tan escasamente entendida en ciencia o política, es plantear con franqueza, al menos intelectualmente, las circunstancias aparentemente rígidas y ponerlas en movimiento. A diferencia de la mayoría de las teorías de las sociedades modernas, la teoría de la sociedad del riesgo desarrolla una imagen que hace las circunstancias de la modernidad contingentes, ambivalentes e (involuntariamente) susceptibles de reajustes políticos.⁹

A partir daí o autor alemão tem insistido na ideia de que é preciso melhor compreender as ameaças que pairam sobre as relações sociais

8 Ver o texto de BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Trad. Jorge Navarro, Daniel Jiménez y M.^a Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 1998. Em outro texto referido o autor diz que: “El conocimiento sobre los riesgos, por el contrario, está ligado a la historia y a los símbolos de la cultura propia (el entendimiento de la naturaleza, por ejemplo) y a la fábrica social de conocimiento. Esta es una de las razones por las que un mismo riesgo es percibido y manejado políticamente de formas tan diferentes por toda Europa y otras partes del mundo” (BECK, Ulrich. *Retorno a la teoría de la sociedad del riesgo*. Op. cit., p. 18).

9 Ibidem, p. 20. Ainda refere o autor: “Como sabemos, el diagnóstico de Max Weber es que la modernidad se transforma en una jaula de hierro en la que las personas deben sacrificarse a los altares de la racionalidad como el fellahim del Antiguo Egipto. La teoría de la sociedad del riesgo global elabora la antítesis: la jaula de la modernidad se abre (ver también Beck, 1994). Así pues, hay una utopía en la sociedad del riesgo y en la teoría de la sociedad del riesgo, la utopía de una modernidad responsable, la utopía de otra modernidad, muchas modernidades por inventar y por experimentar en diferentes culturas y partes del globo”.

a partir do século XX¹⁰, e isso porque desde há muito se vive em uma sociedade mundial em que quase inexistem espaços fechados de ação e reação social ou institucional - fenômeno que o autor chama de *globalidade*.

Essa globalidade vem caracterizada por alguns elementos tópicos, a saber:

(a) Certa *deslocalização* de causas e consequências de atos e fatos individuais e sociais, porque estes não se limitam a um único âmbito, mas possuem, no mínimo, três dimensões: uma dimensão espacial, porque os novos riscos se estendem para outros confins além dos limites dos Estados nacionais; uma dimensão temporal, eis que não se sabe qual a sua duração e modulações; uma dimensão social, em face de que os nexos causais e os processos de imputação das responsabilidades tornam-se mais complicados, sendo mais difícil a determinação exata das esferas sociais atingidas pelos riscos.

(b) Incalculabilidade das consequências devido fundamentalmente aos limites de conhecimento dos riscos contemporâneos. Tais limites têm radicalmente colocado em crise o otimismo epistemológico que tem caracterizado a primeira modernidade, amplificando paradoxalmente a capacidade cognitiva das ciências naturais, fazendo emergir riscos até então desconhecidos e aumentando a capacidade de manipulação do próprio ambiente por parte do homem, gerando ulteriores riscos.

(c) Não compensabilidade de danos que colocam em crise o princípio da segurança, baseado sobre mecanismos de compensação/ressar-

10 Ver, dentre outras obras do autor: BECK, Ulrich. *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*. Trad. Bernardo Moreno y M.^a Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 2001; *La democracia y sus enemigos*. Trad. Daniel Roberto Álvarez. Barcelona: Paidós, 2000; *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Trad. Jorge Navarro, Daniel Jiménez y M.^a Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 1998; *Teoría de la sociedad del riesgo*. In: *Las consecuencias perversas de la modernidad*. trad. Celo Sánchez Capdequí. Barcelona: Anthropos, 1996; *De la sociedad industrial a la del riesgo*. In: *¿Hacia una sociedad del riesgo?*. trad Alejandro del Río Herrmann, Madrid, Revista de Occidente, n.º150, 1993; *La reivindicación de la política: hacia una teoría de la modernización reflexiva*. In: *Modernización reflexiva: política, tradición y estética en el orden moderno*. trad. Jesús Alborés. Madrid: Alianza Universidad, 2001.

cimento dos danos eventualmente produzidos, na medida em que se deixa de dar prioridade à prevenção (o qual busca evitar a produção dos danos, limitando o surgimento dos riscos e suas consequências). A prevalência do princípio de prevenção tem de se impor em face de que, no quadro da Sociedade de Riscos, a exigência de segurança é elevada à máxima potência.¹¹

Ou seja, esta globalidade nos faz dar conta de que nada que ocorre no planeta pode ser tido como algo local, regional ou nacional, eis que as novas descobertas tecnológicas e científicas, os desastres e catástrofes ambientais e industriais afetam todo o mundo, razão pela qual devemos reorientar e reorganizar nossas vidas, assim como nossas instituições, tendo presente as relações inexoráveis do local vs. global.¹² Mas como se manifesta essa globalidade, conceito estratégico à Teoria da Sociedade de Riscos? Em oito fenômenos palpáveis, a saber:

(1) o alargamento do campo geográfico e a crescente densidade do intercâmbio internacional, assim como o caráter global da rede de mercados financeiros e do poder cada vez maior das multinacionais;

(2) a revolução permanente no âmbito da informação e das tecnologias da comunicação;

(3) a exigência, universalmente aceita, de respeitar os direitos humanos;

(4) as correntes icônicas das indústrias globais da cultura;

(5) a política mundial pós-internacional e policêntrica, havendo junto aos governos cada vez mais atores internacionais com cada vez maior poder (multinacionais, organizações não governamentais, Nações Unidas, dentre outras);

11 Ver o texto de RODOTÀ, Stefano. *Differenze sociali e democrazia a rischio*. Disponível em: <<http://www.lolandesevolante.net/blog/2013/08/differenze-sociali-e-democrazia-a-rischio/>>. Acesso em: 09 set. 2015.

12 Ver o texto de ROBERTSON, R. *Globalization: social theory and global culture*. Londres: Sage, 1992, que trata da perspectiva *glocal*, ou seja, global e local, pois as interações nesse particular são cada vez mais reais e impactantes.

- (6) o problema da pobreza global;
- (7) o problema dos danos e atentados ecológicos globais;
- (8) o problema dos conflitos transculturais em um lugar concreto.

Por outro lado, na lógica argumentativa do autor, a *globalização* se evidencia em face dos processos pelos quais os Estados nacionais soberanos se misturam e se sobrepõem mediante atores transnacionais e suas respectivas probabilidades de poder. Assim, o conceito de globalização vem descrito como um processo que cria vínculos e espaços sociais transnacionais, revaloriza culturas locais e traz em primeiro plano outras culturas.

Interessante notar que a globalidade e a globalização constituem, com suas especificidades, a Sociedade de Riscos, não como algo patológico e estranho à ordem das coisas, mas enquanto resultado das dinâmicas sociais que se estabelecem a partir daí, e, portanto, não se trata de buscar a aniquilação dos riscos, mas gestá-los com racionalidade e eficiência.

Mas ainda a globalização tem premissas pontuais que a diferenciam como impacto nas relações sociais e institucionais, a saber: a de que as ameaças ecológicas são catastróficas em nível mundial, mesmo que condicionadas por motivos políticos (perigo nuclear, atos terroristas, dentre outros), sociais (desigualdade social e miséria, que redundam em uma sobre-exploração dos recursos naturais), econômicos (que geram o aquecimento global, o efeito estufa, pelo uso do petróleo, assim como a exploração e contaminação do solo, produzidos pela ânsia de obter cada vez mais lucros).

O que Beck está propondo a partir dessas reflexões é que não há uma distinção radical entre natureza e cultura, mas ambas essas dimensões da vida humana se inter-relacionam constantemente, ora para potencializar a efetivação do homem, ora para colocá-la em riscos enormes, uma e outra possibilidade superando barreiras de classes e nações, porque a todos alcança, de uma forma ou de outra.

Ou seja, os riscos desses cenários de pós-modernidade possuem tendência imanente à globalização, eis que acompanha a produção industrial um universalismo de perigos, independentemente dos lugares de sua produção; assim, os processos de contaminação das cadeias alimentares em nível planetário, o problema das chuvas ácidas atacando prédios, obras de artes, plantações, lagos, dentre outros.

Em escalas menores, podemos afirmar que a complexidade das relações de mercado e os interesses econômicos - sempre presentes - estão a fazer surgir outras modalidades de riscos que não se equiparam ao nível de tragédia dos anteriormente referidos, atingindo perigo de vida às pessoas, alcançando preocupantes estratos de dignidade da vida cotidiana dos cidadãos, como é o caso da corrupção, que desvia os recursos públicos, inviabiliza diretamente políticas públicas de efetivação de garantias sociais, difusas e coletivas, e ao mesmo tempo fragiliza a confiança da sociedade nas instituições democráticas. Ou seja, “*este peculiar estatuto de la realidad de ‘ya-no-más-pero-todavía-no’ (ya no más confianza/seguridad, pero todavía no destrucción/desastre) es lo que expresa el concepto de riesgo y lo que lo hace un sistema de referencia público*”.¹³

Vai se configurando na Sociedade de Riscos o que se pode chamar de *metamorfoses do perigo*, difícil de delimitar e controlar, basta se ver o colapso dos mercados internacionais e nacionais e o que isso provoca nas relações sociais e institucionais (crescimento econômico excludente sem desenvolvimento social); serviços públicos deficitários em termos

13 BECK, Ulrich. *Retorno a la teoría de la sociedad del riesgo*. Op. cit., p. 09. Esse texto é importante porque nele Beck responde a uma série de críticas de seus interlocutores sobre a Teoria da Sociedade do Risco, dentre os quais: ADAM, B. *Timescapes of modernity: the environment and invisible hazards*. Londres: Routledge, 1998; KOMMISSION FÜR ZUKUNFTSFRAGEN. *Arbeitsmarkenwicklungen*, Bericht Teil II. Bonn: Bayerische Staatsregierung, 1997; LASH, S. Risk culture. In: ADAM, B.; BECK, U.; VAN LOON, J. (Eds.). *Positioning risk*. Londres: Sage, 1999; LATOUR, B. *We have never been modern*. Cambridge: MA, Harvard University Press, 1995; LUHMAN, N. *Risk: a sociological theory*. Nueva York: Aldine de Gruyter, 1993; PRIOR, L. Repositioning risk. In: ADAM, B.; BECK, U.; VAN LOON, J. (Eds.). *Repositioning risk*. Londres: Sage, 1999; ROBERTSON, R. *Globalization: social theory and global culture*. Londres: Sage, 1992; SCHÜTZ, A. *Ökologische Aspekte einer naturphilosophischen Ethik*. Frankfurt: Bamberg, 1984.

de direitos fundamentais sociais (o caso da saúde); os altos índices de corrupção abalando a confiança das e nas instituições; insegurança jurídica e desordem social, cumuladas com violência urbana e impunidade.¹⁴

Esses riscos têm, por sua vez, um efeito bumerangue, eis que afetam, cedo ou tarde, aqueles que os produzem e se beneficiam com ele (porque nunca é o bastante lembrar que o atual sistema capitalista é guiado à obtenção de benefícios privados pela via da legalidade e, por vezes, através do Estado¹⁵).

Ocorre que tampouco ricos e poderosos estão seguros em face dos riscos por eles também e principalmente provocados, servindo de exemplo disso o alcance dos danos ambientais a todos, sem discriminação de qualquer tipo. Vai-se reproduzindo retroalimentação entre danos que engendra espirais de destruição gradativa, fazendo com que se constitua uma sociedade amedrontada globalmente.¹⁶ Na dicção do autor, “*el discurso del riesgo empieza donde la confianza en nuestra seguridad termina, y deja de ser relevante cuando ocurre la potencial catástrofe.*

14 Na dicção de Jesús Alonso, “*las transmisiones y movimientos de peligros están con frecuencia latentes e inmanentes, es decir, invisibles e imposibles de rastrear por medio de las percepciones cotidianas. Esta invisibilidad social significa que, a diferencia de otros muchos temas políticos, los riesgos deben hacerse conscientes con claridad; sólo entonces se puede decir que constituyen una amenaza real, y esto incluye valores y símbolos culturales, así como argumentos científicos. Al mismo tiempo, sabemos, al menos en principio, que los impactos del riesgo crecen precisamente porque nadie sabe o quiere saber de ellos*” (ALONSO, Jesús Javier Alemán. De la sociedad del riesgo al desmantelamiento del estado de bienestar. *Revista Dilemata*, ano 5, v. 11. Madrid: Dilemata, 2013. p. 142).

15 Baumann já alertara para o fato de que “o propósito genuíno da política é garantir privilégio, não os atrelar à utilidade pública. Seu efeito é a isenção de um estreito grupo de bem-remunerados no topo da escala, de qualquer calamidade que suas atividades possam ter infligido a todos aqueles cujos meios de vida eles expuseram aos caprichos do destino” (BAUMANN, Zygmunt. *A riqueza de poucos beneficia todos nós?* Rio de Janeiro: Zahar, 2015. p. 51). Concordo com ele de que algumas políticas assim o são, em especial aquelas dependentes do mercado capitalista vigente.

16 É bem verdade que a teoria de Beck trabalha muito com a perspectiva ecológica e ambiental, mas esses ambientes não se resumem a questões de fauna e flora, por exemplo, mas incluem também os ambientes construídos e as relações que homens e mulheres mantêm com eles. Baumann alerta para o fato de que: “A grande maioria das pessoas, por mais que suas crenças e intenções sejam nobres e elevadas, se vê confrontada com realidades hostis, vingativas e acima de tudo indômitas; realidades de cobiça, corrupção, rivalidade e egoísmo onipresentes de todos os lados, e, por isso mesmo, realidades que aconselham e exaltam a desconfiança recíproca e a vigilância perpétua (BAUMANN, Zygmunt. *A riqueza de poucos beneficia todos nós?* Op. cit., p. 36).

*El concepto de riesgo delimita, por tanto, un peculiar estado intermedio entre seguridad y destrucción, donde la percepción de riesgos amenazantes determina pensamiento y acción”.*¹⁷

Por certo que esta sociedade mundial, que tem convergências a partir dos laços de temor em face do presente e futuro, tem também focos de resistências aos problemas que lhe constituem como coletivo, daí a correlação de forças que se estabelecem permanentemente, levando em conta o universo de diferenças e a pluralidade multicultural.

Não há cenários mais propícios para o fomento de ações criminosas as mais variadas, inclusive aquelas que não usam da violência física como base de suas propagações, mas se dão por vezes de maneira silenciosa e constante, vilipendiando não o patrimônio ou vida individual de vítimas identificadas fisicamente, mas o interesse e os bens públicos indisponíveis da sociedade, atingindo - direta ou indiretamente - a vida de milhões de pessoas, como é o caso da corrupção e da macrocriminalidade organizada, como o desvio de dinheiro público, a lavagem de dinheiro, a evasão de capitais, dentre outros.¹⁸

Nessas ambiências, em que os riscos são considerados como reais, as instituições (públicas, privadas, comerciais, políticas, científicas) e a vida cotidiana entram em crise igualmente, e o conceito de risco como relação entre acidente e probabilidade toma a forma de cálculo de probabilidade, o qual não pode deixar de lado situações piores das que se encontram e são renunciadas por aquilo que deveria ser somente possibilidade, mas pela natureza periculosa do risco exsurge como ameaça iminente de existir, fomentando reações sociais e institucionais as mais diversas (violentas, apressadas, autoritárias, equivocadas, dentre

17 BECK, Ulrich. *Retorno a la teoría de la sociedad del riesgo*. Op. cit., p. 10.

18 Aprofundo esse tema em meu livro LEAL, Rogério Gesta. *Patologias corruptivas nas relações entre estado, administração pública e sociedade*: causas, consequências e tratamentos. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2013. Ver igualmente o texto de BECK, Ulrich. *Retorno a la teoría de la sociedad del riesgo*. Op. cit., p. 12, quando lembra que: “*Cuanto más amenazantes sean las sombras que caen sobre el momento presente desde el terrible futuro que asoma en la distancia, más inevitable la conmoción que puede provocarse hoy por la dramatización del riesgo*”.

outras).¹⁹

E aí ganha fôlego o argumento de Beck no sentido de dizer que os riscos pelos quais passa a sociedade atual estão direta ou indiretamente relacionados com as definições culturais e *standards* de uma vida tolerável ou intolerável.

*Así pues, en una sociedad del riesgo la pregunta que nos debemos hacer es: ¿cómo queremos vivir? Esto significa, entre otras cosas, que los juicios sobre el riesgo son por naturaleza juicios que sólo pueden ser descifrados en una relación interdisciplinar (competitiva), porque asumen en la misma medida profundización en la destreza tecnológica y familiaridad con las percepciones y normas culturales.*²⁰

Está a se falar, pois, de uma sociedade globalizada sob o ponto de vista econômico, na qual os problemas e soluções se generalizam cada vez mais, e se referem a ambientes coletivos mais do que individuais, o que impacta as decisões tomadas nesse âmbito, eis que afetam a muitas pessoas e comunidades. Daí o argumento de Gérman Aller:

Es sabido que la globalización también ha hecho lo propio com los infractores penales, quienes delinquen nun país, pero preparan su actividad desde otros, se componen con integrantes de distintas nacionalidades, se guarecen em otros países y transforman en rédito el objeto del crimen también fuera

19 Como diz PITCH, Tamar. *La società della prevenzione*. Roma: Carocci, 2006. p. 41: “La trasformazione dei pericoli in rischi, vale a dire in eventi prevedibili le cui conseguenze sono entro certi limiti calcolabili quanto ad intensità ed estensione, ha stimolato la nascita di quello che nella ricostruzione di Ewald è un vero e proprio patto sul rischio, vale a dire un sistema di compensazione basato sul calcolo dei rischi e la socializzazione degli effetti collaterali e dei costi dello sviluppo industriale”.

20 Ibidem, p. 13. Vale a pena lembrar outro argumento exposto pelo autor aqui: “Política y sociológicamente, la modernidad es un proyecto de control social y tecnológico por parte del Estado-nación. Talcott Parsons fue el primero en definir la sociedad moderna como una empresa para la construcción de orden y control. En este sentido, las consecuencias —los riesgos— son productos que ponen en cuestión esta afirmación de control por el Estado-nación, no sólo por la globalidad de los riesgos (desastres climáticos o el agujero en la capa de ozono) sino también a través de las indeterminaciones e incertidumbres inherentes a las diagnosis del riesgo.”

del lugar de comisión del delito. A esto se agregan otras variedades, como realizar delitos sucesivos em multiplicidad de Estados a partir de hechos generadores comunes, tales como las maniobras fraudulentas desde el ciberespacio financeiro, dando lugar a redes geopolíticas de mercados criminales, desde las cuales se comercializan distintos produtos, servicios y personas. Baste pare ello mencionar el tráfico internacional de drogas, armas y medicamentos, aunque también de personas que son literalmente vendidas: niños, órganos, blancas y trabajadores, retomándose así la vieja compraventa de personas cual si rigiese la esclavitud.²¹

Na perspectiva de Luhmann, por outra via, esta Sociedade de Riscos apresenta-se como um mundo de escuridão no qual a visão não alcança muito longe, e na qual o risco se apresenta como unidade de medida civilizatória, razão pela qual o conceito de *segurança* exsurge como contraponto racional e institucional - a despeito de ser uma categoria vazia de sentido em si.²² Tal sociedade evidencia certo tipo de desenvolvimento que se notabiliza pela dinâmica de criação de riscos de diversas ordens (políticos, difusos, coletivos, individuais não homogêneos, ambientais, de segurança etc.).

Por tamanha obscuridade e equívocos de perspectivas, a Sociedade de Riscos também gera visibilidades turvas de horizontes possíveis e reais, dando maior destaque àquilo que não se pode fazer do que ao que se deveria fazer, e assim gerando os chamados *imperativos de evitação*

21 ALLER, Germán. *La sociedad del riesgo*. In: *Co-responsabilidad social, sociedad del riesgo y derecho penal del enemigo*. Montevideo: Carlos Álvarez-Editor, 2006. p. 10. Ver também o texto de BECK, Ulrich. *Che cos'è la globalizzazione? Rischi e prospettive della società planetária*. Roma: Carocci, 1999.

22 LUHMANN, Niklas. El concepto de riesgo. In: *Las consecuencias perversas de la modernidade*. Barcelona: Anthropos, 1996. p. 123 e ss. Luhmann lembra que, aqui, o risco difere do perigo, eis que o primeiro seria o eventual dano produto da decisão humana, enquanto que o segundo apresentar-se-ia como o hipotético dano causado pelo mundo exterior ou entorno (proveniente da natureza); assim, a *segurança* deveria representar a aversão ao risco e ser capaz de evitar o perigo. Tenho em conta que o autor alemão se afasta da concepção que associa o risco à necessidade de segurança a qualquer custo, sustentando que, abaixo das condições atuais do mundo, não se pode fazer outra coisa que aventurar-se e correr riscos. In: LUHMANN, Niklas. *Sociologia del rischio*. Milano: Bruno Mondadori, 1996. p.131.

de que fala Beck.²³ E isso porque:

*Risk functions like an acid bath in which venerable classical distinctions are dissolved. Within the horizon of risk, the “binary coding” - permitted or forbidden, legal or illegal, right or wrong, us and them - does not exist. Within the horizon of risk, people are not either good or evil, but only more or less risky. Everyone poses more or less of a risk for everyone else.*²⁴

De qualquer sorte, pode-se concordar com a tese de que a sociedade contemporânea 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 têm 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.²⁵

23 BECK, Ulrich. *Teoría de la sociedad del riesgo*. Op. cit., p. 214. Em outro texto destaca o autor que: “Los riesgos tan sólo sugieren lo que no debería hacerse, no lo que debería hacerse. En el momento en que los riesgos se vuelven el trasfondo que todo lo abarca para la percepción del mundo, la alarma que provoca crea un ambiente de impotencia y parálisis. Tanto no haciendo nada como pidiendo demasiado, se transforma el mundo en una serie de riesgos indomables. Esto podría llamarse la trampa del riesgo, que es en lo que el mundo puede volverse en la percepción del riesgo” (BECK, Ulrich. *Retorno a la teoría de la sociedad del riesgo*. Op. cit., p. 08). Ver também o texto de ADAM, Barbara; BECK, Ulrich; LOON, Joost Van. *The risk society and beyond: critical issues for social theory*. London: Sage Publications Ltd., 2000. Loon lembra que somente é possível entender o risco em termos de processos históricos determinados, isso porque eles não podem ser apreendidos fora de suas materializações particulares ou conjunturais, sejam elas científicas, políticas, econômicas ou culturais (p. 42).

24 STRYDOM, Piet. *Risk, environment, and society: ongoing debates, current issues, future prospects*. Philadelphia, PA: Open University Press, 2002, p. 59. Num outro texto, Beck lembra que: “Risk is not the same as catastrophe, but the anticipation of the future catastrophe in the presence. As a result, risk leads a dubious, insidious, would-be, fictitious, allusive existence: it is existent and non-existent, present and absent, doubtful and real. In the end, it can be assumed to be ubiquitous and thus grounds a politics off ear and a politics of prevention. Anticipation necessitates precaution and this obeys, for example, the calculation: spend a cent today, save a Euro tomorrow - assuming that the threat, which does not (yet) exist, really exists” (BECK, Ulrich. *Critical theory of world risk society. Constellations*, v. 16, n. 1, 2009. Oxford: Blackwell Publishing Ltd., 2009, p. 03).

25 Tratei deste tema de forma mais ampliada no livro LEAL, Rogério Gesta. *Estado, administração pública e sociedade: novos paradigmas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. Veja-se a advertência também de CAMPESI, Giusepe. *Rischio e sicurezza nella società globale: a proposito dell'ultimo libro di Ulrich Beck. Studi Sulla Questione Criminale*, v. IV, n. 2, 2009, p. 03: “Beck

Em tal quadra histórica, nossos horizontes de cognição e compreensão do que está ocorrendo se distanciam quando deles nos aproximamos com nosso saber sobre o mundo - na expressão de Raffaele De Giorgi.²⁶ Lembra o autor italiano que os códigos racionais da modernidade de atribuição de sentido da realidade social

deram estrutura às expectativas dos particulares, tornaram objeto de expectativa as próprias expectativas de acesso ao Direito, de cálculo racional das ações tanto dos particulares quanto do Estado. Isso permitiu aos juristas pensar que o progresso da humanidade garantiria aos povos a existência segura e os ampararia em uma grande comunidade do mundo.²⁷

O problema é que essa razão moderna que fundamentava os códigos normativos de conhecimento e regulação da vida operava também como parasita no interior da apreensão das coisas do mundo e de seu conhecimento, inclusive pela via do Direito, através das variadas multiplicidades das figuras dogmáticas, de suas conexões e elisões, condensando seguranças, aprimorando espaços semânticos de certezas, identidades e estabilidades, motivando representações do futuro como resultado de um projeto social que garantiria condições de vida melhores a todos.²⁸

si esprime finalmente con chiarezza sulla questione, asserendo di sostenere l'approccio di un realismo riflessivo in base al quale i rischi non sono assunti come dati oggettivi immodificabili, ma come realtà diversamente tematizzate e rappresentate dal dibattito pubblico".

26 DI GIORGI, Raffaele. O direito na sociedade de riscos. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, n. 05, p. 383, 2005.

27 Ibidem, p. 385. Alerta o autor ainda que "o direito dos códigos, que nasceu como direito dos privados, manifestava-se cada vez mais como direito daqueles que Kant chamou de senhores de si mesmos, ou seja, daqueles que tinham interesses a tutelar e dispunham de relativos meios de tutela".

28 Ibidem, p. 386. É muito elucidativa a lembrança de RORTY, Richard. *Philosophy and the mirror of nature*. Princeton: Princeton University Press, 1979, p. 166, no sentido de que, já no final do século XIX e início do século XX, pode-se perceber uma virada reflexiva por parte de alguns filósofos ocidentais, dentre os quais Dewey, Nietzsche, Bergson e Dilthey, pois eles provocaram crítica profunda à ideia de *verdade como correspondência e conhecimento como representação*, problematizando a noção kantiana de filosofia como metacrítica de outras ciências. Com tais comportamentos, esses filósofos sugeriram a possibilidade de exploração do mundo e do conhecimento a partir de outros lugares e bases constitutivas que não a epistemologia, que não a busca de certezas, estruturas e rigor cognitivos imutáveis, deslocando, pois, a filosofia do posto

Esses códigos binários não mais funcionam de modo isolado, exatamente porque se tem presente as complexidades das suas relações sociais e institucionais, as quais operam em fluxos e tensionalidades multifacetadas, desafiando os meios tradicionais de interlocução e regulação normativas, daí serem os riscos fenômenos próprios desses espaços, e não exceções, principalmente sob a perspectiva das tomadas de decisões e suas consequências. Nesse sentido, “*the meanings of proximity, reciprocity, dignity, justice and trust are transformed within this horizon of expectation of global risks*”.²⁹ Trazemos à baila o questionamento de De Giorgi:

Mas o que é apresentado como risco na sociedade do risco? O que está em risco nesta sociedade? O Direito, a política ou a própria sociedade? A que se contrapõe o risco? Qual o outro lado da distinção que um dos lados é a Sociedade de Riscos? Segurança? Estabilidade? Compaixão? Ordem? Ou ainda: racionalidade, crítica, reflexão? O risco da sociedade do risco é uma questão que interessa às operações da estrutura da sociedade ou uma questão relativa ao caráter das descrições da semântica, por meio das quais a sociedade observa-se?³⁰

Ou seja, a Sociedade do Risco é a sociedade moderna em estado

de Tribunal Último da Razão Moderna.

29 BECK, Ulrich. *Critical theory of world risk society*. Op. cit., p. 04. Ao fim desse texto Beck exagera em sua perspectiva de esgotamento do modelo econômico hegemônico fomentado pela globalização, chegando a dizer que: “*And what was unimaginable just a few years ago is now becoming a real possibility, i.e. the iron law of the globalization of the free market is in danger of collapsing and with it the associated ideology*” (p. 13). Discordamos dessa previsão redentora do autor, eis que, ao contrário, o capitalismo tem provado desde longa data sua capacidade de regeneração adaptativa a novos cenários históricos e sociais, infelizmente para pior.

30 DI GIORGI, Raffaele. *O direito na sociedade de riscos*. Op. cit., p. 386. “O risco condensa uma simbiose particular entre futuro e sociedade; ele permite construir estruturas nos processos de transformação dos sistemas, especificar as emergências de ordens nas estruturas dos sistemas. O risco é, na realidade, uma construção da comunicação que descreve a possibilidade de arrepende-se, no futuro, em relação a uma escolha que produziu dano que se queira evitar. O problema é que o risco estabelece a necessidade de um cálculo do tempo segundo condições que nem a racionalidade, nem o cálculo da utilidade, nem a estatística podem fornecer indicações úteis. Nestas condições de não saber, aquilo que realmente pode-se saber é que cada redução ou minimização do risco aumenta o próprio risco” (p. 389).

latente de transformação, em toda a complexidade que pode ser compreendida enquanto fenômeno mais do que fatos e atos (individuais, coletivos e difusos), decorrente da correlação irrefreável entre contingência, complexidade e informação.

Revela-se, pois, imprescindível o reconhecimento da natureza mutante da sociedade moderna, em face até das causas e consequências incontrolláveis das transformações nas quais se vê envolvida - ora sendo protagonista, ora sendo espectadora -, oportunidade em que nos damos conta das insuficiências de alguns paradigmas e conceitos estratificados pelo tempo sobre os sentidos e rumos das relações que nela se entabulam (institucionais, sociais e intersubjetivas), notadamente aqueles que pretenderam controlá-las pela via da regulação comportamental (lícito/ilícito, crime/castigo). E isso se dá porque

a sociedade não tolera verticalidade ou hierarquia, não tolera ideias normativas ou limites externos. O limite da sociedade é o mundo e o mundo é o horizonte de possibilidades. Horizonte dentro do qual aquilo que é possível pode sempre ser atualizado. O mundo expande-se com a expansão da sociedade, ou seja, com a expansão da comunicação social.³¹

Mesmo não se caracterizando como teórico da Sociedade de Riscos, Rorthy amplia essa discussão ao sustentar que é preciso tomar o conhecimento - dentre os quais o conhecimento jurídico - como algo que decorre de processos de diálogos e de práticas sociais, mais do que como espelho da natureza, impondo-se a superação de concepções que se pretendem isoladas das práticas sociais que forjam as possibilidades

31 Ibidem, p. 387. Por tais razões, “a contínua autoinstabilização - aquilo que continuamente é outro - torna muito grave o problema do presente, mas também a questão do futuro. O presente não pode mais ocultar seu paradoxo constitutivo que o torna um tempo em que não há tempo. O presente adquire o caráter de um valor limite que marca a diferença entre passado e futuro. Do mesmo modo, o futuro, a dimensão temporal daquilo que pode ser outro, põe continuamente o presente diante da necessidade de dispor de vínculos que delimitam a possibilidade do ser outro, que tornem o presente objeto de expectativa, de modo que, qualquer que seja o evento, saiba-se agir”.

de todo o conhecimento.³²

Com base em tais reflexões é que se pode dizer que a Teoria do Conhecimento, no âmbito da filosofia positiva (e reflexamente no positivismo jurídico), apresenta-se com o firme propósito de restringir as possibilidades das ações cognitivas, eis que está preocupada em encontrar “*foundations to which one might cling, frameworks beyond which one must not stray, objects which impose themselves, representations which cannot be gains aid*”.³³ E por que isso se dá? Pelo fato de que:

O culto da racionalidade da escolha e da conduta é em si mesmo uma escolha, uma decisão de dar preferência à ordem sobre a surpresa, à constância de resultados sobre a sucessão aleatória de perdas e ganhos. Ela repudia a contingência e glorifica a ausência de ambiguidade. Além disso, apresenta a clareza plena do mundo da vida e uma chance de ganhos sem o risco de perdas como possibilidade real e um propósito sensato pelo qual lutar. Promete um mundo livre de incerteza, de tormentos espirituais, de hesitações intelectuais.³⁴

Não há mais ambiente para essas posturas reducionistas de cognição, compreensão e ação/intervenção social, evidenciando-se como fática e histórica a insuficiência da percepção das relações sociais como amoldadas aos códigos binários de comportamentos.

De qualquer sorte, e tomando todos os cuidados para que esse conceito de Sociedade de Riscos não justifique expansionismos normativos e estatais de redução de direitos ou violação de garantias conquistadas a duras penas (direitos fundamentais, devido processo legal, ampla defesa, contraditório em processos e procedimentos judiciais ou admi-

32 Diz textualmente o autor que “*if we see knowledge as a matter of conversation and of social practice, rather than as an attempt to mirror nature, we will not be likely to envisage a meta practice which will be the critique of all possible forms of social practice*” (RORTY, Richard. *Philosophy and the mirror of nature*. Op. cit., p. 171).

33 Ibidem, p. 315.

34 BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e ambivalência*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999, p. 236.

nistrativos etc.), em nome da insegurança gerada por níveis elevados de violência e criminalidade social (alguns até exageradamente potencializados inclusive pelos meios de comunicação de massa), tenho que se pode reconhecer como verossímil a percepção de precariedade do presente e futuro da democracia, em face dos riscos permanentemente existentes a ela e sua cidadania. Não que todos esses riscos representem catástrofes demiúrgicas, mas todos são preocupantes porque colocam em situação de instabilidade (uns mais que outros) a ordem democrática.

Afinal, como lembra Beck, “*global risks enlarge our existential horizons by integrating (at least for a moment) other things and other people and the reality of suffering and destruction across border sand divides into our lives*”.³⁵ Isso significa que, inclusive em termos normativos/legais, o princípio do reconhecimento dos outros como iguais entre si - fundamental para o enfrentamento da Sociedade de Riscos - envolve a necessidade de se ter certo cosmopolitismo legal diante dos riscos, que são cada vez mais globais. E isso não se afigura como mera questão de hospitalidade civilizatória entre os povos e cidadãos, mas é indispensável para se fazer frente aos efeitos colaterais, por vezes incontroláveis, dos riscos e das decisões que são tomadas por causa deles. Como diz Martin Douglas:

The interests of vulnerable members of other societies are placed on a higher footing than the interests of co-nationals on the basis of a universal human right of inviolability. Global risks produce harms that transcend national borders. Thus cosmopolitan law of risk is possible only if the boundaries of moral and political communities can be redefined so

35 Ibidem, p. 06. É interessante que Beck lembra, por outro lado, existirem determinados riscos e catástrofes as quais, apesar de ocorrerem em tempo real, com evidências de imagens e sons veiculados pela mídia no momento em que estão acontecendo (guerra do golfo pérsico, por exemplo), parece que não dizem respeito ao cotidiano das pessoas. Refere o autor, citando Kevin Robins: “*The screen exposes the ordinary viewer to harsh realities, but it screens out the harshness of those realities. It has a certain moral weightlessness: It grants sensation without demanding responsibility, and it involves us in a spectacle without engaging us in the complexity of its reality*” (p. 06).

*that the others, strangers and outsiders are included in the key decisions which jeopardize and violate their existence and dignity.*³⁶

Por outro lado, essa perspectiva sociológica tem a seu favor também o fato de reconhecer que muitas das tradicionais escolas e teorias sociológicas contemporâneas “*has lost its sense of the historical dimension and fundamental discontinuous change of society*”³⁷, e em face disso deixam de contribuir para o alargamento necessário das pesquisas nesses campos, sofrendo certo tipo de abstinência sobre a história social que acarreta déficits significativos de imaginação sociológico-histórica (*stunting of sociology’s historical imagination*³⁸). Sem sobra de dúvida que isso afeta a capacidade de diagnóstico das condições antecipatórias das catástrofes (os riscos), e dos danos provocados por elas, o que, por sua vez, afeta as possibilidades de ações preventivas eficazes contra os mesmos. Vale a pena a lembrança de Campesi:

Rischio, sostiene Beck, non è sinonimo di catastrofe. Esso è piuttosto una anticipazione della catastrofe: i rischi sono sempre eventi futuri che forse ci attendono, che ci minacciano. Ma poiché questa minaccia permanente determina le nostre aspettative, occupa le nostre menti e guida le nostre azioni, diventa una forza politica che cambia il mondo. In questo senso il rischio è sempre una messa in scena della catastrofe futura, è presentificazione della catastrofe. La

36 DOUGLAS, M.; WILDAVSKY, A. *Risk and culture*. Oxford: Blackwell, 2002. p. 56. Há um outro texto já sobre fatos que têm se apresentado na Sociedade de Riscos que é o de KUHN, Kathryn E.; MCGUIRE, Dyan. Restricting criminogenic information: toward a balanced approach to limiting the first amendment in favor of crime control. *Internet Journal of Criminology*, v. 21, mar. 2013. Disponível em: <www.internetjournalofcriminology.com>. Acesso em: 22 set. 2015, discutindo as necessárias medidas judiciais restritivas do direito fundamental da livre expressão nos EUA em face dos veículos de mídia que divulgam guias de cometimento de crimes à comunidade.

37 Ibidem, p. 61. Em face disso, Beck alerta para o fato de que: “*As a result, it is neither equipped nor inclined to fulfil its proper task of understanding and situating the current transformation of its research object in the social-historical frame and thus to offer a diagnostic perspective on the epochal signature of the new era of Second Modernity*” (BECK, Ulrich. *Critical theory of world risk society*. Op. cit., p. 07).

38 Ibidem, p. 61.

realtà stessa del rischio si manifesta nel fatto che i rischi vengano discussi, essi non esistono di per se stessi, l'oggettività di un rischio è il prodotto della sua percezione e della sua messa in scena. ³⁹

Na medida em que não atentamos para os fatores que constituem perigos mediatos e imediatos à sustentabilidade, legalidade e legitimidade das relações sociais e institucionais, por adotarmos perspectivas restritas de compreensão desses fenômenos, as possibilidades de violações de direitos e garantias se radicalizam e se tornam mais factíveis. Por isso Beck ressalta a importância da tomada de consciência por parte da sociedade dos Estados de riscos iminentes em que se vive, única forma de se criar a utopia da construção de outra modernidade - aqui entendida como ideia regulatória de meta a ser atingida -, razão pela qual se afigura importantíssimo que a comunidade assuma sua condição de risco como possibilidade de abertura à construção de uma vida melhor.

Sob essa perspectiva, é preciso analisar com cuidado a afirmação de De Giorgi, quando vaticina que: “Destas considerações deveria restar claro que a alternativa do risco não é, certamente, a segurança. A ideia de segurança nega a contingência... Aquilo que podemos saber da experiência é que o incremento das medidas de segurança produz o incremento do risco.”⁴⁰ Eis que uma das formas possíveis de se lidar com determinados riscos - como o da criminalidade corruptiva, por exemplo - é aplicar toda a capacidade de cognição e compreensão alargada e multidisciplinar sobre tais comportamentos complexos para tentar administrar a gestão das suas causas e consequências. E parece ser isso que o autor italiano refere mais adiante, ao dizer que:

39 CAMPESI, Giuseppe. *Rischio e sicurezza nella società globale*: a proposito dell'ultimo libro di Ulrich Beck. Op. cit., p. 05.

40 DI GIORGI, Raffaele. *O direito na sociedade de riscos*. Op. cit., p. 389. Sobre os custos de gestão da Sociedade de Riscos, ver o texto de SUSTEIN, Cass R. *Risk and reasons: safety, law and the environment*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

se nos liberamos do fascínio ilusório e ameaçador proveniente da ideia de segurança e, como alternativa ao risco inerente às decisões do sistema, consideramos o perigo como possibilidade de verificação de um dano no futuro que uma outra decisão não poderia evitar, então, poderemos ver que na sociedade moderna, se produz redução do perigo e incremento do risco.⁴¹

Eis os campos de advertências importantes nos quais a Teoria da Sociedade de Riscos tem operado com grande êxito, chamando a atenção para o fato de que urge desenvolver instrumentos de avaliação, contenção e responsabilização dos riscos de determinadas relações e atos sociais, institucionais e interpessoais, a partir da premissa de que estejam conectados por múltiplas variáveis que constituem sistemas e cadeias complexas de interações de multiníveis (econômico, político, cultural).⁴²

Na perspectiva luhmanniana, a sociedade moderna está constituída por sistemas de funcionalidades diferidas que se acostumaram a lidar com os riscos autogerados pelas relações sociais somente nos termos de suas lógicas internas (a economia lida com os temas envolvendo a questão dos preços, a política no que diz com a questão das majorias e minorias, a lei no que tange à questão da licitude e ilicitude, a ciência no que diz com a verdade etc.), e por isso tem dificuldades em enfrentar riscos de natureza complexa e multidisciplinar, como os que ameaçam o meio ambiente (e agrego aqui os temas correlatos à corrupção).⁴³ Daí por que Luhmann conecta o risco à tomada de decisões, eis que toda escolha implica a seleção de distinções de risco.

41 Ibidem, p. 390. Temos consciência da atribuição de sentido que Luhmann dá à expressão perigo, derivado do meio ambiente, e de risco como fruto da decisão humana, mas isso não interfere na reflexão que estamos propondo aqui. Ver LUHMANN, Niklas. *Sociologia del rischio*. Op. cit., em especial a partir da p. 31.

42 Não estamos aderindo aqui à tese fatalista beckeriana de que a sociedade contemporânea está marcada pela onipotência dos perigos que têm eliminado as zonas até então protegidas pela modernidade, gerando impotências cognitivas e reativas a este estado de coisas, tão somente reconhecendo a complexidade destes cenários e que eles reclamam atenção e reflexão atenta.

43 Ver o texto LUHMANN, Niklas. *El concepto de riesgo*. Op. cit.

Mas, longe de ser alarmista em face dos riscos existentes, Luhmann tem presente que os debates sobre esses temas se constituem e se instituem na sociedade atual como elementos próprios da natureza complexa que a distingue e, portanto, reclamam cognição e compreensão desapassionada, haja vista que inexistem condutas livres de risco. Com tal postura, Luhmann não opera com a mesma lógica do risco enquanto inexorável negativo das relações sociais e institucionais contemporâneas, como quer Ulrich Beck⁴⁴, postulando por enfrentá-lo enquanto fenômeno sociológico passível de tratamento racional.

Esses riscos multifacetários e de trabalhoso controle preventivo não se submetem às formas tradicionais de tratamento de perigos/ilícitos, fundados em cálculos e previsões lineares e recorrentes, revelando-se, ao contrário, como objetos e cenários de não saber, fazendo com que determinada Sociedade de Riscos (e há muitas) reclame adequações culturais e de políticas conformadas complexamente.

*Lo strutturarsi della società del rischio tende a sostituire il principio del laissez-faire, bilanciato dalle tecniche compensative dell'assicurazione, con il principio della prevenzione in cui la decisione politica interviene ogni qual volta venga tematizzato un pericolo indipendentemente dalle tecnologie di calcolo delle probabilità.*⁴⁵

É preciso ter em conta que os riscos não existem de forma autônoma e independente, mas são fruto, sempre, de tensões e conflitos decorrentes das relações entre aqueles que poderiam efetivamente evitá-los e os chamados involuntários consumidores de perigos, que não têm oportunidade nem vez para se manifestar sobre as decisões, para quem

44 BECK, Ulrich. *Modernización reflexiva: política, tradición y estética em el orden moderno*. Madrid: Alianza Universidad, 2001.

45 CAMPESI, Giuseppe. *Rischio e sicurezza nella società globale. A proposito dell'ultimo libro di Ulrich Beck*. Op. cit., p.08. Beck ainda alerta para o fato de que: *The more overtly global risks elude the scientific methods for calculating them, the more influential becomes the perception of risk. The distinction between real risks and the perception of risk becomes blurred. Who believes in a risk and why does it become more important than the sophisticated probability scenarios of the experts*. BECK, Ulrich. *Critical Theory of World Risk Society*. Op. cit., p.10.

esses perigos se apresentam como efeitos colaterais não intencionais invisíveis. Daí a arbitrariedade e autoritarismo das escolhas privadas e públicas com escalas de afetação de riscos - notadamente as hipossuficientes - que são tomadas sem as cautelas preventivas e deliberativas necessárias.

Essa Sociedade de Riscos opera várias situações de insegurança e descontroles pessoais e institucionais, fragilizando ou ao menos colocando em xeque, por vezes, os mecanismos de garantias de direitos - notadamente os estatais, exatamente porque se apresentam com lógica e funcionalidades não antes vistas.⁴⁶

Essa constatação fere letalmente a promessa da modernidade - já referida anteriormente - no sentido de que a razão humana seria capaz de constituir bases normativas às relações sociais a ponto de assegurar em níveis significativos ordem e segurança, mesmo que através do Estado enquanto detentor da força física legítima para tal mister (argumento parsoniano referido em rodapé acima).⁴⁷

Ocorre que, em ambiências de riscos como as identificadas, exsurtem respostas/reações radicais (e não satisfativas) para tentar aplacar os sentimentos de impotência em face do que é conjuntural: violência,

46 É essa também a característica da chamada Sociedade Reflexiva, enquanto “*concepto post-industrial del cual no habían pensado los clásicos como Max Weber. En la fuente revisada, se afirma que Beck se enfrenta críticamente a las corrientes del postmodernismo em las que se pierde el pensamiento fuerte y la racionalidad, produciéndose un alejamiento del compromiso social. Se asume que Beck, junto a Guiddens, defiende un espacio para la sociología reflexiva y que, para no abandonar el análisis crítico frente a los problemas del tiempo presente, se acerca a los problemas de la nueva sociedad, que no son los mismos que describía la sociología de las sociedades anteriores. Además, descubre la complejidad de las relaciones, la desregulación absoluta, la prevalencia del poder y decisión de las corporaciones por el poder económico; una fuente de incertidumbre, inseguridad y riesgos*” (TRUJILLO, Blanca Zulema Ballesteros. *Relfexión sobre la teoría de la sociedad del riesgo*. In: Programa de Doctorado en Ciencias del Desarrollo de CIDES-UMSA, 2008-2010. Disponível em: <www.cides.edu.bo>. Acesso em: 12 ago. 2015. p. 03). Ver também o texto de GUIDDENS, Anthony. *Consecuencias de la modernidad*. Madrid: Alianza, 1990.

47 Tais cenários efetivamente existem até em face de outro argumento importante lembrado por Beck: “*Los riesgos aclarados (u oscurecidos) por expertos al mismo tiempo desarmen a estos profesionales, porque fuerzan a cada uno a decidir por sí mismo ¿qué es tolerable todavía y qué ha dejado de serlo? Requieren una decisión sobre si protestar o no y, en caso positivo, cuándo y dónde, incluso si esto sólo se materializa en un boicot intercultural organizado de consumidores. Estos temas ponen en cuestión la autoridad de lo público, las definiciones culturales, la ciudadanía, los parlamentos, los políticos, la ética y la autogestión*” (BECK, Ulrich. *Retorno a la teoría de la sociedad del riesgo*. Op. cit., p. 09).

criminalidade, desrespeito a direitos fundamentais, descréditos das representações políticas oficiais, dentre outros. É também por isso que:

A constituição paradoxal dessa sociedade requer um contínuo incremento da seletividade das operações que constituem sua estrutura. Isso leva à emergência de ordens redutivas que tornam possível a experiência concreta. Chamamos essas ordens redutivas de sistemas sociais. Eles emergem em razão da diferenciação social que privilegia evolutiva as ordens que dispõem de estruturas cognitivas, de estruturas capazes de organizar cognitivamente a experiência possível. Ordens redutivas cognitivamente orientadas são a ciência, a economia, mas também o direito que através de sua positividade reorganizou cognitivamente sua estrutura. Estas ordens são dotadas de alto potencial adaptativo e, portanto, evolutivo.⁴⁸

Uma dessas ordens redutivas, em termos de especificidades sistêmicas, é a do Direito Penal, com normas de máxima intervenção, de emergência e exceção, geralmente com formato de tipos abertos, de perigo abstrato, com responsabilidade objetiva, não raro confrontando clássicas garantias processuais e constitucionais. Apesar disso, não chega a ser novidade essa realidade, porque, como diz Mir Puig, *“todo Derecho penal responde a una determinada Política criminal, y toda Política criminal depende de la política general própria del Estado a que corresponde”*.⁴⁹

48 DI GIORGI, Raffaele. *O direito na sociedade de riscos*. Op. cit. p. 387-388. Agrega o autor que: “Também o direito é um vínculo do tempo, uma modalidade de controle do futuro do ponto de vista da diferença lícito/ilícito. O direito, todavia, não pode proibir o risco. Diante do risco, o direito manifesta seus limites e deve recorrer a estratégias que reduzam o risco do tratamento jurídico do risco” (p. 391).

49 PUIG, Santiago Mir. Constitución, derecho penal y globalización. In: *Nuevas tendencias en política criminal*. Buenos Aires: B. de F-Reus, 2006. p. 116. Aller agrega a isso que *“esto condice com la moderna concepción de los nuevos prototipos de delito, que no son yalos crímenes sangrantes, tocables, visibles, sino los imperceptibles a simples vista, como lo concerniente a la corrupción económica y del poder, los delitos contra la Administración y la hacienda pública”* (ALLER, Germán. *La Sociedad del Riesgo*. Op. cit. p. 21).

Aliás, sob a perspectiva filosófica, igualmente se podem sustentar estes argumentos:

*Secondo Luhmann lo strumento giuridico per amministrare il rischio è stato quello della “responsabilità oggettiva”. La diffusione dei rischi, soprattutto quelli legati alla diffusione delle tecnologie industriali, ha messo in crisi la possibilità di stabilire delle inferenze causali certe in base alle quali avviare dei processi di imputazione di responsabilità. Il principio dell’imputabilità per colpa renderebbe inutilizzabile il sistema giuridico nel governo dei rischi poiché di fronte alle limitazioni razionali del controllo di causalità nessuno sarebbe chiamato a rispondere delle conseguenze delle sue decisioni.*⁵⁰

Estamos de acordo com o argumento de que tampouco o Direito consegue imunizar-se dos riscos do Direito na sociedade contemporânea, em que se fragilizam figuras dogmáticas tradicionais (segurança jurídica, direito adquirido, ato jurídico perfeito, coisa julgada), desenvolvendo-se novas outras que buscam impor outros cenários de controle dos riscos (autorização de escutas telefônicas, quebra de sigilos fiscais, financeiros, telemáticos), muitos deles transitando em linhas tênues de garantias e/ou violações de direitos fundamentais, individuais e sociais.⁵¹ Mas isso de igual sorte é próprio da Sociedade de Riscos, na qual o desafio é constante para os fins de equalizar direitos e garantias em face da segurança⁵² e da ordem coletiva artificial e sistemicamente buscadas.

50 GALLI, Carlo. *La guerra globale*. Roma: Laterza, 2012. p. 58.

51 Por isso Di Giorgi insiste com a tese de que “o direito fornece sempre menos garantias contra as desilusões, enquanto o acesso ao direito torna-se um acesso de risco. O problema mais grave que o sistema jurídico deve enfrentar é o fornecido pela dificuldade do sistema jurídico de aceitar suas próprias condições de risco” (DI GIORGI, Raffaele. *O direito na sociedade de riscos*. Op. cit. p. 392).

52 Vale lembrar o argumento de GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. São Paulo: Unesp, 1991. p. 43: “Pode-se definir segurança como uma situação na qual um conjunto específico de perigos está neutralizado ou minimizado. A experiência de segurança baseia-se geralmente num equilíbrio de confiança e risco aceitável.”

Afinal, como adverte Habermas, “*tutte le norme sociali devono essere sottoponibili in ogni momento a indagine critica e a eventuale revisione, che si devono esaminare le loro conseguenze utilizzando ogni sapere scientifico disponibile*”.⁵³ Quero dizer com isso que qualquer conhecimento que se reflete sobre si mesmo - como o Direito - não pode mais afastar do conceito de racionalidade o interesse da razão à emancipação humana, decorrendo disso o pressuposto de que a racionalidade da argumentação crítica não se deixa isolar em um âmbito específico, mas decorre também de escolhas sociais.

Buman já alertava sobre isso ao lembrar que cada resolução de problemas em sociedades complexas tende a gerar novos problemas, pois,

perseguido um remédio específico para uma inconveniência específica, a ação induzida pelo especialista está fadada a desequilibrar tanto o ambiente sistêmico da ação quanto as relações entre os próprios atores. É o desequilíbrio artificialmente criado que se sente mais tarde como um problema e é visto assim como garantia para a formulação de novos propósitos.⁵⁴

O importante é que as ações de enfrentamento das causas e consequências da Sociedade de Riscos tenham presente os compromissos com os direitos e garantias individuais e sociais conquistados, e mecanismos de controle e visibilidade democráticos correspondentes.

Por isso Raffaele Di Giorgi insiste que o Direito é o sistema de produção e de controle seletivo da contingência que caracteriza as rela-

53 HABERMAS, Jürgen. *La crisi della razionalità nel capitalismo maturo*. Roma-Bari: Laterza, 1980. p. 39. A bem da verdade o autor alemão, desde os textos *Conhecimento e interesse* e *Técnica e ciência como ideologia*, já demonstrava que as ciências empíricas não podem pretender o monopólio do saber científico, porque a sua abordagem da realidade se situa no horizonte de uma possível disposição técnica sobre esta e, portanto, exprime um interesse determinado, qual seja, o de dominar os processos naturais. Em verdade, o autor alemão quer destacar que, ao lado das ciências empíricas, há outras formas de saberes não menos rigorosos e racionais, como as ciências hermenêuticas e aquelas crítico-emancipativas (nas quais se vai enquadrar a ciência jurídica mais tarde), que respondem a interesses diversos do interesse meramente técnico, em cujo horizonte se inscrevem as ciências empíricas.

54 BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e ambivalência*. Op. cit., p. 227.

ções sociais, dessa contínua possibilidade de outras possibilidades. Isso significa que o Direito passa a operar em condições de alto risco: risco de que as opções feitas no presente não se apresentem como as mais adequadas no futuro.⁵⁵

Essa posição de Di Giorgi vem ao encontro das circunstâncias e contingências próprias dos cenários pós-modernos de que estamos falando, identificados como tecido social com elevadíssimo grau de complexidade e novidade dos problemas individuais e coletivos que aí se apresentam, sendo implausível recorrer a alguma receita ideológica ou legislativa previamente elaborada para se obterem soluções, mas, pelo contrário, impõe-se a abertura para múltiplas possibilidades, para que cada posição divergente demonstre a parcela de razão que lhe cabe e a superioridade de uma frente às demais, em dada situação particular, tudo mediado e explicitado por suas razões e argumentos de justificação e fundamentação.⁵⁶ Por tais fundamentos que Di Giorgi assevera:

Nessa situação, portanto, a razão clássica sustentada pela lógica binária, vai desarmada de encontro ao tempo. Nem a regularidade, nem a calculabilidade podem socorrê-la. A precariedade da razão deve ser assumida como ponto de partida. O risco, destarte, é uma modalidade secularizada de construção do futuro. Já que a perspectiva de risco torna plausível pontos de vista diferentes da racionalidade, na condição de que estes sejam capazes de rever os próprios pressupostos operativos e na condição de que haja tempo para efetuar esta revisão, esta perspectiva é típica da sociedade moderna.⁵⁷

55 DI GIORGI, Raffaele. *Direito, democracia e risco*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2000. p. 38.

56 Alerta Willis Santiago Guerra Filho (*Autopoiese do direito na sociedade pós-moderna*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 36) para o fato de que, para solucionar as colisões entre interesses diversos de certas coletividades entre si e com interesses individuais ou estatais tão variados e imprevisíveis em sua ocorrência, não há como se amparar em uma regulamentação prévia exaustiva, donde a dependência incontornável de procedimentos para atingir as soluções esperadas.

57 DI GIORGI, Raffaele. *Direito, democracia e risco*. Op. cit., p. 197.

Essa é uma constatação importante na Sociedade de Riscos, pois a lógica que a constitui e movimenta não é linear, tampouco concêntrica, mas é multidirecional e aberta a tensões e conflitos imensamente complexos, interativos com demandas e expectativas dispersas no tecido social internacional, enquanto que as consequências e danos os quais sofre buscam ser tratados pelo Direito com fórmulas e equações típicas de lícito/ilícito, culpa, dolo, imputação subjetiva, responsabilidade pessoal etc., e por certo que os resultados não serão positivos sob o ponto de vista da inclusão social.

III. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A inexistência de políticas públicas adequadas aos contextos da Sociedade de Riscos tem oportunizado a migração do desejo de igualdade ao de segurança em parte significativa das comunidades - mesmo as mais subdesenvolvidas -, e isso porque *as pessoas sentem medo* de ambiências que não controlam e sobre as quais sabem pouco, notadamente quando associadas à violência física e ilegítima praticada por agentes públicos e privados. Esse sentimento de medo encontra-se fluído em relações interpessoais e institucionais, marcado por níveis agudos de desconfiança em expectativas geradas/prometidas pela racionalidade moderna, e diz respeito também, como quer Bauman, a não conseguir garantir o futuro, não conseguir trabalho ou ter algum sustento, não conseguir lugar nas estruturas sociais instituídas, e mesmo pela integridade física.⁵⁸

Por outro lado, como recentemente lembrado em editorial do jornal do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais⁵⁹, no Brasil, por exem-

58 BAUMAN, Zygmunt. *Medo líquido*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. p. 45. Ver o texto de CHITTÓ GAUER, Gabriel J. e CHITTÓ GAUER, Ruth M. *A fenomenologia da violência*. Curitiba: Juruá, 2008. Veja-se que esse tipo de sentimento e postura tem fomentado reações bárbaras contra a humanidade, como xenofobias, preconceitos raciais e de gênero, por vezes até justificando, para alguns, o retorno de Estados de exceção e força como substituição da democracia. Ver o texto de AGAMBEM, Giorgio. *Estado de exceção*. São Paulo: Boitempo, 2004.

59 Estamos nos referindo ao Boletim n. 274, ano 23, de setembro de 2015, do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, p. 01. São Paulo: IBCCRIM, 2015.

plo, a delinquência econômica provoca perturbadoras reações de ódio, aprofundadas pelas nossas históricas desigualdades sociais, agudizando ainda mais o clima de instabilidade política governamental. Ou seja, sentimentos de aversão - por vezes beligerante/violenta - de muitos que muito pouco têm em face de poucos que muito possuem, gerando conexões de combustão perigosa, pois vão aflorando cismas geracionais entre indivíduos estratificados socialmente como ricos e pobres, cultos e incultos, criminosos e cidadãos, amigos e inimigos. A partir desses confrontos, não há como deixar de reconhecer estarmos vivendo em um mundo híbrido, como quer Bruno Latour⁶⁰, constituído de percepções culturais, juízos de valor, políticas e tecnologias, aspectos inseparáveis de nosso cotidiano, e por isso, enquanto conjunto, elementos necessários à compreensão adequada das dinâmicas operadas (intersubjetivas e institucionais), e mesmo à forma com que a Sociedade Híbrida observa, descreve, valora e critica sua própria hibridade.

O problema é que, em tais cenários, o medo facilmente se transforma em ódio, e este em violência - física e simbólica -, fazendo surgir estados de exceção à ordem e paz social, tão almejados pelo sistema jurídico e mesmo pela sociedade como um todo. A questão é: a que custo? Quem paga a conta de que ordem, segurança e paz social? A quem beneficia essa lógica securitária?

Na medida em que se constroem discursos e descrições da realidade fomentadores de convicções de que um setor da sociedade (fragmento) se encontra em perigo e necessitado de proteção em face de grupos de pessoas ou instituições, ou eventos, ameaçadores à ordem e segurança oficiais estabelecidas, a primeira conclusão à arquitetura societária desenhada é a neutralização/extinção das ameaças detectadas.⁶¹ Lembra María Böhm que esses casos (como os de terrorismo, crime organizado, ofensores sexuais) são primeiro apresentados como problemas sociais; depois, como problemas políticos; em seguida, como problemas

60 LATOUR, Bruno. *We have never been modern*. Op. cit., p. 32.

61 Ver excelente texto de BÖHM, María Laura. *Securitización y política criminal actuarial*. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, ano 23, n. 274, p. 04 e ss., set. 2015.

de segurança; até chegar ao ponto de serem concebidos como ameaças existenciais a serem combatidas enérgica e eficazmente, reclamando medidas extremas, com apoio e mesmo reivindicação de uma sociedade amedrontada e com ódio daqueles que instabilizaram suas vidas organizadas e tranquilas.

É inexorável reconhecer que em tais condições deficitárias de compreensão desses fenômenos da Sociedade de Riscos, instituidores de complexas e tensas relações multifacetárias entre indivíduos e instituições, é mais fácil reduzir aqueles problemas a fáceis soluções, como as ofertadas pela criminalização marginalizante do sistema jurídico e suas consequências perigosas.

Mas essa não é a melhor solução, pois de nada adianta criarmos Estados de segurança em face das consequências de modelos de Estado, sociedade e mercado não repensados a partir de suas bases constitutivas e operantes, eis que seguramente não vai minimamente se ocupar das causas retroalimentadoras das autofagias civilizatórias indicadas acima.

O desafio é encontrar equilíbrios - conjunturais - entre direitos e garantias individuais e sociais à gestão de interesses por vezes tão distintos que transitam pela comunidade (nem todos lícitos, é verdade), dando primazia, igualmente ponderada, aos interesses públicos indisponíveis já catalogados pela ordem jurídica vigente. Mesmo assim, a cada momento, conflitos poderão existir, e respostas a eles serão dadas tendo em mente o que for ao encontro dos compromissos constitucionais assumidos pela cidadania enquanto República.

IV. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADAM, B. *Timescapes of modernity: the environment and invisible hazards*. Londres: Routledge, 1998.

ADAM, Barbara; BECK, Ulrich; LOON, Joost Van. *The risk society and beyond: critical issues for social theory*. London: Sage Publications Ltd., 2000.

AGAMBEM, Giorgio. *Estado de exceção*. São Paulo: Boitempo, 2004.

ALLER, Germán. La sociedad del riesgo. In: *Co-responsabilidad social, sociedad del riesgo y derecho penal del enemigo*. Montevideo: Carlos Álvarez-Editor, 2006.

ALONSO, Jesús Javier Alemán. De la sociedad del riesgo al desmantelamiento del estado de bienestar. *Revista Dilemata*, año 5, v. 11. Madrid: Dilemata, 2013.

BAUMAN, Zygmunt. *A riqueza de poucos beneficia todos nós?* Rio de Janeiro: Zahar, 2015.

_____. *Medo líquido*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

_____. *Modernidade e ambivalência*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

BECK Ulrich. Retorno a la teoría de la sociedad del riesgo. *Boletín de la A.G.E*, n. 30, 2000. Disponible em: <<http://age.ieg.csic.es/boletin/30/01.pdf>>. Acceso em: 19 ago. 2015.

_____. Critical theory of world risk society. *Constellations*, Oxford, v. 16, n. 1, 2009.

_____. *La società cosmopolita: prospettive dell'epoca postnazionale*. Roma: Il Mulino, 2003.

_____. La reivindicación de la política: hacia una teoría de la modernización reflexiva. In: *Modernización reflexiva: política, tradición y estética em el orden moderno*. Madrid: Alianza Universidad, 2001.

_____. *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*. Barcelona: Paidós, 2001.

_____. *La democracia y sus enemigos*. Barcelona: Paidós, 2000.

_____. *Che cos'è la globalizzazione? Rischi e prospettive della società planetaria*. ROMA: Carocci, 1999.

_____. *La sociedade del riesgo: hacia una nueva modernidade*. Barcelona: Paidós, 1998.

_____. Teoría de la sociedade del riesgo. In: *Las Consecuencias Perversas de la Modernidad*. Barcelona: Anthropos, 1996.

BÖHM, María Laura. Securitización y política criminal actuarial. *Boletim do*

- Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 23, n. 274, set. 2015.
- CAMPESI, Giuseppe. Rischio e sicurezza nella società globale: a proposito dell'ultimo libro di Ulrich Beck. *Studi Sulla Questione Criminale*, v. IV, n. 2, 2009.
- CHITTÓ GAUER, Gabriel J.; CHITTÓ GAUER, Ruth M. *A fenomenologia da violência*. Curitiba: Juruá, 2008.
- DAHRENDORF, Ralf. *En busca de un nuevo orden: una política de libertad para el siglo XXI*. Barcelona: Paidós, 2005.
- DI GIORGI, Raffaele. *Direito, democracia e risco*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2000.
- _____. O direito na sociedade de riscos. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, n. 05, 2005.
- DOUGLAS, M.; WILDAVSKY, A. *Risk and culture*. Oxford: Blackwell, 2002.
- DUKHEIM, Émile. *La division del trabajo social*. Madrid: Akal, 1995.
- GALLI, Carlo. *La guerra globale*. Roma: Laterza, 2012.
- GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. São Paulo: Unesp, 1991.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Autopoiese do direito na sociedade pós-moderna*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- HABERMAS, Jürgen. *La crisi della razionalità nel capitalismo maturo*. Roma-Bari: Laterza, 1980.
- IBCCRIM. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 23, n. 274, set. 2015.
- KOMMISSION FÜR ZUKUNFTSFRAGEN. *Arbeitsmarktenwicklungen. Bericht Teil II*. Bonn: Bayerische Staatsregierung, 1997.
- KUHN, Kathryn E.; MCGUIRE, Dyan. Restricting criminogenic information: toward a balanced approach to limiting the first amendment in favor of crime control. *Internet Journal of Criminology*, v. 21, mar. 2013. Disponível em: <www.internetjournalofcriminology.com>. Acesso em: 22 set. 2015.
- LASH, S. *Risk culture*. In: ADAM, B.; BECK, U.; VAN LOON, J. (Eds.). *Positioning risk*. Londres: Sage, 1999.

LATOUR, B. *We have never been modern*. Cambridge: MA, Harvard University Press, 1995.

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

_____. *Estado, administração pública e sociedade: novos paradigmas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia del rischio*. Milano: Bruno Mondadori, 1996.

_____. El concepto de riesgo. In: *Las consecuencias perversas de la modernidade*. Barcelona: Anthropos, 1996.

_____. *Risk: a sociological theory*. Nueva York: Aldine de Gruyter, 1993.

MOLINA, Antonio García-Pablos de. *Manual de criminología: introducción y teorías de la criminalidad*. Madrid: Espasa-Calpe, 1988.

PITCH, Tamar. *La società della prevenzione*. Roma: Carocci, 2006.

PRIOR, L. Repositioning risk. In: ADAM, B.; BECK, U.; VAN LOON, J. (Eds.). *Repositioning risk*. Londres: Sage, 1999.

PUIR, Santiago Mir. Constitución, derecho penal y globalización. In: *Nuevas Tendencias em Política Criminal*. Buenos Aires: B. de F-Reus, 2006.

QUINNEY, Richard. *Critique of legal order: crime control in capitalist society*. Boston: Little, Brown and Company, 1992.

_____. *The social reality of crime*. Boston: Little, Brown and Company, 1980.

ROBERTSON, R. *Globalization: social theory and global culture*. Londres: Sage, 1992.

RODOTÀ, Stefano. Diferenze sociali e democrazia a rischio. *L'Olandese Volante*. Disponível em: <<http://www.lolandesevolante.net/blog/2013/08/diferenze-sociali-e-democrazia-a-rischio/>>. Acesso em: 09 set. 2015.

RORTY, Richard. *Philosophy and the mirror of nature*. Princeton: Princeton University Press, 1979.

SCHÜTZ, A. *Ökologische Aspekte einer naturphilosophischen Ethik*. Frankfurt:

Bamberg, 1984.

STRYDOM, Piet. *Risk, environment, and society: ongoing debates, current issues, future prospects*. Philadelphia, PA: Open University Press, 2002.

SUSTEIN, Cass R. *Risk and reasons: safety, law and the environment*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

SUTHERLAND, Edwin Hardin. *Principles of criminology*. Chicago: J. B. Lippincott Co., 1987.

TARDE, Gabriel. *Las leyes de la imitación*. Madrid: Daniel Jorro, 1907.

TRUJILLO, Blanca Zulema Ballesteros. *Reflexión sobre la teoría de la sociedad del riesgo*. In: Programa de Doctorado en Ciencias del Desarrollo de CIDES-UMSA, 2008-2010. Disponível em: <www.cides.edu.bo>. Acesso em: 12 ago. 2015.

YOUNG, Jock. *A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

DEMOCRACIA, DIREITOS FUNDAMENTAIS E JURISDIÇÃO¹

ANIZIO PIRES GAVIÃO FILHO²

SUMÁRIO: Introdução. 1. A dogmática dos espaços. 1.1. Espaço estrutural. 1.2. Espaço epistêmico. 1.2.1 Espaço epistêmico empírico. 1.2.2. Espaço epistêmico normativo. 3. Representativa argumentativa. Conclusão.

Resumo: A teoria da discricção e a legitimidade argumentativa justificam racionalmente a ponderação de direitos fundamentais dos tribunais ordinários e constitucionais. A teoria da discricção é central porque leva à conciliação entre democracia e direitos fundamentais até à constitucionalização adequada. O Tribunal Constitucional detém a representação argumentativa do povo. Por isso, a exigência de uma teoria da argumentação jurídica racional correta.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos fundamentais. Democracia e jurisdição constitucional. Dogmática dos espaços. Teoria da discricção. Espaços estruturais e epistêmicos. Legitimidade argumentativa.

ABSTRACT: *The theory of discretion and the persuasive legitimacy justify the balance of fundamental rights by the Constitutional Courts. The theory of discretion is central because is the way to reconciliation between democracy and fundamen-*

1 Este tema foi originalmente desenvolvido em GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. *Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, e apresentado no I Seminário Nacional Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis, realizado nos dias 22 e 23 de outubro de 2015, na Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público.

2 Doutor em Direito (UFRGS). Mestre em Direito (UFRGS). Professor de Teoria da Argumentação Jurídica e Hermenêutica Jurídica da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul (FMP). Procurador de Justiça, RS.

tal rights. The constitutional court is the persuasive represent of the people. In conclusion, a theory of legal reasoning is required.

KEYWORDS: *Theory of discretion. Democracy. Fundamental rights. Balance. Legal reasoning.*

INTRODUÇÃO

A objeção apresentada contra a legitimidade da jurisdição ordinária e da jurisdição constitucional para a ponderação de princípios diz que, afora o enfraquecimento e a perda de primazia dos direitos fundamentais resultante de sua identificação com valores, o ponderar no caso de colisão de direitos fundamentais entre si e com bens coletivos implica redução do espaço de conformação política do legislador, comprometendo a democracia e o princípio da divisão dos poderes e, com isso, o próprio Estado de Direito constitucional democrático.

Essa objeção coloca, na verdade, a discussão sobre a delimitação de competência entre o legislador e os tribunais ordinários e constitucionais para a interpretação e aplicação dos direitos fundamentais e, assim, a tensão entre o princípio democrático e os direitos fundamentais.

O princípio democrático diz que compete ao legislador desenvolver, harmonizar e restringir direitos fundamentais, ponderando os interesses e bens no espaço das escolhas políticas. O fundamento dessa competência está exatamente na necessidade de proteção dos direitos fundamentais, que, por seu lado, constituem pressuposto para a democracia. Por isso mesmo, os direitos fundamentais vinculam o legislador, estabelecendo limites ao princípio da maioria, de tal sorte que as decisões políticas do legislador não possam restringir, para além do autorizado pela Constituição, as posições fundamentais jurídicas *prima facie*.

Há, então, uma contradição entre democracia e direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais são democráticos porque eles - liberdade e igualdade - asseguram o desenvolvimento de pessoas capazes de manter o processo democrático e, ainda, eles - liberdade de opinião, reunião e

associação - mantêm as condições funcionais da democracia.

Por outro lado, os direitos fundamentais não são democráticos porque, vinculando o legislador democraticamente escolhido, subtraem da maioria parlamentar poderes de decisão política.³

A ponderação não seria um caso de interpretação constitucional, mas de uma “concretização jurídico-criativa”, que é um fenômeno jurídico de atribuição de conteúdo “desde fora”.⁴ Se os direitos fundamentais representam normas-princípios com tendência à otimização, resulta para o Tribunal Constitucional a obrigação de dar aplicação ao conteúdo normativo neles estabelecidos.

As decisões de concretização e ponderação não estão no nível da legislação infraconstitucional ordinária, mas no nível constitucional. Com isso, tem-se uma crescente predeterminação dos conteúdos normativos indeterminados e um aumento do preestabelecido normativo em e a partir da Constituição. Cada vez mais, o legislador tem reduzido o seu poder conformador, e o processo político democrático perde em importância.⁵

Essa objeção é dirigida à expansão material da Constituição e ao problema da legitimidade da atividade jurisdicional, que estaria invadindo o espaço reservado ao legislador. Na medida em que a ponderação não se orienta por intermédio de parâmetros referenciais jurídicos, mas resulta de valorações dirigidas a um fim recolhidas “desde fora”, fica aberto o caminho para avaliações subjetivas e, assim, para que o Tribunal Constitucional, ao estabelecer as relações de precedência entre direitos fundamentais e bens jurídicos coletivos constitucionalmente protegidos, ocupe o espaço de conformação política do Poder Legislativo.

No caso do exame da proporcionalidade de medida legislativa, a ponderação do Tribunal Constitucional se destina a verificar se a pon-

3 Cf. ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no estado constitucional democrático. In: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 41-54.

4 Cf. BÖCKENFÖRDE. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Trad. Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos, 1993. p. 131.

5 Cf. BÖCKENFÖRDE. *Escritos sobre derechos fundamentales*. p. 135-136.

deração do legislador está correta. O resultado é sempre posterior e definitivo.

O problema é que não se pode afirmar com segurança absoluta que a ponderação jurisdicional deve prevalecer sempre sobre a ponderação legislativa.

Essa objeção pode ser respondida pela dogmática dos espaços e pela representação argumentativa da jurisdição.

A dogmática dos espaços, que pressupõe um conceito de Constituição capaz de compatibilizar uma ordenação fundamental como uma ordenação-quadro, ocupa-se da discussão dos espaços estruturais e epistêmicos liberados para a conformação legislativa.

A legitimidade jurisdicional para a ponderação de direitos fundamentais é alcançada pela argumentação. A representação é argumentativa.

I. A DOGMÁTICA DOS ESPAÇOS

A dogmática do espaço ou teoria da discricção⁶ é central para a legitimidade da jurisdição na ponderação de direitos fundamentais. Ela é decisiva porque fundamenta a conciliação entre direitos fundamentais e democracia ao propor, entre uma sobreconstitucionalização e uma subconstitucionalização, a constitucionalização adequada.

Com a dogmática dos espaços, os princípios formais e, assim, a dimensão formal dos direitos fundamentais entram em cena no jogo de princípios guiado pelas leis da ponderação. O grande mérito da dogmática dos espaços está em responder corretamente tanto ao não cognitivismo⁷ como ao cognitivismo extremo⁸.

6 Cf. ALEXY, Robert. Thirteen replies. In: PAVLAKOS, George (Ed.). *Law, rights and discourse*. Oxford: Hart Publishing, 2007. p. 333-366.

7 Ele diz que a Constituição configura um conjunto de procedimentos para as deliberações e os entendimentos entre os cidadãos, mas dada a textura aberta de suas disposições, dela não podem ser retiradas soluções para problemas substanciais. Por isso, a jurisdição constitucional não pode cuidar da constitucionalidade material das medidas legislativas sob o ponto de vista substancial, mas somente as questões de ordem procedimental (Cf. ELY, John H. *Democracy and distrust*. Cambridge: Harvard University Press, 1980. p. 117).

8 Ele diz que a jurisdição constitucional é capaz de encontrar, a partir dos precedentes, da tradição

Uma Constituição, como ordenação-quadro, traça ao legislador um quadro que: a) proíbe algo; b) ordena algo; e c) libera algo. O proibido é o impossível jurídico-constitucionalmente, o ordenado é o necessário e o liberado é o possível. O que está liberado ou é possível “reside no quadro”; “o proibido ou impossível, forma, juntamente com o ordenado ou necessário, o quadro”.⁹

Uma Constituição é uma ordenação fundamental no sentido quantitativo quando ela não libera nada, de tal modo que há uma ordem ou uma proibição para tudo. Essa concepção da Constituição como ordenação fundamental em sentido quantitativo é incompatível com a concepção de Constituição como ordenação-quadro. As razões são óbvias.

Contudo, uma Constituição como uma ordenação fundamental em sentido qualitativo é compatível com a concepção de Constituição como ordenação-quadro. Isso porque uma Constituição como ordem fundamental qualitativa decide apenas sobre “aquelas questões que são fundamentais da comunidade”, deixando aberta a via para decisões sobre outras questões. Essa é uma Constituição como ordem fundamental e como ordenação-quadro.¹⁰ O equilíbrio entre a ordenação fundamental e a ordenação-quadro, e, assim, a constitucionalização adequada, é alcançado pela dogmática dos espaços.

Os espaços, que devem ser entendidos como os espaços de conformação ou de atuação do legislador deixados livres pela Constituição, podem ser espaços estruturais e espaços epistêmicos ou cognitivos.¹¹

e dos princípios e dos valores atuais da comunidade, para cada caso, uma solução substancial correta. Os direitos fundamentais devem ser entendidos com triunfos e, assim, configuram limites à atuação do legislador, cumprindo à função jurisdicional a sua defesa em face à vontade geral expressada pelo legislador. Com isso, coloca-se um ativismo jurisdicional em face das decisões legislativas que violam as disposições de direitos fundamentais (Cf. DWORKIN, Ronald. *Hard cases*. In: DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978. p. 91-130; DWORKIN, Ronald. *Constitutional cases*. In: DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978. p. 131-149; HARRIS, J. W. *Dworkin's rights thesis*. In: HARRIS, J. W. *Legal philosophies*. London, Edimburg, Dublin: Butterworths, 1997. p. 187-210).

9 Cf. ALEXY, Robert. *Direito constitucional e direito ordinário: jurisdição constitucional e jurisdição especializada*. In: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 77.

10 Cf. ALEXY. *Direito constitucional e direito ordinário...*, p. 78.

11 Sobre as mais diversas designações de espaço na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, ver ALEXY. *Direito constitucional e direito ordinário...*, p. 78-79.

O limite desse espaço deixado livre para o legislador termina quando começa o que está determinado como proibido ou obrigatório pela Constituição.

I.1. O espaço estrutural

O espaço estrutural se define pela ausência de mandamentos e proibições definitivos. Quando a Constituição não ordena nem proíbe, ela libera. O que a Constituição libera definitivamente pertence ao espaço estrutural e sobre ele não há controle judicial-constitucional, porque ali termina a normatividade material definitiva da Constituição.¹² São três os espaços estruturais: a) espaço de determinação de finalidade; b) espaço de escolha médio; e c) espaço de ponderação.

Há um espaço de determinação da finalidade para o legislador quando o direito fundamental contém uma autorização de intervenção, mas não ordena. O legislador é livre não somente para selecionar a finalidade como também para escolher a medida da sua realização. O único limite dado contra a liberdade do legislador é para as medidas que, de nenhum modo, contribuem para a realização do fim. Evidentemente, a liberdade do legislador para determinar a finalidade depende do que estabelecem os outros dois princípios parciais da proporcionalidade. Esse é o caso do “enlace de espaços”.¹³

O espaço de escolha médio, que corresponde ao espaço para a escolha dos meios, aparece quando os direitos fundamentais não somente proíbem intervenções, mas, também, ordenam ações positivas, especialmente de proteção. Quando várias medidas são igualmente idôneas para alcançar uma finalidade, o legislador pode livremente escolher o meio. Se duas vacinas diferentes - uma francesa e outra canadense - são idôneas para prevenir a epidemia da gripe A, o dever de proteção à saúde da população não exige que as duas sejam disponibilizadas, bastando que uma delas seja fornecida para realização do direito fundamental

12 Cf. ALEXY, Direito constitucional e direito ordinário..., p. 79.

13 Cf. ALEXY, Direito constitucional e direito ordinário..., p. 80.

à saúde. Contudo, se as vacinas realizam a finalidade de prevenção à epidemia da gripe A em diferentes graus ou se não há segurança quanto ao grau de realização dessa finalidade ou, ainda, se uma vacina custa o dobro da outra, novamente coloca-se a questão do enlace de espaços.

O espaço da ponderação e o espaço epistêmico é que irão indicar a medida necessária e proporcional em sentido restrito, considerando a intensidade de intervenção em outros direitos fundamentais ou bens jurídicos coletivos constitucionalmente protegidos. O limite traçado para o legislador é o de que estão proibidas, dentre as medidas igualmente idôneas, apenas as medidas mais gravosas. Fora disso, o legislador é livre e nada lhe é determinado positivamente. O espaço da ponderação é parte essencial da dogmática-quadro, correspondendo ao papel da proporcionalidade todo na dogmática-quadro.¹⁴

Não há incompatibilidade entre a ideia de Constituição como ordenação-quadro e a identificação dos direitos fundamentais como os princípios e, assim, como mandamentos de otimização ou a serem otimizados conforme as possibilidades fáticas e jurídicas. Os três princípios parciais do princípio da proporcionalidade não excluem o espaço estrutural necessário à configuração de uma Constituição como ordenação-quadro. No espaço estrutural do quadro, o legislador está liberado para escolher as finalidades, as medidas a serem adotadas e o grau de realização dos direitos fundamentais e dos bens coletivos constitucionalmente protegidos ou o interesse público.¹⁵ Evidentemente, a determinação do espaço estrutural está na dependência da relação entre esses três princípios parciais, principalmente a relação entre o princípio parcial da necessidade e o princípio da proporcionalidade em sentido restrito, ou seja, a ponderação.¹⁶

O mandamento da otimização dos direitos fundamentais conforme as possibilidades fáticas não se identifica com uma otimização máxima ou ao ponto máximo de otimização. O princípio parcial da idoneidade

14 Cf. ALEXY, Direito constitucional e direito ordinário..., p. 81.

15 Cf. RIVERS, Julian. Proportionality, discretion and the second law of balancing. In: PAVLAKOS, George (Ed.). *Law, rights and discourse*. Oxford: Hart Publishing, 2007. p. 170.

16 Cf. RIVERS, Proportionality, discretion and the second law of balancing. p. 171.

serve para excluir uma medida não idônea. Cuida-se de um critério negativo que exclui todas as medidas não idôneas, mas deixa aberto o espaço para a escolha de todas as outras medidas idôneas. Se o princípio parcial da idoneidade não determina tudo, deixando espaço livre para outras medidas idôneas, então ele se mostra compatível com a Constituição como ordenação-quadro. Não é diferente o que ocorre com o princípio parcial da necessidade. Como critério negativo, ele serve para excluir, dentre as medidas idôneas, as medidas mais gravosas.¹⁷ Se quatro são as vacinas igualmente idôneas para prevenir a epidemia da gripe A, mas uma delas custa o dobro do preço das outras três, o princípio parcial da necessidade serve para excluir a medida que implica maior sacrifício ao princípio da disponibilidade orçamentária. Se existem outras medidas igualmente idôneas e menos gravosas à liberdade de iniciativa e de profissão do que a proibição do funcionamento de câmeras de bronzeamento artificial, então esta deve ser excluída, mas aquelas estão liberadas no espaço da ação estatal. Dizer que o legislador, ao perseguir o seu objetivo de prevenir doenças, deve escolher as medidas com menor intensidade de intervenção em outros princípios ou bens coletivos não significa exigência de otimização ao ponto máximo, mas implica evitar sacrifícios desnecessários.¹⁸ Se o princípio parcial da necessidade não determina tudo, deixando aberto o espaço de ação para escolha de qualquer das medidas necessárias, então não há incompatibilidade com a Constituição como ordenação-quadro.

A compatibilidade entre ponderação e a Constituição como ordenação-quadro depende de se, pela ponderação, “alguma coisa é determinada e alguma coisa não”.¹⁹ A primeira lei da ponderação - lei da ponderação material, que se ocupa da dimensão material dos direitos fundamentais - diz que, quanto maior a intensidade da intervenção em

17 Cf. ALEXY, Robert. Postscript. In: ALEXY, Robert. *A theory of constitutional rights*. Trans. Julian Rivers. Oxford: Oxford University Press, 2002. p. 388-425. Tradução para a língua portuguesa: Posfácio (2002). In: ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 398.

18 Cf. ALEXY, Postscript..., p. 399.

19 Cf. ALEXY, Direito constitucional e direito ordinário..., p. 82.

um direito fundamental, maior deve ser a importância da realização de outro direito fundamental.²⁰ É a partir dessa formulação que se pode verificar o que a Constituição ordena ou proíbe. Quando o resultado da ponderação é um empate, a Constituição nada decide. Ela simplesmente libera o que reside no quadro. O liberado é o espaço estrutural de conformação, de atuação e de ponderação livres para o legislador.

A questão que se coloca imediatamente é quando se tem um empate e, assim, um espaço estrutural de ação livre. A verificação de um empate depende da atribuição de graus de intensidade de intervenção em um princípio e grau de importância de realização em outro princípio e do modelo de escala empregado - triádico simples ou triádico duplo. Evidentemente, uma escala triádica simples, contando apenas com os graus leve, médio e grave, produz mais empates e, assim, maior é o espaço de ponderação para o legislador.

Contudo, a possibilidade de empates se reduz no caso do modelo triádico duplo. É que um refinamento quanto aos graus de intervenção e de importância desse tipo resulta em nove graus. É o caso se os graus leve, médio e grave são usados mais uma vez: ia) leve/leve, ib) leve/médio e ic) leve-grave; iia) médio/leve, iib) médio/médio e iic) médio/grave; e iiia) grave/leve, iiib) grave/médio e iiic) grave/grave. O resultado da aplicação desse modelo triádico mais refinado é que a ponderação produz menos empates. Com isso, menor o espaço estrutural de ponderação do legislador.²¹ O que isso significa é que a adoção dessa escala mais refinada do modelo triádico duplo aumenta o controle jurisdicional sobre o espaço de conformação do legislador. O adotar uma escala mais ou menos fina significa maior ou menor controle jurisdicional sobre espaço de ponderação do legislador. Aliás, como diz Rivers, o espaço de ponderação do legislador será inversamente proporcional à habilidade dos juízes para avaliar o grau da importância de realização do direito fundamental ou bem coletivo apresentada para

20 Cf. ALEXY, *Thirteen Replies...*, p. 345.

21 Cf. ALEXY, *Direito constitucional e direito ordinário...*, p. 88.

justificar a intervenção.²² Assim, se maior a intensidade de intervenção em um direito fundamental P_i , maior deve ser o refinamento da escala de avaliação da intensidade de intervenção e do grau de importância da realização de P_j .²³

De qualquer modo, uma eliminação total de empates e uma redução do espaço de ponderação do legislador a zero estão excluídas. Mesmo no caso do refinamento alcançado pelo modelo triádico duplo, os empates são possíveis. Além disso, uma atribuição de graus refinada nem sempre pode ser perseguida, sobrando muitos casos de “empates autênticos” e, assim, espaço para livre ponderação do legislador.²⁴

Com isso, então, fica assegurada a compatibilidade entre ponderação e a Constituição como ordenação-quadro. Os direitos fundamentais como princípios e, assim, como mandamentos de otimização não pretendem alcançar um ponto máximo, mas apenas a realização tanto quanto possível conforme as possibilidades fáticas e jurídicas.

1.2. O espaço epistêmico

O espaço epistêmico, diferentemente do estrutural, não se ocupa dos limites entre aquilo que a Constituição ordena ou proíbe, mas dos “limites da capacidade de cognição do que a Constituição” ordena, proíbe ou libera.²⁵ Portanto, o espaço epistêmico surge quando não há certeza sobre o que está ordenado, proibido ou liberado pela Constituição. Quando é o caso de espaços epistêmicos, o legislador está liberado para fazer as suas escolhas quanto às finalidades, às medidas e aos graus de intensidade de intervenção e de importância dos direitos fundamentais e dos bens coletivos.

O espaço epistêmico será empírico ou normativo conforme a incerteza recaia em premissas empíricas ou normativas. Se não há certeza sobre as prognoses empíricas pressupostas, cuida-se de um espaço epis-

22 Cf. RIVERS, Proportionality, Discretion and the Second Law of Balance..., p. 184.

23 Cf. ALEXI, Thirteen Replies..., p. 346.

24 Cf. ALEXI, Direito constitucional e direito ordinário..., p. 88.

25 Cf. ALEXI, Direito constitucional e direito ordinário..., p. 89.

têmico empírico. Se a incerteza está na quantificação da intensidade de intervenção e importância de realização dos direitos fundamentais, trata-se de um espaço epistêmico normativo.

1.2.1. O espaço epistêmico empírico

O espaço epistêmico empírico permite intervenção nos direitos fundamentais com base em premissas fáticas incertas, sustentáveis ou plausíveis. A extensão dos espaços epistêmicos corresponde à extensão de possíveis divergências entre o realmente ordenado, proibido e liberado e aquilo que é verificável como ordenado, proibido e liberado.

A ignorância fática sobre a idoneidade da medida escolhida para realização da finalidade e, também, sobre a necessidade da medida configura o espaço epistêmico empírico do legislador. Assim, insere-se no espaço epistêmico empírico do legislador a liberdade para escolher medidas que muito provavelmente contribuam para a realização da finalidade e medidas que parecem implicar menor intervenção nos direitos fundamentais ou bens jurídicos coletivos constitucionalmente protegidos. A exigência de certeza inviabilizaria a atuação do legislador, comprometendo os princípios formais da divisão dos poderes e da democracia, que “exigem um espaço de conhecimento empírico”.²⁶

O espaço epistêmico empírico, contudo, não é um espaço ilimitado. O legislador não pode estar livremente autorizado, a partir de prognoses apenas incertas, a intervir intensamente nos direitos fundamentais. Isso implicaria uma prevalência absoluta e incondicionada do princípio da competência decisória do legislador democraticamente legitimado em relação ao princípio material dos direitos fundamentais.²⁷ Os limites são dados pela segunda lei da ponderação - lei da ponderação epistêmica -, que se ocupa da dimensão formal dos direitos fundamentais. Se a primeira lei da ponderação determina o espaço estrutural, a segunda lei da ponderação determina o espaço epistêmico. Esta diz que, quanto

26 Cf. ALEXY, *Direito constitucional e direito ordinário...*, p. 90.

27 Cf. ALEXY, *Postscript...*, p. 418.

maior a intensidade da intervenção em um direito fundamental, tanto mais alta deve ser a certeza das premissas apoiadoras da intervenção.²⁸

A lei da ponderação epistêmica não se refere à importância material das razões que justificam a intervenção, mas de sua qualidade epistêmica.²⁹ Assim, as razões para a intervenção são razões que combinam elementos materiais e epistêmicos.

Ao discutir essas formulações, Rivers sustenta que a segunda lei da ponderação é incompleta na medida em que deixa de considerar suficientemente os princípios formais. O seu ponto de partida é que a incerteza afeta os dois lados da ponderação: incerteza quanto ao grau de intervenção e incerteza quanto à importância de realização. A lei da segunda ponderação, inicialmente formulada por Alexy, toma em conta o grau de certeza quanto à intensidade da intervenção, mas não considera o grau de certeza quanto à importância da realização do outro princípio ou bem coletivo da colisão. Assim, então, ela deve ser reformulada para que o fator incerteza apareça nos dois lados da ponderação.³⁰ Como o próprio Rivers reconhece, essa objeção se acha superada pela configuração mais recente da segunda lei da ponderação e da fórmula peso completa, que tomam em conta a confiabilidade ou segurança sobre as premissas empíricas pressupostas na medida quanto à intensidade da intervenção em um princípio P_i e a importância da realização em outro princípio P_j , conforme as circunstâncias do concreto.³¹ As discussões desenvolvidas a respeito da segunda lei da ponderação não deixam dúvidas da relevância do fator certeza nos dois lados da ponderação e, assim, do papel central dos princípios formais.

Outra questão suscitada à segunda lei da ponderação é a de que os juízes não dispõem das condições estruturais adequadas e necessárias para o desenvolvimento de suas próprias investigações sobre as ques-

28 Cf. ALEXY, *Direito constitucional e direito ordinário...*, p. 91; ALEXY, *Thirteen Replies...*, p. 345; ALEXY, *Postscript...*, p. 419.

29 Cf. ALEXY, *Postscript...*, p. 418.

30 Cf. RIVERS, *Proportionality, Discretion and the Second Law of Balance...*, p. 181.

31 Cf. ALEXY, Robert. On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison. *Ratio Juris*, v. 16, n. 4, p. 446, 2003 Dec.

tões empíricas. Em razão disso, não lhes resta outra alternativa senão confiar nas pesquisas empíricas desenvolvidas pelos órgãos estatais ou órgãos não governamentais.³² O que isso significa é que os juízes somente irão tomar como suas aquelas suposições empíricas consideradas suficientemente confiáveis ou seguras. Assim, a segunda lei da ponderação deve ser interpretada no sentido de que, quanto maior a intensidade da intervenção em direito fundamental, maior deve ser a confiabilidade da avaliação legislativa quanto ao grau de importância da realização de outro direito fundamental. Desse modo, fica claro que o problema do espaço estrutural epistêmico é um assunto que diz respeito à confiabilidade quanto às prognoses empíricas realizadas pelo legislador. Com isso, os princípios formais são levados a sério. O princípio da competência decisória do legislador democraticamente legitimado e o princípio da competência dos juízes para garantir os direitos fundamentais. A conclusão é a de que, quanto maior a intensidade de intervenção em direito fundamental, maior deve ser a confiabilidade sobre as prognoses empíricas apresentadas sobre a intensidade da intervenção em outro e a importância da realização de outro direito fundamental. Uma exigência tal implica para o legislador o cuidado de tomar como corretas somente prognoses empíricas fundadas em bases fáticas consistentes.³³

Essa sugestão de interpretação da segunda lei da ponderação explicita o papel dos princípios formais na ponderação, destacando que o conceito de certeza deve ser tomado no sentido de confiabilidade, e não de probabilidade. Como já observado, a confiabilidade, como uma propriedade epistêmica gradual, pode ser expressada em graus epistêmicos: certo, plausível e não evidentemente falso. Com isso, fica assegurado o *status* de uma regra epistêmica da certeza das premissas empíricas.³⁴

Outra interpretação da segunda lei da ponderação é tomá-la para determinar a intensidade do controle jurisdicional sobre o espaço de

32 Cf. RIVERS, Proportionality, Discretion and the Second Law of Balance..., p. 182.

33 Cf. RIVERS, Proportionality, Discretion and the Second Law of Balance..., p. 183.

34 Cf. ALEXI, Thirteen Replies..., p. 346.

ponderação do legislador. Assim, quanto maior a intensidade de intervenção em direito fundamental, maior deve ser a intensidade do controle jurisdicional sobre o espaço de ponderação do legislador.³⁵ O resultado dessa interpretação leva às seguintes regras: i) quando maior é o peso do direito fundamental, menor deve ser o espaço estrutural; ii) quanto maior é a intensidade da intervenção no direito fundamental, maior deve ser o procedimento de investigação sobre os premissas empíricas pressupostas para justificar a medida de intervenção em questão; iii) quanto maior é a intensidade da intervenção no direito fundamental, maior cuidado os juízes devem ter para verificar pequenas vantagens alcançáveis ao direito fundamental sem prejuízo para a medida estatal M em questão e maior deve ser a disposição dos juízes para diferenciar o grau de realização da medida estatal M em questão do grau de intensidade da intervenção no direito fundamental.³⁶ Segundo Rivers, essa formulação da segunda lei da ponderação representa a contrapartida formal da primeira lei da ponderação material. A sua fundamentação descansa no princípio formal de que a guarda dos direitos fundamentais incumbe à jurisdição. Do mesmo modo que um grau alto de intervenção em um direito fundamental deve ser justificado por um grau igualmente alto da importância da realização de outro direito fundamental, um grau alto de intervenção em um direito fundamental exige um alto grau de controle jurisdicional.³⁷

O que resulta dessa interpretação é uma reformulação da segunda lei da ponderação. Ela perde o *status* de simples regra referida à certeza das premissas empíricas para se transformar em uma regra geral para determinação da intensidade do controle da intervenção jurisdicional no espaço de ponderação do legislador, conforme o menor ou maior grau de intervenção no direito fundamental.³⁸ Segundo Alexy, essa reformulação se destina a suplementar a falta de generalidade da versão simplesmente epistêmica da segunda lei da ponderação, pois nessa nova

35 Cf. RIVERS, Proportionality, Discretion and the Second Law of Balance..., p. 187.

36 Cf. RIVERS, Proportionality, Discretion and the Second Law of Balance..., p. 187.

37 Cf. RIVERS, Proportionality, Discretion and the Second Law of Balance..., p. 187.

38 Cf. ALEXY, Thirteen Replies..., p. 346.

versão ela cobre todos os espaços de ponderação do legislador. Cuida-se de uma inspirada ideia que representa uma grande contribuição para a teoria da ponderação no Direito Constitucional.³⁹

O problema é que a intensidade do controle jurisdicional da segunda lei da ponderação reformulada remete a uma série de características que não são identificáveis às variáveis da fórmula peso. Mesmo assim, a questão da intensidade do controle jurisdicional não é incompatível com a fórmula peso, como deixa saber o espaço para a escala de atribuição de graus de intensidade de intervenção e de importância de realização.⁴⁰ A regra que diz que, quanto maior a intensidade de intervenção em um direito fundamental, maior deve ser o refinamento da escala de avaliação da intensidade de intervenção e do grau de importância da realização de outro direito fundamental, se acha fundada na ideia de que a capacidade de um direito fundamental para resistir a uma intervenção aumenta na mesma proporção da intensidade da intervenção, o que corresponde à observação de que a nossa habilidade para distinguir graus de intervenção aumenta com a intensidade da interferência.⁴¹ Segundo Alexy, reconhecer a indispensabilidade da escala não significa admitir uma nova variável na fórmula peso, pois as regras da escala dizem respeito à determinação de escalas em que o fato representado pelas variáveis deve ser classificado. Elas nada dizem quanto ao que deve ser classificado. Contudo, elas são indispensáveis à ponderação.⁴²

1.2.2. O espaço epistêmico normativo

O espaço epistêmico normativo trata diretamente do conteúdo material da Constituição e está relacionado ao peso dos direitos fundamentais em colisão, bem como ao que é deixado para as valorações próprias do legislador.⁴³ A incerteza descansa na intensidade da inter-

39 Cf. ALEXY, *Thirteen Replies...*, p. 346.

40 Cf. ALEXY, *Thirteen Replies...*, p. 346.

41 Cf. ALEXY, *Thirteen Replies...*, p. 346.

42 Cf. ALEXY, *Thirteen Replies...*, p. 347.

43 Cf. ALEXY, *Postscript...*, p. 415.

venção sobre um direito fundamental ou sobre quanto efetivamente pesa a intervenção no direito fundamental ou bem coletivo. Segundo Rivers, as incertezas normativas colocam três aspectos diferentes: i) como graduar diferentes intensidades de intervenção e de importâncias de realização de um princípio - como, por exemplo, a intensidade da proibição da publicação de um livro ou a proibição de uma manifestação oral; ii) incerteza quanto ao peso abstrato dos princípios - pode haver consenso de que a vida é mais importante que a liberdade, mas talvez não haja o mesmo consenso sobre quanto a vida é mais importante do que a liberdade ou sobre como relacionar a liberdade com a intimidade; iii) incerteza quanto ao peso concreto dos princípios relacionados uns com os outros.⁴⁴

Na área do espaço epistêmico normativo, o legislador está liberado para escolher livremente conforme suas próprias valorações.

A questão que se coloca a partir disso é como compatibilizar o espaço sistêmico normativo com a vinculação à Constituição. É que cada espaço epistêmico normativo significa uma supressão do controle judicial-constitucional da vinculação à Constituição. Na extensão completa da área coberta pelo espaço epistêmico normativo, não há controle sobre o estabelecido vinculativamente pela Constituição.⁴⁵

A existência de um espaço epistêmico normativo não pode levar à configuração de uma área absolutamente livre e incontrolável para a quantificação dos direitos fundamentais. Se assim fosse, não se poderia falar em vinculação à Constituição. Os espaços epistêmicos normativos não podem significar autorização para violação de direitos fundamentais excluídos de controle jurisdicional. A necessidade de espaços de conformação do legislador deve ser compatibilizada com a vinculação do próprio legislador aos direitos fundamentais. O primeiro passo é que um espaço epistêmico normativo somente surge quando houver incerteza normativa quanto à ponderação dos direitos fundamentais. Se não houver incerteza quanto à ponderação de direitos fundamentais, não há

44 Cf. RIVERS, *Proportionality, Discretion and the Second Law of Balancing...*, p. 178.

45 Cf. ALEXY, *Direito constitucional e direito ordinário...*, p. 91.

espaço epistêmico normativo para o legislador realizar livremente a sua própria ponderação.

A compatibilidade do espaço epistêmico normativo com a validade formal da Constituição requer que três coisas sejam colocadas conjuntamente.

A primeira é que o espaço epistêmico normativo é suavizado consideravelmente pelo espaço de ponderação estrutural. Se ficar constatado que algo está no espaço estrutural, a discussão sobre qual é a melhor solução deixa de ser jurídico-constitucional. Com isso, o espaço epistêmico normativo perde o seu objeto.⁴⁶

A segunda diz com a lei de ponderação epistêmica, que reduz tanto o espaço epistêmico empírico como o normativo. Segundo Alexy, as discussões sobre intervenções intensivas ou mais intensivas não devem ser decididas politicamente como dissensos em espaços, mas jurídico-constitucionalmente como dissenso sobre seus limites.⁴⁷ Da lei da ponderação epistêmica, como já discutido antes, pode ser retirado que o aumento da intensidade de intervenção em um direito fundamental incrementa não somente a sua capacidade de resistência a intervenções cada vez mais intensas, mas também a possibilidade de refinamento da intensidade de intervenção em cada vez mais graus. Quanto mais a intervenção se aproxima do núcleo, maior a capacidade e a habilidade de diferenciação.⁴⁸

A terceira é que a retirada de controle judicial-constitucional deve permanecer limitada à outorga de espaços epistêmicos normativos. Aqui, os limites são determináveis pela ponderação de princípios materiais e formais. Como no espaço epistêmico normativo se trata do conteúdo material da Constituição, até onde ele alcança, há uma relação de cooperação autêntica entre a jurisdição constitucional e a jurisdição especializada, pois os “tribunais especializados exercem jurisdição constitucional material”, atuando, nesse aspecto, como “pequenos tri-

46 Cf. ALEXY, *Direito constitucional e direito ordinário...*, p. 91.

47 Cf. ALEXY, *Direito constitucional e direito ordinário...*, p. 91.

48 Cf. ALEXY, *Postscript...*, p. 626.

bunais constitucionais”.⁴⁹

A contribuição da dogmática dos espaços para a discussão aqui tratada é exatamente a de permitir a compreensão de que a expansão de conteúdo material da Constituição - do qual resulta uma ordenação fundamental - é compatível com uma ordenação-quadro, disso resultando uma constitucionalização adequada. Com isso podem ser corretamente afastadas as objeções de que, em face da constitucionalização material, o processo político estaria reduzido a algo sem significado e de que haveria a passagem do Estado-legislador para o Estado-judicial constitucional. Além disso, a dogmática dos espaços alcança compreensão sobre os espaços estruturais e epistêmicos que estão liberados da normatividade material da Constituição, exatamente porque ali é onde essa normatividade tem fim. Dentro desses espaços não há controle jurisdicional constitucional. Fora deles, entretanto, tudo está sujeito ao controle jurisdicional material. O que isso significa é que, no espaço de configuração liberado pela Constituição, o legislador está livre para tomar as decisões políticas de oportunidade que lhe aprouver, estabelecendo restrições, limites, harmonizações e ponderações dos direitos fundamentais e dos bens jurídicos coletivos constitucionalmente protegidos.

2. A REPRESENTAÇÃO ARGUMENTATIVA

A objeção apresentada contra a legitimidade da jurisdição ordinária e da jurisdição constitucional para a ponderação de direitos fundamentais é respondida pela dogmática dos espaços e pela legitimidade argumentativa da atividade jurisdicional. Os juízes não são eleitos diretamente pelos representantes do povo, mas não lhes falta legitimidade para controlar intervenções em direitos fundamentais e bens coletivos constitucionalmente protegidos. Os juízes desempenham uma representação argumentativa e os parlamentares detêm a representação política do cidadão.

⁴⁹ Cf. ALEXY, Direito constitucional e direito ordinário..., p. 92.

Se todo o poder emana do povo e em seu nome deve ser exercido, os juizes e os legisladores são os representantes do povo.⁵⁰ Aliás, esse argumento poderia ser inserido no contexto do já conhecido e célebre debate entre Schmitt e Kelsen, vencido pelo último.⁵¹

Segundo Schmitt, as questões de interpretação e aplicação das disposições constitucionais, dado o seu caráter de acordos compromissários⁵², somente poderiam ser resolvidas pelo presidente do Reich, investido de poder moderador pela Constituição de Weimar, e não pelo Tribunal Constitucional.⁵³ Contra essa posição, Kelsen sustentou que a guarda da Constituição é do Tribunal Constitucional, destacando que é comum à atividade jurisdicional ordinária e constitucional dirimir incertezas e indeterminações das disposições jurídicas. Não é acertado pressupor uma contradição essencial entre as funções jurisdicionais e as funções políticas. O exercício do poder não se encerra com o processo legislativo, pois, depois dele, tem continuação e, quem sabe, encontra seu real início na jurisdição e na administração. Se o “político” significa resolução de interesses, em toda a decisão judicial, em menor ou maior grau, há uma decisão própria de um poder em exercício. O conflito jurídico pressupõe um conflito de interesses ou de poder e, portanto, a controvérsia jurídica é uma controvérsia política. O político de uma decisão judicial é tanto maior quanto mais amplo o poder discricionário que a própria legislação confere ao juiz. A diferença entre o caráter político da legislação e o caráter político da jurisdição é de natureza quantitativa, e não qualificativa.⁵⁴ Daí, então, não haver razão para se negar o controle da Constituição a um órgão judicial independente.⁵⁵

Portanto, a guarda da Constituição é do Tribunal Constitucional⁵⁶,

50 Cf. ALEXY, Direitos fundamentais no estado constitucional democrático..., p. 53-54.

51 Cf. HECK, Luís Afonso. *Jurisdição constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 11-31.

52 Cf. SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Trad. Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, 1996. p. 82-85.

53 Cf. KELSEN, Hans. Quem deve ser o guardião da Constituição? In: KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. Trad. Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 247.

54 Cf. KELSEN, Quem deve ser o guardião da constituição?..., p. 251-252.

55 Cf. KELSEN, Quem deve ser o guardião da constituição?..., p. 253.

56 Sobre o desenvolvimento de um dos mais importantes e influentes Tribunais Constitucionais, o

incumbindo à jurisdição constitucional a proteção dos direitos fundamentais contra os erros das decisões políticas majoritariamente estabelecidas do legislador. A jurisdição constitucional, afora representar o coroamento decisivo para o Estado de Direito, contribui para o desenvolvimento e concretização dos princípios constitucionais e, assim, da própria Constituição. Segundo Heck, essa concretização implica não somente uma “comunicação dialética entre a norma jurídica” e a realidade, mas também um “entrosamento entre a Constituição e o restante da ordem jurídica”.⁵⁷

A decisão do Tribunal Constitucional fundada em violação à disposição de direito fundamental não é contra o povo, mas tomada, em nome do povo, contra os erros de cálculo dos representantes políticos do povo. Segundo Alexy, a jurisdição constitucional é também exercício do poder estatal, compatível com a democracia. O legislador é legítimo porque democraticamente escolhido e controlado - pela não reeleição - pelo povo. É correto que os juízes não são escolhidos em eleição livre e igual pelo povo, mas isso não impede que eles sejam reconhecidos como representantes argumentativos do povo. O conceito de “representação argumentativa” pressupõe se entender a democracia não apenas como decisão - procedimento centrado na eleição e na regra de maioria -, mas também como argumentação. A democracia é deliberativa porque argumentativa. O conceito de democracia que abarca o de argumentação é o que faz deliberativa a democracia. A democracia deliberativa não é outra coisa senão uma “tentativa de institucionalizar o discurso” como “meio da tomada de decisão pública”. A representação do povo pelo legislador é, simultaneamente, decisionista e argumentativa. A representação do povo pela jurisdição constitucional é puramente argu-

Tribunal Constitucional Federal alemão, ver HECK, Luís Afonso. *Tribunal Constitucional Federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995. Uma coletânea dos cinquenta anos da jurisprudência do Tribunal Constituição Federal alemão, ver SCHWABE, Jürgen (Col. Orig.). *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Trad. Beatriz Hennig; Leonardo Martins; Mariana Bigelli de Carvalho; Tereza Maria de Castro; Viviane Geraldine Ferreira. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2005.

57 Cf. HECK, Luís Afonso. *Tribunal Constitucional Federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, p. 167.

mentativa ou discursiva.⁵⁸

A representação é, aqui, ao mesmo tempo normativa, real e ideal, sendo, portanto, definida pela “união de uma dimensão normativa, uma fática e uma ideal”. Na representação democrática, “como caso de representação racional, o ideal é a ideia de correção”.⁵⁹ Se, contra isso, argumentar-se que o Tribunal Constitucional poderia, em cada caso, dizer que o seu argumento representa o povo e, assim, todo o declarado pela jurisdição constitucional seria o declarado pelo povo, pode ser respondido, em primeiro lugar, que a argumentação racional não admite tudo e, em segundo lugar, que a representação argumentativa pode ser unida com o pensamento do povo.⁶⁰

Nem tudo é admitido na argumentação racional da jurisdição constitucional, distinguindo-se argumentos jurídicos constitucionais bons e ruins ou melhores e piores. Quando bons ou ruins argumentos levam a uma situação de empate, então é porque o espaço de conformação é livre para o legislador, pois a Constituição não deve decidir, sempre, todas as questões. A isso pode ser adicionada uma série de decisões da jurisdição constitucional sobre intensidades de intervenção e de importância apoiadas em argumentos bons e plausíveis, assim entendidos por todos que aceitam a Constituição.⁶¹

A representação argumentativa do povo requer, ainda, os argumentos dados pela jurisdição constitucional como sendo argumentos do povo que colocam a pretensão de correção, de tal sorte que um número suficientemente significativo de pessoas possa aceitá-los como corretos. Segundo Alexy, duas condições são exigidas à representação argumentativa: i) a existência de argumentos corretos; ii) a existência de pessoas racionais dispostas a aceitar argumentos corretos. A conclusão é a de que argumentos válidos e corretos permitem que a razão e a correção

58 Cf. ALEXY, Robert. Ponderação, jurisdição constitucional e representação. In: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 163.

59 Cf. ALEXY, Ponderação, jurisdição constitucional e representação..., p. 164.

60 Cf. ALEXY, Ponderação, jurisdição constitucional e representação..., p. 164.

61 Cf. ALEXY, Ponderação, jurisdição constitucional e representação..., p. 165.

sejam mais bem institucionalizadas com a jurisdição constitucional.⁶² Com isso, então, direitos fundamentais e democracia não estão em contradição.⁶³

CONCLUSÃO

A objeção apresentada contra a legitimidade da jurisdição ordinária e da jurisdição constitucional para a ponderação de princípios não implica redução do espaço de conformação política do legislador e tampouco compromete a democracia e o princípio da divisão dos poderes.

A objeção de que a ponderação leva à expansão material da Constituição e ao problema da legitimidade da atividade jurisdicional, que estaria invadindo o espaço reservado ao legislador, é respondida pela dogmática dos espaços e pela representação argumentativa da jurisdição.

A dogmática dos espaços, que pressupõe um conceito de Constituição capaz de compatibilizar uma ordenação fundamental como uma ordenação-quadro, ocupa-se da discussão dos espaços estruturais e epistêmicos liberados para a conformação legislativa.

A legitimidade jurisdicional para a ponderação de direitos fundamentais é alcançada pela argumentação.

A representação é argumentativa.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation*. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991. Trad. para língua espanhola: *Teoría de la argumentación jurídica*. Trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987; Trad. para a língua portuguesa: *Teoria da argumentação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva, São Paulo: Landy, 2001.

_____. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994; Trad.

62 Cf. ALEXY, Ponderação, jurisdição constitucional e representação..., p. 165.

63 Cf. ALEXY, Direitos fundamentais no estado constitucional democrático..., p. 54.

para língua espanhola: *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2001; Trad. para língua inglesa: *A Theory of Constitutional Rights*. Trans. Julian Rivers, Oxford: Oxford University Press, 2002; Trad. Para língua portuguesa: *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. Nachwort (1991): Antwort auf einige Kritiker. In: ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation*. 2. Auf. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991.

_____. Postscript. In: ALEXY, Robert. *A Theory of Constitutional Rights*. Trans. Julian Rivers. Oxford: Oxford University Press, p. 388-425, 2002. Tradução para a língua portuguesa: Posfácio (2002). In: ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 575-627.

_____. Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade. In: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. Direitos fundamentais no estado constitucional democrático. In: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 41-54.

_____. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito social. In: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 55-69.

_____. Direito constitucional e direito ordinário - jurisdição constitucional e jurisdição especializada. In: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 71-92.

_____. A fórmula peso. In: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 131-153.

_____. Ponderação, jurisdição constitucional e representação. In: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 155-165.

_____. Constitutional Rights, Balancing and Rationality. *Ratio Juris*, v. 16, n. 2, p. 131-140, 2003 Jun.

_____. On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison. *Ratio Juris*, v. 16, n. 4, p. 433-449, 2003 Dec.

_____. Thirteen Replies. In: PAVLAKOS, George (Ed.). *Law, Rights and Discourse*. Oxford: Hart Publishing, 2007. p. 333-366.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Trad. Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Baben-Baden: Nomos, 1993.

DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

_____. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1998.

_____. The Models of Rules I. In: DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978. p. 14-45.

_____. Hard cases. In: DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978. p. 91-130.

_____. Constitutional cases. In: DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978. p. 131-149.

_____. What Rights do we have? In: DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977. p. 266-278.

ELY, John H. *Democracy and distrust*. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

HARIS, J. W. Dworkin's rights thesis. In: HARIS, J. W. *Legal philosophies*. London, Edimburg, Dublin: Butterworths, 1997. p. 187-210.

HART, H. L. A. *The Concept of Law*. London: Oxford University Press, 1961.

HECK, Luís Afonso. *Tribunal Constitucional Federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor.

_____. *Jurisdição constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. Regras, princípios jurídicos e sua estrutura no pensamento de Robert Alexy. In: KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre*. Wien: Franz Deuticke, 1960.

_____. Quem deve ser o guardião da Constituição? In: KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. Trad. Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 237-298.

PAVLAKOS, George (Ed.). *Law, Rights and Discourse*. Oxford: Hart Publishing, 2007.

RIVERS, Julian. Proportionality, Discretion and the Second Law of Balancing. In: PAVLAKOS, George (Ed.). *Law, Rights and Discourse*. Oxford: Hart Publishing, 2007. p. 167-188.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Trad. Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, 1996.

SCHWABE, Jürgen (Col. Orig.). *Cinqüenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Trad. Beatriz Hennig; Leonardo Martins; Mariana Bigelli de Carvalho; Tereza Maria de Castro; Viviane Geraldês Ferreira. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2005.

LIBERDADE DE CONSCIÊNCIA E DIREITO PENAL: CRÍTICA À DECISÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO JULGAMENTO DO *HABEAS CORPUS* Nº 268.459/SP

BRUNO HERINGER JÚNIOR^{64*}

RESUMO: Tendo a Constituição Federal optado pelo fomento ao pluralismo cultural e assegurado a liberdade de consciência, a ordem jurídica contempla o reconhecimento eventual de escusas ao cumprimento de deveres legais incompatíveis com as convicções religiosas, filosóficas ou políticas do indivíduo, para além dos casos já regradados legalmente. No âmbito criminal, a afirmação da primazia de tal direito fundamental poderá ter repercussão na fixação da pena ou até mesmo descaracterizar o delito, afastando a tipicidade ou a ilicitude do fato ou, mais comumente, a culpabilidade do agente. Relativamente a decisões existenciais envolvendo menores, porém, como a recusa a transfusões de sangue, a prevalência do direito à vida é a solução mais adequada à luz dos balizamentos constitucionais.

PALAVRAS-CHAVE: Constituição. Objeção de consciência. Crime. Decisões existenciais. Menores.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Constituição e liberdade de consciência. 2. Objeção de consciência e Direito Penal. Considerações finais. Referências bibliográficas.

64 * Doutor e mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos), RS. Professor de Direito Penal e coordenador do curso de Especialização em Direito Penal e Processual Penal da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP), RS. Promotor de Justiça, RS.

INTRODUÇÃO

Vivemos, conforme a expressão de Norbert Rouland⁶⁵, o “século das minorias”, razão pela qual a problemática da liberdade de consciência avulta nas sociedades contemporâneas, caracterizadas pelo pluralismo - religioso, filosófico, político -, fazendo aflorar a discussão acerca da justificação dos comportamentos divergentes. Até que ponto a ordem jurídica pode tolerar atos contrários a seus comandos normativos?

A tensão é manifesta: por um lado, a Constituição, que traça o primado da liberdade e define os limites da inovação normativa pelo Poder Legislativo; por outro, o princípio democrático, que torna vinculantes as deliberações dos representantes do povo. Encontrar o ponto de equilíbrio entre ambos parece ser um dos principais desafios impostos pelo paradigma do Estado Constitucional de Direito, em que os dogmas da completude e da certeza da ordem jurídica já não mais podem ser entendidos à maneira tradicional.

No âmbito do Direito Penal, especialmente, as repercussões de eventual reconhecimento do direito à objeção de consciência são significativas, vez que tal âmbito normativo busca tutelar os bens jurídicos mais relevantes da comunidade, o que torna ainda mais delicada a tarefa de harmonização de sua proteção com as manifestações amparadas no exercício das liberdades constitucionalmente garantidas.

Uma situação que, de tempos em tempos, vem sendo objeto de divulgação na imprensa é o da recusa à transfusão de sangue por “testemunhas de Jeová”. Recentemente, inclusive, o Superior Tribunal de Justiça teve oportunidade de apreciar um caso criminal envolvendo seguidores dessa tradição religiosa.

O presente artigo, assim, busca revelar os contornos e os limites jurídicos da objeção de consciência e seus reflexos no Direito Penal, bem como ajuizar criticamente acerca do pronunciamento judicial antes referido.

65 ROULAND, Norbert. *Nos confins do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 296.

I. CONSTITUIÇÃO E LIBERDADE DE CONSCIÊNCIA

Segundo Stein, a liberdade de consciência diz respeito às convicções de cada indivíduo, arraigadas no âmbito mais profundo de seu ser, sobre a conduta moralmente devida.⁶⁶ Tais convicções podem decorrer de concepções filosóficas, religiosas, políticas etc. Nessa perspectiva, a liberdade de consciência corresponde a uma das heranças mais significativas do liberalismo moderno, cuja origem remonta às disputas religiosas do século 17.

A Constituição de 1988 faz referência à liberdade de consciência, genericamente, no catálogo do art. 5º (incisos VI e VIII), além de especificar uma das modalidades de escusa de consciência no art. 143, § 1º.

É preciso ressaltar, porém, que o direito fundamental à liberdade de consciência não se limita a proteger o livre desenvolvimento de uma ética particular, mas também as *manifestações* nela amparadas. Conforme Hesse, “não está restringida à liberdade de ‘formação’ da consciência, portanto, o ‘forum internum’; mas ela compreende também a liberdade da ‘atuação’ da consciência e protege, com isso, a decisão de consciência destacada para fora”.⁶⁷

Daí o paradoxo: apesar de a Constituição oferecer proteção reforçada à liberdade de consciência, distinguindo-a como direito fundamental, a ordem jurídica não pode ter sua validade condicionada à adesão interna dos destinatários das normas. Com efeito, o Direito, exatamente por seu caráter heterônomo, é vinculante para todos, independentemente do eventual convencimento pessoal de que determinada lei seja imoral ou inadequada.

Sem embargo disso, o reconhecimento constitucional da liberdade de consciência, como direito geral, pode implicar limitação à coatividade do Direito, já que até mesmo as regras - que descrevem imediatamente a conduta devida - são apenas preliminarmente decisivas, vale

66 STEIN, Ekkehart. *Derecho político*. Madrid: Aguillar, 1973. p. 210.

67 HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. p. 299-300.

dizer, mesmo que tenham suas condições de aplicabilidade preenchidas, ainda assim eventualmente podem deixar de ser aplicadas, “pela consideração a razões excepcionais que superem a própria razão que sustenta a aplicação normal da regra”.⁶⁸ Nas situações de reconhecimento do direito à objeção de consciência, por exemplo, as normas jurídicas continuam válidas e vinculantes para todos, mas, excepcionalmente, não podem ser impostas às pessoas que as rechaçam por suas convicções morais. A comunidade admite que não se cumpram determinadas normas jurídicas por certos indivíduos, para evitar conflitos de consciência profundos.⁶⁹

A partir desse viés, a liberdade de consciência relaciona-se com a dignidade da pessoa humana, valor expressamente elencado no art. 1º, III, da Constituição brasileira como sendo um dos fundamentos do Estado. Revela-se, assim, como pressuposto de um Estado que se pretende instrumental do livre desenvolvimento da personalidade. Ao tratar a pessoa humana como fim, e não como meio, como sujeito, e não como objeto, o Estado Democrático de Direito busca proteger não apenas a sua vida corpórea, mas também favorecer a procura pessoal pelo sentido e pelo valor da existência.

A importância política da liberdade de consciência, portanto, consiste em que esse direito fundamental “*prohíbe que la mayoría oprima la conciencia de cada individuo. Pero también impide que la minoría imponga a la mayoría sus convicciones sobre lo que debe ser querido moralmente*”.⁷⁰ Em outras palavras, esse direito fundamental favorece o debate político e permite a alternância das ideias sobre a organização da sociedade.

Entretanto, integra as regras do jogo, necessárias ao exercício da liberdade de consciência, o princípio de igualdade, previsto no art. 5º, *caput*, da Constituição brasileira. De fato, autorizarem-se isenções de deveres jurídicos por motivos de consciência não pode importar em pri-

68 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 69.

69 STEIN, Ekkehart. Op. cit., p. 211.

70 Ibidem, p. 211.

vilégios injustificados. Daí a necessidade de ter-se extrema cautela no momento de proceder ao estudo dogmático desse direito fundamental.

Entende-se que a igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades. É, pois, inevitável que se proceda a diferenciações. O princípio da igualdade, se entendido inclusive como impossibilidade de fundamentarem-se quaisquer tratamentos diferenciados a minorias, conduz a excessos uniformizadores, com a supressão das particularidades que definem o próprio grupo. O entendimento de que não se permitem isenções às normas impostas pelo regime comum em matéria penal ou civil, em atenção a peculiaridades culturais dos indivíduos, fatalmente levaria à eliminação das minorias por assimilação.⁷¹ Contudo, é preciso que se compense, eventualmente, a isenção legal reconhecida com alguma prestação substitutiva.

A ordem jurídica brasileira, fundada no reconhecimento e no fomento do pluralismo, parece ter acenado na direção do acolhimento de eventuais manifestações divergentes de minorias culturais, desde que dentro de limites toleráveis, o que tem que ser aferido geralmente caso a caso, razão pela qual a indicação de critérios jurídicos para tanto se mostra incontornável e premente.

A doutrina, a legislação e a jurisprudência nacionais, contudo, não têm tratado da matéria com a relevância que merece, ao contrário de outros países de nosso entorno cultural, como Espanha, Portugal, França, Itália, Estados Unidos e Alemanha⁷², onde o tema vem recebendo maior atenção, podendo-se indicar inúmeras situações de objeção de consciência já amplamente debatidas: fiscal, laboral, a tratamentos médicos, do jurado, ao serviço militar, ao aborto, dos jornalistas.

Como uma forma de divergência, muito próxima à desobediência civil, a objeção de consciência pode ser definida como:

71 PRIETO SANCHÍS, Luis. Minorias, respeto a la disidencia e igualdad substancial. *Doxa: Cuadernos de Filosofia del Derecho*, Universidad de Alicante, n. 15-16, p. 372, 1994.

72 HERINGER JR., Bruno. *Objeção de consciência: justificação e limites*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 56-79.

o comportamento, geralmente individual e não violento, de rechaço, por motivo de consciência, ao cumprimento de dever legal, no marco das configurações de mundo constitucionalmente possíveis, com intenção imediata de alcançar isenção pessoal, a qual pode, ou não, vir a ser reconhecida pela ordem jurídica mediante a compatibilização das normas jurídicas em conflito.⁷³

Justificar, constitucionalmente, o direito à liberdade de consciência, para admitir situações de objeção⁷⁴, porém, configura apenas o primeiro passo, pois indispensável é, ainda, elencar os requisitos para o seu reconhecimento eventual. Nesse sentido, em inexistindo, evidentemente, específica regulamentação legal razoável, a relevância da objeção de consciência depende:

da autenticidade e da profundidade das convicções morais do objeto, maior de idade e capaz, e da existência de efetiva incompatibilidade com o dever legal, diretamente imposto ao agente, aferíveis em procedimento de verificação, geralmente judicial, condicionada a manifestação divergente, ainda, ao respeito ao marco das configurações normativas da realidade constitucionalmente adequadas.⁷⁵

2. OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA E DIREITO PENAL

No âmbito penal, reconhecido o primado constitucional da liberdade de consciência, eventual recusa ao cumprimento de deveres legais pode ter reflexos na fixação da pena, bem como, até mesmo, na caracterização do próprio delito, pela via da eficácia descriminalizante de tal direito fundamental. A normativa constitucional relativa à liberdade de consciência, no caso, dependendo da forma de configuração do conflito,

73 Ibidem, p. 43-44.

74 NERY JUNIOR, Nelson. Direito fundamental à liberdade religiosa. *Revista dos Tribunais Online - Soluções Práticas de Direito*, São Paulo, v. 1, p. 31-107, 2014.

75 HERINGER JR., Bruno. Op. cit., p. 52.

pode excluir a tipicidade, a ilicitude ou a culpabilidade⁷⁶, sendo esta a categoria mais afeita a sofrer a incidência do direito fundamental em análise.

O Direito Penal, contudo, tutela os mais relevantes bens jurídicos da comunidade, razão pela qual a operacionalização da objeção de consciência em seu âmbito depende da precisa definição dos contornos desse instituto jurídico, sob pena de sua aplicação desenfreada desacreditá-lo como forma de flexibilização da ordem jurídica nos casos em que verdadeiros dilemas existenciais impedem o agente de cumprir algum dever legal com repercussão criminal.

Alguns parâmetros jurídicos podem ser destacados. Em primeiro lugar, o reconhecimento de eventual direito à escusa de consciência, em regra, afetará apenas a culpabilidade do agente, podendo levar à absolvição ou, mais comumente, a uma atenuação da pena, com base no art. 66 do Código Penal. E isso porque as configurações normativas de grupos dissidentes não contam com força suficiente para afastar as escolhas valorativas realizadas pelo Estado, razão pela qual dificilmente terão repercussão no plano da ilicitude. Em segundo lugar, mesmo no âmbito da culpabilidade, não se toleram manifestações divergentes que afrontam radicalmente a Constituição, como ocorre, por exemplo, com os atos racistas. Em terceiro lugar, o exercício de tal direito geralmente pressupõe autonomia moral, razão pela qual somente pessoas maiores e capazes estão habilitadas a postular eventual isenção ao atendimento de comandos legais por motivos de consciência, ainda mais quando tal exercício implicar decisões existenciais, como as relativas à vida ou à morte.⁷⁷ Como uma exceção aos preceitos legais vigentes, a objeção de consciência pressupõe escolha autorresponsável e pessoal, não sendo

76 Ibidem, p. 93-122.

77 Alguns autores não admitem que o direito à liberdade de consciência possa preterir a vida nem mesmo para pessoas maiores e capazes: MORAES, Rodrigo Iennaco de; PIRES, Rodrigo Esteves Santos. *Transfusão de sangue em pacientes testemunhas de Jeová: religião, ética e discurso jurídico-penal*. Disponível em: <www.direitopenalvirtual.com.br>. Acesso em: 7 dez. 2015. WILLEMANN, Flávio de Araújo. *Recusa a tratamento da saúde com fundamento em crença religiosa e o dever do estado de proteger a vida humana: o caso da transfusão de sangue em testemunhas de Jeová*. Disponível em: <www.emerj.tjrj.jus.br>. Acesso em: 24 nov. 2015.

cabível, em princípio, o seu exercício por representação. Por fim, devido à necessidade de repartição de ônus sociais, o princípio da igualdade pode cobrar aplicação, no mais das vezes impondo obrigação alternativa ao objeto, como forma de compensar a isenção reconhecida e a sobrecarga resultante sobre os demais membros da sociedade.

Mesmo com a observação de tais indicadores, ainda é preciso realizar em cada caso concreto uma ponderação de bens e direitos, a fim de verificar qual o preponderante, para o que o princípio da proporcionalidade constitui ferramenta útil. No Brasil, o Poder Legislativo já realizou a compatibilização normativa para os objetores ao serviço militar⁷⁸ e à participação no tribunal do júri⁷⁹, mas isso não significa o esgotamento das hipóteses de incidência da liberdade de consciência garantida constitucionalmente. Mesmo na ausência de lei regulamentadora, eventual escusa de consciência, decorrente de conflito com o cumprimento de dever jurídico, ainda assim merece avaliação judicial.

Pode-se exemplificar a relevância do tema com a *Sentencia 154/2002* do Tribunal Constitucional espanhol, que, reformando acórdão do Tribunal Superior, decidiu absolver da imputação do crime de homicídio os pais de um menino - todos testemunhas de Jeová -, por não o terem convencido, por razões religiosas, a receber transfusão de sangue, o que levou à sua morte. Segundo entendeu a Corte, o conteúdo dos deveres de garante, que fundamentam os delitos comissivos por omissão, não pode ser configurado, pelos órgãos judiciais, desconsiderando os direitos fundamentais, os quais, em caso de conflito, demandam concordância prática, de modo que o sacrifício do direito chamado a ceder não vá mais além do necessário à realização do direito preponderante. A prévia condenação dos réus, assim, teria vulnerado o direito fundamental à liberdade religiosa, já que eles, como garantidores da vida do filho, haviam buscado socorro médico, tendo apenas se negado a agir em desacordo com sua consciência, que impunha a recusa em convencer a vítima a acatar a transfusão de sangue.

78 Lei nº 8.239/91.

79 Art. 438 do Código de Processo Penal.

Recentemente, no Brasil, um caso semelhante foi julgado pelo Superior Tribunal de Justiça.⁸⁰ Cuidava-se de imputação de homicídio doloso aos pais de uma adolescente de 13 anos de idade, fato ocorrido em 1993 e que ainda se encontrava na fase de pronúncia. A família, adepta da seita testemunhas de Jeová, recusou fosse a jovem submetida a transfusão de sangue, mesmo alertada de que a doença de que ela padecia - anemia falciforme - certamente a levaria à morte, caso o procedimento não fosse realizado. Os acusados, ainda, entraram em contato com um médico da família, também seguidor da mesma orientação religiosa, o qual ameaçou processar judicialmente os profissionais do hospital caso eles não respeitassem o desejo dos genitores da paciente. Ao fim, após inúmeras tentativas frustradas de convencer os responsáveis, a vítima veio a falecer.

Instaurado processo criminal contra os pais da menor, bem como contra o médico que intimidara os profissionais que cuidavam dela, foram todos pronunciados, decisão contra a qual os denunciados apresentaram inúmeros recursos, tendo todos sido desacolhidos. Ainda inconformados, os pais da vítima manejaram *habeas corpus* perante o Superior Tribunal de Justiça, ocasião em que os ministros da 6ª Turma, apesar de não conhecerem do *writ*, concederam a ordem de ofício para trancar a ação penal (a decisão acabou empatada, tendo prevalecido o entendimento mais favorável aos réus).

No voto condutor da decisão prevalecente, a ministra Maria Thereza de Assis Moura, relatora, inicialmente indicou julgados da Argentina, da Austrália e da Inglaterra que trataram do tema, para evidenciar a importância da liberdade de consciência religiosa como direito fundamental constitucionalmente assegurado. Apesar disso, a conclusão do acórdão prescindiu completamente do balizamento constitucional, já que, com base no artigo 22 do Código de Ética Médica e no artigo 146, § 3º, I, do Código Penal, entendeu que a responsabilidade pelo evento era exclusiva dos médicos que atendiam a paciente, já que tinham o dever

80 *Habeas Corpus* nº 268.459/SP, 6ª Turma, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 02/09/2014.

legal de salvá-la, independentemente da concordância dos responsáveis por ela. Equivocadamente, ao que parece.

O ministro Rogério Schietti Cruz, que inaugurou a divergência, parece ter apanhado a questão com mais percuciência. Em primeiro lugar, acentuou que o direito à liberdade de consciência exige agente responsável, com autonomia moral, não podendo decisões existenciais serem tomadas por representantes legais. Em segundo lugar, apontou, também corretamente, que o direito à vida de crianças e adolescentes, nos termos do artigo 227 da Constituição, é absolutamente prioritário, comprometendo não apenas o Estado e a sociedade, mas também a família do menor. Por fim, já no que concernia ao Direito Penal especificamente, destacou que o fato de os pais terem encaminhado a filha ao hospital e a colocado sob cuidado médico não os eximia dos deveres que decorriam da posição de garantidores do bem jurídico tutelado. Mesmo que se pudesse indicar eventual responsabilidade dos profissionais que atenderam a vítima, o comportamento dos genitores, preferindo “ver a filha morta a deixar ela receber transfusão”, constituiu omissão relevante penalmente, suficiente à configuração do crime. Não bastasse isso, a conduta ativa deles, anuindo à atitude do médico da família no sentido de intimidar os profissionais da área da saúde que realizavam o atendimento da adolescente, também seria por si só hábil à sua responsabilização criminal, ao menos a título de participação; ou seja, mesmo que se desconsiderasse o dever decorrente do artigo 13, § 2º, I, do Código Penal, por terem os genitores transferido aos médicos a responsabilidade pelo cuidado da filha doente, ainda assim a atitude dos pais, ameaçando processá-los caso realizassem a transfusão de sangue, foi decisiva para a omissão (induzimento); sem isso, o procedimento médico indicado teria sido realizado e provavelmente salvada a paciente.

Cumpra observar que o caso julgado pelo STJ se distingue do espanhol, antes mencionado⁸¹, pois, neste, não se verificou qualquer interferência dos pais do menor no normal exercício do atendimento pelos

81 Cujas decisão judicial também é questionável à luz dos balizamentos antes alinhados.

médicos responsáveis, já que se limitaram a uma recusa passiva a contribuir no convencimento do filho acerca da necessidade da transfusão de sangue.

De qualquer forma, o decisivo, em casos envolvendo menores, é que os pais não podem representá-los em decisões existenciais, como as que dizem respeito à própria morte, e o paciente, exatamente devido a sua imaturidade intelectual e moral, ainda não apresenta condições de, por si só, fazer a escolha. Nessas situações, tanto os médicos como os pais, portanto, **devem** realizar todos os atos e procedimento necessários ao salvamento do doente incapaz. Entendimento diverso colocaria em estado de extrema vulnerabilidade pessoas em desenvolvimento, ainda necessitadas da proteção da sociedade, do Estado e da família, como aponta a própria Constituição Federal.⁸²

Não é negligenciável a pressão dos parentes⁸³, dos amigos e da comunidade nesses casos; até mesmo o menor, muitas vezes criado em um ambiente que não lhe dá alternativa de formação, se sente compelido a seguir a orientação religiosa recebida. Contudo, enquanto não suficientemente autônomo em termos morais e intelectuais, a opção jurídico-constitucional há de ser, indubiosamente, pelo salvamento.

Em sendo assim, a decisão do Superior Tribunal de Justiça se mostra carente de justificação constitucional ou legal adequada, abrigando equivocado precedente na jurisprudência nacional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo a Constituição Federal optado pelo fomento ao pluralismo cultural e assegurado o direito à liberdade de consciência, a ordem jurídica contempla o reconhecimento eventual de escusas ao cumprimento de deveres legais incompatíveis com as convicções religiosas, filosóficas

82 No mesmo sentido: LEITE, Fábio Carvalho. *Liberdade de crença e a objeção à transfusão de sangue por motivos religiosos*. Disponível em: <www.prrj.mpf.mp.rs>. Acesso em: 24 nov. 2015.

83 Apesar de a liberdade religiosa valer também nas relações familiares: WEINGARTNER NETO, Jayme. *Liberdade religiosa na constituição: fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 225-229.

ou políticas do indivíduo, para além dos casos já regrados legalmente.

A dificuldade maior reside na necessidade de fixação de critérios adequados para a admissão de manifestações divergentes toleráveis juridicamente. Apesar de a ponderação de bens e direitos ter de ser realizada caso a caso, é imprescindível que se indiquem vetores seguros à decisão, geralmente judicial, sob pena de a adoção de orientações volúveis desacreditar o próprio instituto e gerar insegurança jurídica.

Relativamente a conflitos existenciais envolvendo menores, não pode restar dúvida de que a solução deve ser pela preservação da sua vida, seja porque tal escolha não é sujeita a representação, seja porque o indivíduo não apresenta ainda maturidade intelectual e moral suficiente para, autonomamente, realizar a opção. É nessa direção inegavelmente que aponta a Constituição Federal, ao prescrever que crianças e adolescentes têm direito à vida, cabendo à sociedade, ao Estado e à família, com absoluta prioridade, protegê-los.

Desse modo, a decisão do STJ, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 268.459/SP, em que pese a coragem da Turma em enfrentar tão delicado problema - desnecessariamente até, porque o *writ* não foi sequer conhecido e nada exigia que se suprimisse a apreciação do caso pelo Tribunal do Júri -, afigura-se manifestamente equivocada, merecendo revisão em pronunciamentos futuros.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2003.

HERINGER JR., Bruno. *Objeção de consciência: justificação e limites*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

LEITE, Fábio Carvalho. *Liberdade de crença e a objeção à transfusão de sangue por motivos religiosos*. Disponível em: <www.prrj.mpf.mp.rs>. Acesso em: 24

nov. 2015.

MORAES, Rodrigo Iennaco de; PIRES, Rodrigo Esteves Santos. *Transfusão de sangue em pacientes testemunhas de Jeová: religião, ética e discurso jurídico-penal*. Disponível em: <www.direitopenalvirtual.com.br>. Acesso em: 7 dez. 2015.

NERY JUNIOR, Nelson. Direito fundamental à liberdade religiosa. *Revista dos Tribunais Online - Soluções Práticas de Direito*, São Paulo, v. 1, p. 31-107, 2014.

PRIETO SANCHÍS, Luis. Minorias, respeito a la disidencia e igualdad substancial. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Universidad de Alicante, n. 15-16, p. 367-387, 1994.

ROULAND, Norbert. *Nos confins do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 296.

STEIN, Ekkehart. *Derecho político*. Madrid: Aguillar, 1973.

WEINGARTNER NETO, Jayme. *Liberdade religiosa na constituição: fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

WILLEMANN, Flávio de Araújo. *Recusa a tratamento da saúde com fundamento em crença religiosa e o dever do estado de proteger a vida humana: o caso da transfusão de sangue em testemunhas de Jeová*. Disponível em: <www.emerj.tjrj.jus.br>. Acesso em: 24 nov. 2015.

A EVOLUÇÃO DA TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA: ASPECTOS MATERIAIS E PROCESSUAIS

JOSÉ TADEU NEVES XAVIER¹

RESUMO: O presente estudo tem por escopo apresentar breve síntese sobre a evolução da teoria da desconsideração da personalidade jurídica. São analisados os *leading cases* que deram origem ao debate sobre o afastamento da personalidade jurídica no sistema jurídico anglo-saxão e o percurso trilhado pela legislação interna na positivação do tema. Também é tratada a problemática da aplicação da desconsideração da personalidade jurídica frente à garantia do devido processo legal, agora regulada expressamente no novo Código de Processo Civil.

PALAVRAS-CHAVE: Desconsideração da personalidade jurídica. Origem. Aspectos materiais e processuais. Novo Código de Processo Civil.

SUMÁRIO: 1. Considerações introdutórias. 2. A teoria da desconsideração da personalidade Jurídica. 3. A origem anglo-saxã da teoria da *piercing the corporate veil*. 4. A formação e consolidação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no Direito brasileiro. 4.1. A cláusula geral da teoria da desconsideração na

¹ Doutor e mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Professor da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). Professor e coordenador de cursos de pós-graduação da Faculdade IDC. Professor da Escola da Magistratura do Trabalho do Rio Grande do Sul (Femargs). Advogado da União.

Codificação Civil. 4.1.1. O desvio de finalidade. 4.1.2. A confusão patrimonial. 4.2. A teoria maior e teoria menor na temática da desconsideração da personalidade jurídica. 5. A processualização da *disregard doctrine* no novo Código de Processo Civil. 7. Considerações finais. Referências bibliográficas.

I. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

A teorização da pessoa jurídica representa uma das grandes realizações do pensamento jurídico moderno, exercendo especial importância prática em diversos setores do Direito, mormente no âmbito das relações negociais.

Numa visão mais imediata, o Direito volta-se à regulamentação da pessoa humana, dispondo sobre a sua conduta, suas relações e seus bens, recepcionando e regulando a sua condição existencial, eis que somente estas são capazes de entendê-lo e respeitá-lo e, eventualmente, sofrer as consequências advindas da desobediência das determinações impostas pelo ordenamento jurídico. A complexidade crescente das relações sociais, porém, acarretou a necessidade de se ir além da pessoa natural, concebendo-se a existência de entes abstratos, capazes de compartilhar o cenário social e jurídico com os seres humanos. Ao lado da pessoa natural foi concebida a pessoa jurídica, apta a substituir os indivíduos nas relações econômicas mais avançadas, com consideráveis vantagens.

Com a consolidação da condição da pessoa jurídica como sujeito de direito autônomo, as experiências sociais trouxeram a preocupação com a sua má utilização, passando a se permitir o afastamento da personalidade do ente abstrato e, surpreendendo a realidade que lhe é subjacente, autorizar que a responsabilidade patrimonial venha a recair sobre os bens pessoais dos membros que a compõem. Foi criada, assim, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Surgida no âmbito do direito anglo-saxão, não tardou a ocupar espaço cativo na prática de ordenamentos jurídicos dos mais diversos países, o que inclui o Direito nacional, onde representa um dos exemplos mais emblemáticos do

ativismo jurisprudencial experimentado nas últimas décadas no cenário do Direito brasileiro. Apesar de sua origem estrangeira, a *disregard doctrine* encontrou no Direito nacional solo fértil para a sua consolidação, garantindo presença cativa em nossos debates jurídicos.

A consagração da *doutrina da desconsideração* ocorreu, num primeiro momento, no ambiente pretoriano, a partir da década de 80 do século passado. A sua positivação, porém, foi tardia, sendo construída de forma paulatina, por meio de legislações esparsas, até alcançar plena realização com o advento do Código Civil central de 2002, que a ela dedicou disposição normativa específica.

A normatização dessa figura jurídica, no entanto, foi concretizada tão somente no plano material, sendo que o tema continuava carecendo de atenção no aspecto concernente a sua efetivação no âmbito processual, ambiente no qual se realiza, por meio de sua aplicação aos casos concretos. Tal lacuna abriu espaço para um rosário de debates sobre a definição da melhor técnica de sua efetivação no seio do processo civil, sem risco de ofensa aos ditames básicos do ordenamento processual.

A nova legislação processual, atendendo às reivindicações doutrinárias, enfim realizou a tão desejada regulamentação procedimental da aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, orientando a sua efetivação sob a moldura de incidente processual. A inovação está consolidada nos artigos 133 a 137 do Código de Processo Civil, com a inserção do *incidente* dentre as espécies de intervenção de terceiros. Embora tal novidade não passe indene a críticas, a iniciativa do legislador processual é altamente louvável e representa passo histórico na consolidação de *nova fase* para a concretização da *disregard doctrine* no Direito brasileiro.

2. A TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

A concepção, consagrada no pensamento jurídico mundial, atribuindo à pessoa jurídica o *status* de entidade dotada de personalidade au-

tônoma e distinta de seus membros representa uma das características mais marcantes do pensamento jurídico de nosso tempo. As vantagens da aceitação de outorga de personalidade jurídica a entes distintos das pessoas naturais são indiscutíveis, refletindo-se diretamente na ordem econômica e social, em especial quando a personificação vem acompanhada da tão cultuada limitação de responsabilidade.

O risco inerente à implantação e ao desenvolvimento de projetos empresariais encontra na limitação de responsabilidade um porto seguro, minimizando a sua intensidade e tornando factível o desempenho de atividades profissionais. O desenvolvimento econômico deve, em muito, à atuação dessas figuras abstratas, capazes de viabilizar grandes concentrações de capitais, atuando como os principais agentes de mercado, assumindo a posição de principais fornecedoras da sociedade de consumo e de maiores empregadoras.

No entanto, à condição de sujeito de Direito, reconhecida à pessoa jurídica, comumente é agregado o regime de limitação de responsabilidade, trazendo à tona a inevitável problemática resultante da possibilidade de sua utilização de forma abusiva, ou seja, desvirtuada dos fins que inspiraram a sua inserção no pensamento jurídico. Na busca de encontrar solução adequada a essa indesejada situação, o ativismo pretoriano desenvolveu a chamada *teoria da desconsideração da personalidade jurídica*, autorizando o julgador, quando da análise do caso concreto, a desprezar os efeitos da personificação, mormente em relação à limitação de responsabilidade, e, conseqüentemente, atribuir as obrigações por dívidas, formalmente pertencentes à entidade, aos seus membros ou administradores. Valemo-nos, aqui, da conceituação formulada por Suzy Elizabeth Cavalcante Koury, definindo 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, delas 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.²

Assim, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica (em nosso país e também nos sistemas estrangeiros) nasceu fundada em fértil jurisprudência, de toda classe de tribunais, passando a representar um dos temas de maior destaque no cenário jurídico da atualidade.

A origem pretoriana da *disregard doctrine* lhe garantiu a efetividade necessária para a sua consolidação no cenário jurídico, mas trouxe, de outra banda, o risco da insegurança jurídica. O limite entre o respeito à autonomia da pessoa jurídica e as hipóteses em que se mostra possível a sua desestimação não são claramente definidos, de forma que essa indefinição prévia encaminha o debate para a casuística. A análise tópica inviabiliza o alcance de adequada sistematização em relação aos requisitos autorizadores do *descortinamento* da personalidade jurídica.

Analisando a temática no seio do Direito argentino, que compartilhou da experiência de construção jurisprudencial da *inoponibilidad de la personalidad jurídica*, Leandro Javier Caputo expressou o sentimento de que a efetivação da doutrina da desconsideração nos tribunais repassava a impressão de que o seu uso correspondia mais ao *olfato do jurista* sobre o exercício abusivo de direitos do que à aplicação de critérios científicos.³

Nos demais países a situação não é distinta. No sistema norte-americano, onde essa realidade é altamente sensível, foi desenvolvida fértil e prolixa produção doutrinária visando à obtenção de sistematização das hipóteses autorizadas do levantamento do véu societário, sempre levando em consideração as experiências jurisprudenciais anteriores, tomando como referência os precedentes consolidados no ativismo jurisprudencial. Nessa linha, a doutrina passou a sugerir a adoção da téc-

2 *A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 85.

3 *Inoponibilidad de la personalidad jurídica societaria*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2006. p. XIV.

nica de *test*, consistente em operação na qual são cotejados os fatores previamente definidos como orientadores da efetivação da *disregard*, com as circunstâncias postas em análise no caso concreto que estiver *sub judice* no momento, propiciando a obtenção de conclusão sobre a ocorrência do abuso da personalidade jurídica.

É clássica a proposta *piercing test*, elaborada por D. H. Barber, que oferece amplo rol de hipóteses ensejadoras para a realização da *piercing the corporate veil*: (a) confusão patrimonial entre a sociedade e seus sócios, (b) desvio de fundos da entidade para fins não corporativos, (c) descumprimento das formalidades necessárias para a subscrição de quotas ou ações da sociedade, (d) presença de um único sócio, (e) defeitos na escrituração constantes dos livros da entidade, (f) identidade de sócios entre duas sociedades, (g) identidade de diretores ou gestores em sociedades, (h) infracapitalização ou capitalização inadequada em relação aos riscos da atividade empresarial, (i) ausência de separação de ativos entre sociedades, (j) uso da pessoa jurídica como mera fachada para encobrir iniciativas particulares de seus membros, (l) concentração de todas as quotas ou ações em poder de um único sócio, ou de uma mesma entidade familiar, (m) utilização do mesmo local para sediar a entidade e os negócios de seu único sócio, (n) emprego dos mesmos trabalhadores ou gestores pela sociedade e seu único sócio, (o) dissimulação da identidade, gestão ou interesses financeiros da sociedade e das atividades mercantis de seus sócios, (p) não observância das formalidades legais ou o distanciamento devido da distância entre sociedades relacionadas, (q) utilização da sociedade para fornecer trabalho, prestar serviços ou mercadorias a outra pessoa ou entidade, (r) distribuição de bens e de fundos da sociedade para sócio em fraude a credores, ou manipulação de ativos e passivos entre sociedades com o intuito de concentrar os ativos em uma e os passivos em outra, (s) uso da sociedade como subterfúgio para a prática de transações ilegais, e (t) constituição e uso da corporação para assumir obrigações pertencen-

tes a outra pessoa ou entidade.⁴

No cenário nacional, mesmo contando com a positivação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica na cláusula geral do art. 50 da Codificação Civil, essa fase de insegurança não foi integralmente vencida com a positivação da teoria da desconsideração, pois, como será analisado a seguir, passamos a ter no Direito positivo nacional uma série de previsões sobre o tema, mas que não guardam perfeita sintonia entre si.

3. A ORIGEM ANGLO-SAXÃ DA TEORIA DA PIERCING THE CORPORATE VEIL

A formulação da teoria da desconsideração da personalidade jurídi-

4 Piercing the corporate veil. *Willamette Law Review*, v. 17, p. 374-375, 1981. Nas exatas palavras do autor: “(1) commingling of funds and other assets of the Corporation with those of the individual shareholders (Corporation XYZ holds no separate bank account but deposits the receipts from its business transactions in the personal account of A, its sole shareholder); (2) diversion of the corporation’s funds or assets to noncorporate uses (to the personal uses of the corporation’s shareholders); (3) failure to maintain the corporate formalities necessary for the issuance or subscription to the corporation’s stock, such as formal approval of the stock issue by an independent board of directors; (4) an individual shareholder representing to persons outside the corporation that he or she is personally liable for the debts or other obligations of the corporation; (5) failure to maintain corporate minutes or adequate corporate records; (6) identical equitable ownership in two entities (Corporation A is owned by the same shareholders and in the same proportions as Corporation B); (7) identity of the directors and officers of two entities who are responsible for supervision and management (a partnership or sole proprietorship and a corporation owned and managed by the same parties); (8) failure to adequately capitalize a corporation for the reasonable risks of the corporate undertaking; (9) absence of separately held corporate assets; (10) use of a corporation as a mere shell or conduit to operate a single venture or some particular aspect of the business of an individual or another corporation; (11) sole ownership of all the stock by one individual or members of a single family; (12) use of the same office or business location by the Corporation and its individual shareholder(s); (13) employment of the same employees or attorney by the corporation and its shareholder(s); (14) concealment or misrepresentation of the identity of the ownership, management, or financial interests in the corporation, and concealment of personal business activities of the shareholders (sole shareholders do not reveal the association with a corporation, which makes loans to them without adequate security); (15) disregard of legal formalities and failure to maintain proper arm’s length relationships among related entities; (16) use of a corporate entity as a conduit to procure labor, services, or merchandise for another person or entity; (17) diversion of corporate assets from the corporation by or to a stockholder or other person or entity to the detriment of creditors, or the manipulation of assets and liabilities between entities to concentrate the assets in one and the liabilities in another; (18) contracting by the corporation with another person with the intent to avoid the risk of nonperformance by use of the corporate entity, or the use of a corporation as a subterfuge for illegal transactions; (19) the formation and use of the corporation to assume the existing liabilities of another person or entity.”

ca teve início no ventre da jurisprudência da *common law*, em decisões que datam do século XIX, onde ficou conhecida como *disregard doctrine*, *piercing the corporate veil*⁵, *lifting the corporate veil* ou *cracking open the corporate shell*.

Há clássica controvérsia doutrinária sobre o verdadeiro *leading case* pioneiro no tema, polarizando-se entre o caso *Bank of United States v. Deveaux*, julgado em 1807, no sistema norte-americano, e o *Salomon v. Salomon Co. Ltd.*, do direito inglês, datado de 1897.

O *case Bank of the United States v. Deveaux* foi julgado pelo célebre juiz Marshall, na Suprema Corte norte-americana. A discussão processual foi centralizada no âmbito da definição da competência jurisdicional para o seu julgamento. Até então esse tribunal tinha se manifestado no sentido de que a *corporation*, como reunião de várias pessoas, é invisível, imortal e sua existência somente ocorre em virtude de seu reconhecimento pelo sistema jurídico. Nessa linha de raciocínio, uma *corporation* - intangível e invisível - não poderia ser considerada como cidadã de determinado Estado federado. A Constituição Federal norte-americana, em seu artigo 3º, seção 2ª, sem embargo, limita a jurisdição dos tribunais federais desse país às controvérsias entre cidadãos de diferentes Estados. Entretanto, no caso assinalado, o juiz Marshall, com a intenção de preservar a jurisdição das Cortes Federais sobre as *corporations*, conheceu da causa, considerando a condição das pessoas individuais que compunham a entidade. Assim, manifestou-se àquela Corte Suprema no sentido de que se deve levar em conta a cidadania estadual dos indivíduos que compõem a sociedade. Não há como se deixar de reconhecer, nesse *case*, um importante precedente no sentido de levar em consideração não apenas a estrutura formal das pessoas jurídicas, sendo imperativo, em certas situações específicas, buscar a efetiva realidade que se esconde sob o seu manto protetor.

5 O pioneirismo na utilização da expressão *piercing the corporate veil* é atribuído a I. Maurice Wormser, que a utilizou em estudo publicado na *Columbia Law Review*, em 1912 (“Piercing the veil of the corporate entity”). Posteriormente, em 1927, o jurista publicou a clássica obra *Disregard of the corporate fiction and allied corporation problems*, que conta com edição fac-símile, publicada em 2000, pela editora Beardbooks.

No âmbito da doutrina jurídica norte-americana, porém, a doutrina da *piercing the corporate veil* ganhou fôlego somente nas primeiras décadas do século passado, incentivada, em especial, pelos trabalhos pioneiros de I. Maurice Wormser, passando a contar, rapidamente, com numerosa literatura jurídica, que não tardou a ser transposta para a seara dos tribunais.⁶

No entanto, para muitos o *leading case* da teoria da desconsideração da personalidade jurídica foi fixado por meio do famoso caso *Salomon v. Salomon & Co. Ltd.*, julgado no Direito inglês em 1897, e, portanto, mais de meio século depois do caso *Bank of United States v. Deveaux*. Nesse caso, Aaron Salomon, que havia se dedicado durante alguns anos à atividade de tratamento de peles e à manufatura de botas, decidiu constituir uma sociedade que adquirisse o seu negócio. Essa sociedade era formada pelo próprio Aaron Salomon e por outros seis membros de sua família, com a subscrição de 20.000 ações, atribuindo-se apenas uma ação para cada um dos seus outros seis sócios e mantendo-se as demais em poder de seu fundador. Após a constituição da sociedade, o estabelecimento de Aaron Salomon foi repassado a esta, através do comprometimento de pagamento no valor de 38 mil libras. O negócio prosperou, e a sociedade foi liquidada. Um ano após, seu passivo excedia o ativo em 7.733 libras. O liquidante, representando os credores não privilegiados da sociedade, alegou que esta nada mais era do que uma ficção destinada a limitar as dívidas de seu sócio majoritário, de

6 Em interessante estudo, datado da década de 90 do século passado, Robert B. Thompson realizou pesquisa de campo, da qual extraiu uma série de dados demonstradores da aplicação da doutrina da desconsideração da pessoa jurídica nos diversos tribunais estaduais norte-americanos. Nesse estudo, o jurista indica o percentual de decisões favoráveis nas diversas cortes estaduais (v.g., no Estado de Nova York, a aplicação da desconsideração foi acolhida em 34,91% dos casos em que foi postulado o seu reconhecimento; na Califórnia, em 44,94%; e, na Flórida, em 41,30% dos casos), e indica a aceitação dos fatores mais alegados como motivo justificador para a efetivação da desestimação da personalidade societária (v.g., a *instrumentality* foi alegada em 75 casos, sendo aceita em 73 deles, o que representa 97,33%; a *alter ego*, alegada em 181 casos, e acolhida em 173, num percentual de 95,58%; a *misrepresentation*, alegada em 169 casos, e acolhida em 159, num percentual de 94,08%; a *agency*, alegada em 52 casos, e acolhida em 48, num percentual de 92,31%; a *dummy*, alegada em 78 casos, e acolhida em 70, num percentual de 89,74%; e a *undercapitalization* foi alegada em 120 casos, e acolhida em 88, num percentual de 73,33%) (*Piercing the corporate veil: an empirical study. Cornell Law Review*, v. 76, p. 1036-1073, jul. 1991).

forma que este deveria ser obrigado a satisfazer as dívidas da sociedade e seu crédito deveria ser preterido em relação aos demais credores sociais. O juiz de primeiro grau e a Corte de Apelação desconsideraram a personalidade jurídica dessa Companhia, considerando-a uma extensão da atividade individual de seu sócio controlador, ou seja, uma *agent* ou *trustee* de Aaron Salomon, o qual continuava a ser o proprietário do estabelecimento que falsamente transferira à sociedade.

Carmem Boldó Roda, ao tecer comentários a essa decisão, refere que o juiz Vangham Williams, que realizou o julgamento de primeiro grau, valeu-se da seguinte argumentação:

parece sin embargo que cuando uno considera el hecho de que esos accionistas eran meros testaferros de Mr. Salomon, que éste obtuvo la totalidad de las ganancias y que su intención fue obtener lucro sin correr el riesgo de deudas y gastos, uno debe considerar también la posición de los acreedores no privilegiados cuyos créditos ascienden a 11.000 libras. Como he señalado, la sociedad era un mero testaferro de Mr. Salomon y así deseo, si puedo, fallar en esto caso exactamente sobre las mismas bases que lo haría si el testaferro, en lugar de ser una sociedad hubiese sido algún sirviente o agente al cual Mr. Salomon dio a entender vender su negocio.⁷

O tribunal de segundo grau chegou à mesma conclusão, mas utilizou-se de argumento diverso, sustentando que os *Companies Acts* buscam conferir o privilégio da responsabilidade limitada somente aos verdadeiros acionistas, que realmente contribuíram para a formação do capital da empresa, e não a quem é, na realidade, o único proprietário do negócio e que apenas cumpriu formalmente com os requisitos constitutivos da sociedade.

Desse julgamento destacam-se as atuações dos juízes Lopes e Lin-

⁷ *Levantamiento del velo y persona jurídica en el derecho privado español*. 2. ed. Pamplona: Editorial Aranzadi, 1997. p. 115.

dley. O primeiro argumentou:

nunca se trato de que para que se constituyese una sociedad bastase una persona sustancial y varios testaferros (dummies) de dicha persona, sin ningún interés real en la sociedad. La ley contemplaba la fundación por siete miembros independientes y de buena fe con capacidad y voluntad por sí mismos, que no fueron unas meras marionetas de un individuo que, adoptando la maquinaria de la ley, llevase a cabo un negocio de la misma forma que antes, cuando era comerciante individual.

E o segundo referiu:

no iré tan lejos como para decir que los acreedores de la sociedad puedan demandarle (a Salomon). En mi opinión, éste sólo puede verse involucrado a través de la sociedad. Además la responsabilidad de Mr. Aaron Salomon de indemnizar a la sociedad en este caso es, desde mi punto de vista, la consecuencia legal de la formación de la sociedad para conseguir un resultado no permitido por la ley. La responsabilidad no surge simplemente del hecho de que detentase casi todas las acciones de la compañía [...] su responsabilidad descansa en el propósito para el que él constituyó la sociedad, la forma en que la constituyó y el uso que hizo de ella.

Assim, embora o tribunal tivesse que reconhecer a constituição da companhia, condenou Aaron Salomon a contribuir para com o ativo da sociedade, de forma que os credores sociais pudessem ter satisfeitos os seus créditos. Então o liquidante arrecadou bens pessoais do fundador da sociedade, Aaron Salomon. Mas, além de ser posterior ao *leading case* da teoria da desconsideração da pessoa jurídica, essa decisão não se manteve, sendo reformada pela *House of Lords*, que entendeu ser a Companhia validamente constituída e que Salomon era seu credor

privilegiado por ter-lhe vendido o estabelecimento e recebido, por isso, obrigações garantidas por hipoteca. Esse tribunal não considerou o propósito de Aaron Salomon ao criar a sociedade ou a forma como esta foi constituída (razões propostas pelo Tribunal de Apelação) nem a possibilidade de a sociedade ser tratada como um *agente* de seu sócio majoritário (tese do julgador de primeiro grau).

Na decisão, o Lord Halsbury argumentou:

confieso que me parece que ese estudioso juez se ve envuelto en su argumento en una contradicción muy singular, tanto si la sociedad fuera persona jurídica como si no. Si lo fuera, el negocio le correspondería a ella y no a Salomon. Si no, no habría ni persona ni agente en absoluto.

O Lord Herchell, por sua vez, ressaltou que:

en un sentido popular, la sociedad debe llevar a cabo el negocio para y a causa de los accionistas. Pero esto, ciertamente, no constituye, desde el punto de vista legal, la relación entre el principal y el agente, ni hace a los accionistas responsables de indemnizar a la sociedad por las deudas en las que ésta incurre.

E, por fim, o Lord MacNaughten observou:

la sociedad es para la ley una solución diferente de aquellos que firman el acta de constitución y aunque pudiera ser que después de la constitución el negocio sea exactamente el mismo que antes y las mismas personas sean los directivos, y reciban los beneficios las mismas manos, la sociedad ya no es, en Derecho, el agente de los socios fundadores, ni un testaferro de éstos. Los socios fundadores no son responsables bajo ningún concepto, salvo en la extensión y en la forma señalada en el Act.

O julgamento do caso *Salomon v. Salomon & Co. Ltd.* deu origem ao chamado *salomon principle*, que ainda hoje orienta decisões do sistema da *common law*.⁸

Note-se que no sistema jurídico inglês as decisões tomadas pela *House of Lords* constituem precedentes obrigatórios, que devem ser seguidos por todas as jurisdições, embora tal regra tenha se tornado mais flexível neste século.⁹ Menezes Cordeiro, comparando o sistema anglo-saxão com o continental, aponta que “deve-se esclarecer-se que a personalidade colectiva tem, nos espaços jurídicos anglo-saxões, uma acutilância conceitual menor, do que a apresentada no Continente. O levantamento é, neles, pois, relativamente mais fácil”.¹⁰

No modelo da *civil law*, a estruturação da teoria da desconSIDERAÇÃO da personalidade jurídica é atribuída a Rolf Serick, que sistematizou a doutrina no Direito germânico por meio de tese defendida perante a Universidade de Tubigen, em 1953, publicada posteriormente sob o título *Aporencia y realidad en las sociedades mercantiles*¹¹, que foi acompanhada, na doutrina italiana, do estudo formulado por Piero Verrucoli, *Il superamento della personalità giuridica delle società di capitali nella Common Law e nella Civil Law*¹².

8 Phillip Lipton informa que “since the 1970s, the approach of the English courts has been to see the *Salomon principle* as sacrosanct and so central to the structure and fabric of company law” (The mythology of Salomon’s case and the Law dealing with the tort liabilities of corporate groups: an historical perspective. *Monash University Law Review*, v. 40, n. 2, p. 480, 2014).

9 Victoria Iturralde Sesma. *El precedente en el common law*. Madri: Civitas, 1995. p. 49 e seg.

10 *Responsabilidade civil dos administradores*. Coimbra: Almedina, 1997. p. 323.

11 *Aporencia y realidad en las sociedades mercantiles*. Tradução J. Puig Brutau. Barcelona: Ediciones Ariel, 1958. Fábio Ulhoa Coelho explica que Rolf Sérick sintetizou a sua formulação em quatro princípios: (a) “o juiz, diante do abuso da forma da pessoa jurídica, pode, para impedir a realização do ilícito, desconsiderar o princípio da separação entre sócio e pessoa jurídica”; (b) “não é possível desconsiderar a autonomia subjetiva da pessoa jurídica apenas porque o objetivo de uma norma ou a causa de um negócio não foram atendidos”; (c) “aplicam-se à pessoa jurídica as normas sobre a capacidade ou valor humano, se não houver contradição entre os objetivos destas e a função daquela. Em tal hipótese, para atendimento dos pressupostos da norma, levam-se em consideração as pessoas físicas que agiram pela pessoa jurídica”; (d) “se as partes de um negócio jurídico não podem ser consideradas um único sujeito apenas em razão da forma da pessoa jurídica, cabe desconsiderá-la para a aplicação de norma cujo pressuposto seja diferenciação real entre aquelas partes” (*Curso de direito comercial*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 2: direito de empresa, p. 59-60).

12 *Il superamento della personalità giuridica delle società di capitali nella Common Law e nella Civil Law*. Milano: Giuffrè, 1964.

4. A FORMAÇÃO E CONSOLIDAÇÃO DA TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO DIREITO BRASILEIRO

No Direito nacional, as primeiras notícias sobre a aplicação da teoria da desconsideração datam de 1955, em julgamento realizado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, que, fundado na existência de confusão patrimonial entre sócio e sociedade, afastou o dogma da separação de esferas econômicas entre a entidade e seus membros, responsabilizando o sócio de sociedade dedicada ao ramo empresarial, que se valeu da personalidade da entidade para adquirir bens de uso doméstico.¹³

No âmbito acadêmico nacional, o pioneirismo no estudo da teoria da desconsideração da personalidade jurídica é atribuído ao jurista Rubens Requião, que, em 1969, proferiu conferência sobre o tema na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, a qual teve versão escrita publicada sob o título *Abuso e fraude através da personalidade jurídica (disregard doctrine)*¹⁴. A esse trabalho se sucederam dois estudos atualmente considerados clássicos na abordagem do assunto. Em 1976, Fábio Konder Comparato publicou a obra *Poder de controle na sociedade anônima*¹⁵ e, em 1979, Lamartine Corrêa de Oliveira editou ensaio intitulado *A dupla crise da pessoa jurídica*¹⁶.

Na seara legislativa, o pioneirismo na positivação do tema é atribuído à legislação consumerista, no que foi seguida de algumas leis especiais. O Código de Defesa do Consumidor normatizou a teoria da desconsideração no artigo 28, dispondo:

O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abu-

13 Ap. civil nº 9247, j. em nov. 1955, RT, v. 238, p. 393-395.

14 *Revista dos Tribunais*, v. 410, p. 12-24, dez. 1969.

15 *Poder de controle na sociedade anônima*. São Paulo: RT, 1976. Essa obra conta com edição atualizada por Calixto Salomão Filho (*O poder de controle na sociedade anônima*. 6. ed. São Paulo: RT, 2014).

16 *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979.

so 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.

No § 5º desse dispositivo é autorizada a aplicação dessa teoria sempre que a sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.¹⁷ Em 1994, a Lei Antitruste - Lei nº 8.884/94 -, art. 18, praticamente repetiu a previsão contida no *caput* do art. 28 da legislação consumerista, permitindo a aplicação da teoria da desconsideração na atividade de prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica.¹⁸ Atualmente a referida norma encontra-se revogada, tendo sido sucedida pela Lei nº 12.529/2011, que mantém a possibilidade de aplicação da *disregard doctrine* com instrumento de sanção às práticas de infração à ordem econômica (“Art. 34. A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. Parágrafo único. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração”).¹⁹

17 Fábio Ulhoa Coelho, em posicionamento minoritário, propõe interpretação restritiva a esse dispositivo da lei consumerista, afirmando: “deve-se entender o dispositivo em questão (CDC, art. 28, § 5º) como pertinente apenas às sanções impostas ao empresário, por descumprimento de norma protetiva dos consumidores, de caráter não pecuniário, por exemplo, a proibição de fabricação de produto e a suspensão temporária de atividade ou fornecimento (CDC, art. 56, V, Vi e VII). Se determinado empresário é apenado com essas sanções, e, para furtar-se ao seu cumprimento, constitui sociedade empresária para agir por meio dela, a autonomia da pessoa jurídica pode ser desconsiderada justamente como forma de evitar que a burla aos preceitos da legislação consumerista se realize” (Op. cit., p. 75).

18 Art. 18. A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste 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.

19 Fábio Ulhoa Coelho oferece didática exemplificação de hipótese ensejadora da aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito do Direito da Concorrência e Infração

A *disregard doctrine* também foi positivada no regramento sobre a responsabilidade ambiental (Lei nº 9.605/95), que em seu art. 4º prevê: “Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente”. Finalmente, a Codificação Civil de 2002 trouxe a cláusula geral da teoria da desconsideração para o Direito privado nacional, em seu artigo 50 (“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 jurídica”).²⁰ Mais recentemente, a legislação anticorrupção (Lei nº 12.846/2013) normatizou a desconsideração na seara administrativa, ou seja, independentemente de decisão judicial, prevendo em seu artigo 14 que:

A personalidade jurídica poderá ser desconsiderada sempre que utilizada com abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática de atos ilícitos previstos nesta Lei ou para provocar confusão patrimonial, sendo estendidos todos os efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica aos seus administradores e sócios com poderes de administração, ob-

à Ordem Econômica: “suponhamos que, num determinado segmento de mercado, competem quatro sociedades anônimas, cada qual com a sua própria composição societária. Não há nenhum acionista de uma delas que possua qualquer participação no capital de outra. Imaginemos, então, que o controlador da empresa mais forte, Darcy, proponha aos controladores das concorrentes um acordo, mediante o qual ele passe a ter o direito de escolher seus administradores, e ofereça, em troca, a garantia de rentabilidade mínima da empresa. Quer dizer, se a sociedade não gerar pelo menos determinado patamar de dividendos, Darcy pagará a diferença. Feito o acordo, são escolhidos administradores diferentes para cada companhia. Não há, portanto, venda de ações, permanecendo o mesmo quadro de acionistas de todas as concorrentes. Nesse cenário, considerar as sociedades como pessoas jurídicas distintas, em obediência ao princípio da autonomia, importa identificar, no referido seguimento de mercado, mais de uma sociedade empresária em competição. Quer dizer, se há quatro concorrentes, descabe cogitar monopólio. Contudo, é inegável que Darcy, por meio do acordo com os controladores, domina o mercado, podendo, por exemplo, determinar aos administradores que indicou para cada companhia a majoração concertada dos preços, sem riscos da clientela” (Op. cit., p. 58).

20 Em relação à análise do art. 50 do Código Civil, remetemos o leitor ao nosso estudo “A teoria da desconsideração da personalidade jurídica no novo Código Civil”, na *Revista de Direito Privado*, n. 10, p. 69-85, 2002.

servados o contraditório e a ampla defesa.

Em todas essas disposições, que positivaram a *disregard of the legal entity*, sempre foi preservada a noção de que tal disciplina não visa atingir a extinção da pessoa jurídica, representando, portanto, hipótese de ineficácia episódica do fenômeno da personificação, afastando, tão somente para o caso concreto, as consequências da separação patrimonial, estendendo a responsabilidade por determinados atos aos sócios ou administradores da pessoa jurídica, atingindo, assim, o patrimônio pessoal destes.²¹

4.1. A cláusula geral da teoria da desconsideração na codificação civil

O art. 50 do Código Civil oferece previsão normativa que representa a cláusula geral sobre o tema da teoria da desconsideração da personalidade jurídica em nosso sistema jurídico, o que representou, na época de sua inserção em nosso ordenamento positivo, a aurora de novo estágio de seu itinerário.

O texto mantém-se apegado à utilização excepcional da teoria, submetendo-a ao prudente critério do Judiciário. O fenômeno da desconsideração é inserido no plano da eficácia, seguindo o entendimento da melhor doutrina sobre a questão, e há extensão da responsabilidade não somente aos sócios, mas também aos administradores da sociedade.

A codificação civil, ao fixar as balizas de orientação para a aplica-

21 Neste sentido lecionou Rubens Requião (“a *disregard doctrine* não visa a anular a personalidade jurídica, mas somente objetiva desconsiderar no caso concreto, dentro de seus limites, a pessoa jurídica, em relação às pessoas e os bens que atrás dela se escondem. É caso de declaração de ineficácia especial da personalidade jurídica para determinados efeitos, prosseguindo, todavia, a mesma incólume para seus outros fins legítimos” [Op. cit., p. 14]), no que foi seguido por Fábio Konder Comparato (“importa, no entanto, distinguir entre despersonalização e desconsideração (relativa) da personalidade jurídica. Na primeira, a pessoa coletiva desaparece como sujeito autônomo, em razão da falta original ou superveniente das suas condições de existência, como, por exemplo, a invalidade do contrato social ou a dissolução da sociedade. Na segunda, subsiste o princípio da autonomia subjetiva da pessoa coletiva distinta da pessoa de seus sócios ou componentes. Mas essa distinção é afastada, provisoriamente e tão só para o caso concreto” [Op. cit., p. 283]).

ção da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no Direito privado, como sanção adequada para punir os casos de abuso da pessoa jurídica, se valeu da técnica da cláusula geral, vinculando-a à presença de fundamentos expressos em conceitos jurídicos indeterminados, que são o *desvio de finalidade* e a *confusão patrimonial*. Neste compasso, passamos, então, à análise dessas hipóteses.

4.1.1. O desvio de finalidade

O codificador civilista, ao se referir ao *desvio de finalidade* como motivo ensejador do reconhecimento da utilização abusiva da pessoa jurídica, deixou consignada a sua preocupação no sentido de que a pessoa jurídica se mantenha vinculada ao escopo que levou o ordenamento jurídico a lhe atribuir personalidade jurídica. Suzy Elizabeth Cavalcante Koury, nessa linha, aponta a existência de discricionariedade do juiz na aplicação da *disregard doctrine*, explicando que isso:

implica o dever de adotar a melhor solução para que se alcance a finalidade da lei, sendo certo que a pessoa jurídica, como ente distinto dos sócios que a compõem, evidentemente não foi criada com o intuito de permitir que fraudes e simulações alcancem seus objetivos nem, tampouco, para que se atinjam fins contrários aos princípios que norteiam o ordenamento jurídico.²²

Os atos e negócios jurídicos encontram a sua justificação, ou seja, sua razão de existência em uma espécie de *causa-fim*, explicada por Francesco Messineo como a função ou finalidade econômico-social a ser cumprida e que o ordenamento jurídico considera relevante para al-

22 Op. cit., p. 134. A autora complementa, explicando: “por todas estas razões, cabe ao julgador, no exame do caso concreto, indagar, perquirir as atividades empresariais, bem como a forma e a atuação das empresas, a fim de que, ainda na fase de conhecimento, possa investigar a utilização da pessoa jurídica com finalidades contrárias àquelas para as quais foi criada pelo ordenamento”.

cançar os seus objetivos.²³ Não é diversa a condição da pessoa jurídica, pois, como explica Leandro Javier Caputo,

*puede sostenerse que la causa-fin, desde el punto objetivo, es la constitución de una persona jurídica a través de cuya actuación se obtendrán utilidades, soportando el riesgo o las pérdidas, siendo la causa subjetiva o intención de las partes, el cumplimiento del objeto social.*²⁴

A postura legislativa propõe clara vinculação da *disregard doctrine* com a figura do abuso de direito, na própria dicção normativa consignada no art. 187 da codificação civilista, ao dispor: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. Nas palavras de Alexandre Couto Silva, “o ato abusivo é o mau uso do direito, é um ato legal, porém contrário ao fim do instituto da pessoa jurídica”.²⁵ Na mesma direção é a lição encontrada na doutrina jurídica lusitana, como em António Menezes Cordeiro, que é enfático ao afirmar que “o abuso do instituto da personalidade coletiva é uma situação de abuso de direito ou de exercício inadmissível de posições jurídicas, verificada a propósito da actuação do visado, através duma pessoa colectiva”.²⁶

O exercício da atividade econômica da pessoa jurídica somente se mostra legítimo enquanto vinculado à finalidade que justifica a sua existência como entidade dotada de autonomia econômica e jurídica.

23 *Doctrina general del contrato*. Buenos Aires: El Foro, 1986. p. 110.

24 *Inoponibilidad de la personalidad jurídica societaria*. Buenos Aires: Astrea, 2006. p. 95. Na mesma linha é a lição de Joaquín Garrigues, ao afirmar: “*la causa del contrato de sociedad está en la consecución del fin común, es decir, en el ejercicio en común de una actividad económica que da lugar a una ganancia que más tarde ha de dividirse*” (*Curso de derecho mercantil*. Bogotá: Editorial Themis, 1987. Tomo II, p. 34).

25 *A aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2009. p. 82.

26 *O levantamento da personalidade coletiva no direito civil e comercial*. Coimbra: Almedina, 2000. p. 123.

4.1.2. A confusão patrimonial

O Código Civil arrola também, como motivo suficiente para justificar a aplicação da teoria da desconsideração, as situações de confusão patrimonial, seguindo na esteira da doutrina estrangeira e atendendo a anseios de doutrinadores pátrios, o que acabou exercendo forte influências nas decisões jurisprudenciais de nossos tribunais.

De acordo com Menezes Cordeiro, a confusão de esferas jurídicas verifica-se quando, por inobservância das regras societárias, ou mesmo por qualquer decorrência objetiva, não fique clara, na prática, a separação entre o patrimônio social e o do sócio ou os dos sócios.²⁷

O Direito positivado estabelece uma separação específica entre o patrimônio da entidade personificada e os bens pessoais de cada um de seus membros. Tal limitação é estabelecida, inequivocamente, em benefício dos sócios, aos quais cabe concretizar essa separação formal, tornando-a e mantendo-a efetiva. Ocorre que, em certas situações, os sócios não dão importância à delimitação patrimonial estabelecida formalmente pela legislação, originando uma confusão entre os seus bens pessoais e os pertencentes ao patrimônio societário.

Nesse contexto, devem ser distinguidas duas situações, ou seja, a mistura de sujeitos de responsabilidade e a mistura de massas patrimoniais.

A primeira hipótese tem se mostrado mais comum nos grupos econômicos, em que a mistura de sujeitos de responsabilidade é verificada quando houver a identidade dos membros da administração ou gestão de duas ou mais pessoas jurídicas, quando houver desrespeito às formalidades societárias ou, ainda, pela utilização de uma única sede para a atuação de várias sociedades de responsabilidade, com firmas e ramos de atuação assemelhados, o que pode vir em prejuízo dos credores sociais.²⁸ Na doutrina estrangeira, Karsten Schmidt explica que aquele

27 *Responsabilidade civil dos administradores*, p. 324.

28 Apud CORDEIRO, Pedro. *A desconsideração da personalidade jurídica das sociedades comerciais*. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1994. p. 103.

que desejar assegurar a autonomia patrimonial dos sujeitos e a consequente limitação de responsabilidade não deve utilizar-se apenas de adequado complemento à denominação social, mas também manter a possibilidade de distinção de identidade dos sujeitos de responsabilidade.¹⁹

Na mistura de patrimônios, as fronteiras da autonomia patrimonial da sociedade e de seus sócios tornam-se fluidas, ensejando a perda da responsabilidade limitada de quem lhe dá causa. Tal situação pode apresentar-se em várias configurações, desde a inexistência de separação patrimonial adequada na escrituração social até a situação em que, na prática, os patrimônios de ambos não forem suficientemente diferenciados. Nessas situações, os membros da sociedade não poderão invocar, perante os credores sociais, a sua propriedade sobre objetos que eles próprios classificam alternadamente como seus ou da sociedade.²⁹ O jurista argentino Daniel E. Moeremans, ao indicar a confusão patrimonial como um dos casos de aplicação da teoria da desconsideração, pondera: “*Los miembros de una persona jurídica sólo pueden alegar la limitación de responsabilidad que tiene su base en el principio de división de patrimonios, cuando los mismos respectan dicha división*”.³⁰

29 Luiz Roldão de Freitas Gomes, ao tratar das hipóteses em que o princípio da limitação de responsabilidade dos sócios deve ser mitigado, contempla argumentos referentes à desconsideração da personalidade jurídica em casos de confusão patrimonial, mencionando que na “determinação de casos não se há, necessariamente, de inferir que não inocular em responsabilidade em situações outras, posto que não expressamente contempladas na lei, máxime quando venha a auferir proveito dos atos praticados pela sociedade, cuja atuação é moldada a este fim, guiada pela sua vontade, usando-a para a consecução de objetivos individuais, com ela se identificando, de tal a ser por ele nominada, confundindo-se os patrimônios, promiscuos os negócios sociais e dele, o sócio. Em situações tais, se se revela insuficiente o patrimônio da sociedade a responder por obrigações contraídas no evidente interesse do sócio que a controla e dirige soberanamente, de tal sorte que, inadimplidas, impliquem injusto e intolerado prejuízo a credores, que levaram em conta, de boa-fé, ao vincularem-se, a pessoa e bens do sócio que surgia como o senhor, beneficiário e garante do negócio, hão aqueles de poder dirigir-se contra os bens do sócio, *ut singuli*, independente da forma societária e, nas sociedades de quotas de responsabilidade limitada, a despeito da integralização da respectiva participação social” (Desconsideração da personalidade jurídica. *O direito*, v. 1, p. 8, 1990, grifamos).

30 Extensión de la responsabilidad de los socios en las sociedades de capital en virtud del “disregard of the legal entity”. *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, v. 22, n. 131, p. 720, out. 1989. O autor refere que “*cuando el patrimonio de los socios no puede ser distinguido del patrimonio de la sociedad, se habla de una confusión de patrimonios (Vermögensvermengung). Cuando, en cambio, la división de la persona jurídica y de sus miembros no se puede distinguir exteriormente, se habla de confusión de esfera (Sphärenvermischung). Este último caso*

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica tem sido aplicada também quando ocorre a chamada condução externa, ou seja, situações em que a empresa é controlada por outra. Fábio Konder Comparato aponta a confusão patrimonial entre controlador e sociedade controlada como critério fundamental para a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica que ele chama de *externa corporis*, explicando que, sendo a pessoa jurídica nada mais do que uma técnica de separação patrimonial, se o controlador, que é o maior interessado na manutenção desse princípio, descumpre-o na prática, não se vê bem por que os juízes teriam de respeitá-lo, transformando-o numa regra puramente unilateral.³¹

Cabe anotar que a ocorrência de certa confusão patrimonial entre as empresas do mesmo grupo econômico é praticamente inevitável e irá ocorrer em maior ou menor grau, pois está ínsita no próprio sentido da atuação econômica conjunta.³² Na lição expressada por João Pedro

se presenta cuando, por ej., el nombre, la organización (libros, cuenta bancaria y bienes patrimoniales), la imputación patrimonial o las formalidades societarias no son cumplidas, y, por lo tanto, no se puede reconocer si se está en presencia de un acto societario o de los socios. En tal caso, no pueden alegar los socios que ellos son propietarios de los bienes que aparecen como sociales, o afirmar este carácter cuando aparecen como bienes privados". Entendemos despidiendo essa diferenciação apresentada pelo autor, pois, em ambas as situações identificadas - confusão de patrimônios e confusão de esferas -, poderá haver a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica do ente societário e não poderão os sócios valerem-se da oposição do dogma da separação patrimonial entre os bens da pessoa jurídica e os de seus membros.

- 31 *O poder de controle na sociedade anônima*. 6. ed., atualizada por Calixto Salomão Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 450. Esse autor informa que outro critério utilizado na Europa e nos Estados Unidos, para desconsiderar a autonomia da pessoa jurídica de sociedades componentes de um grupo econômico, é o da confusão aparente de personalidades. O autor explica que "não apenas a confusão interna - isto é, quando os administradores são comuns, as assembleias gerais reúnem-se no mesmo local e, praticamente, no mesmo horário; as empresas possuem departamentos unificados e os empregados recebem ordens, indistintamente, de várias administrações, não sabendo ao certo para quem trabalham - mas também a confusão externa, ou seja, a sua apresentação perante terceiros". O autor cita como exemplo uma decisão da Corte de Cassação Francesa, de 1929, em que foi reconhecida a confusão patrimonial, com a consequente extensão da responsabilidade pelos débitos de uma sociedade a outra, considerando o fato de as duas sociedades possuírem razões sociais praticamente idênticas, a mesma sede social, mesmas sucursais, mesmo número de telefone e mesma assinatura em sua correspondência" (p. 497-498).
- 32 Fábio Konder Comparato explica que "o interesse individual de uma sociedade é sempre subordinado ao interesse geral do complexo de empresas agrupadas. Com isso, são praticamente inevitáveis as transferências de um ativo de uma sociedade à outra, ou uma distribuição proporcional de custos e prejuízos entre todas elas. O dilema do direito tradicional é, pois, muito claro: ou se aplicam, rigidamente, as normas editadas para o funcionamento de uma sociedade isolada, tornando ilegal ou abusiva essa confusão patrimonial, e condenando, portanto,

Scalzilli, “no grupo econômico de subordinação, as sociedades controladas perdem grande parte de sua autonomia de gestão empresarial em função da persecução do interesse geral do grupo”, acrescentando: “essa perda de autonomia de gestão tende quase que inexoravelmente por se traduzir em perda de autonomia patrimonial, haja vista que os patrimônios sociais tendem a se confundir”.³³ Assim, existirá permanentemente uma tensão que caracterizará essa questão no sentido de estimular ou não a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no grupo econômico, que terá de ser solucionada, em cada caso concreto, pelo julgador. No sistema brasileiro, as empresas componentes do mesmo grupo não possuem, como regra geral, responsabilidade solidária pelos débitos assumidos pelas demais empresas do grupo, de forma que essa tensão se torna ainda mais latente.

4.2. A teoria maior e a teoria menor na temática da desconsideração da personalidade jurídica

O mosaico referente à normatização da doutrina da desconsideração propiciou a consolidação de duas teorias propostas por Fábio Ulhoa Coelho para sistematização do tema.³⁴ Na visão desse autor, há duas possibilidades de efetivação da *disregard doctrine*, chamadas de *teoria maior e menor*.

Curiosamente, a referência à teoria maior e menor da desconsideração da personalidade jurídica foi, posteriormente, abandonada pelo próprio jurista Fábio Ulhoa Coelho, responsável pela sua formulação e divulgação no âmbito acadêmico, o qual chegou a consignar:

em 1999, quando era significativa a quantidade de decisões judiciais desvirtuando a teoria de desconsideração, cheguei

o grupo econômico a uma vida à margem da norma jurídica; ou, ao contrário, suspende-se, completamente, a aplicação dessas normas, e, em consequência, os interesses, tanto dos não controladores quanto dos terceiros credores, ficam ao desamparo” (Op. cit., p. 499).

33 *Confusão patrimonial no direito societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 144.

34 *Desconsideração da personalidade jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

a chamar sua aplicação incorreta de “teoria menor”, reservando à correta a expressão “teoria maior”. Mas a evolução do tema na jurisprudência brasileira não permite mais falar-se em teorias distintas, razão pela qual esses conceitos de “maior” e “menor” mostram-se, agora, felizmente, ultrapassados.³⁵

Porém, tal formulação parece ter alçado vida própria, e continua sendo corrente tanto em nível doutrinário como pretoriano.

A primeira espécie de concepção sobre a aplicação da *disregard doctrine* não se contenta com a mera insolvência patrimonial da pessoa jurídica para que se busque a responsabilidade pessoal dos seus membros ou administradores, impondo também a necessidade de existência de abuso na utilização da entidade personificada. A sua incidência é verificada na aplicação das disposições constantes do art. 50 do CC, 28, *caput*, do CDC, e da legislação antitruste. A *teoria menor*, por sua vez, autoriza o levantamento do véu que encobre a entidade pela mera verificação de insolvência da pessoa jurídica que vier a ocasionar prejuízos à realização dos direitos dos credores. Nessa modalidade, a análise da ocorrência de conduta abusiva na utilização do ente personificado é despicienda. Essa versão é efetivada na aplicação da previsão constante do § 5º do art. 28 do CDC e no regramento sobre responsabilidade ambiental. Em relação a este último, Alexandre Freitas Câmara explica pontualmente que:

nos processos que versem sobre matéria ambiental o único requisito para a desconsideração da personalidade jurídica

35 *Curso de direito comercial*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 2: direito de empresa, p. 70. Na mesma linha, Alexandre Couto Silva argumenta: “entretanto, deve-se entender que tal distinção não parece ser a mais adequada, pois a teoria menor, menos elaborada, amplia os casos em que caberia a desconsideração da personalidade jurídica para o simples prejuízo do credor, o que na verdade, acabaria por destruir o instituto da pessoa jurídica. A teoria menor, desta forma, não pode ser aplicada indiscriminadamente em detrimento ao instituto da pessoa jurídica, devendo ser rejeitada pelos doutrinadores e pelo Judiciário. De outro lado, a teoria maior (mais elaborada) corresponde ao verdadeiro objetivo da criação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, ao se fundamentar na existência da fraude ou do abuso de direito para que se possa atingir a personalidade jurídica dos sócios” (Op. cit., p. 139).

é que a sociedade não tenha patrimônio suficiente para assegurar a reparação do dano ambiental que tenha causado, permitida, assim, a extensão da responsabilidade patrimonial do sócio (ou vice-versa, no caso de desconsideração inversa), pouco importando se houve dolo, fraude, má-fé ou qualquer outra forma de se qualificar a intenção de quem praticou o ato poluidor.³⁶

36 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; DANTAS, Bruno (Coords.). *Breves comentários ao novo código de processo civil*. São Paulo: RT, 2015. p. 427. O STJ já teve oportunidade de manifestar simpatia à existência dessas duas formas de compreensão sobre a aplicação da *disregard doctrine* em diversas ocasiões, dentre as quais pode ser colocada em destaque aresto bastante conhecido proferido no julgamento sobre a responsabilidade decorrente de explosão ocorrida em shopping center na cidade de Osasco, SP, assim ementado: “Responsabilidade civil e Direito do Consumidor. Recurso especial. Shopping Center de 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. Obstáculos ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores. Art. 28, § 5º - Considerada a proteção do consumidor um dos pilares da Ordem Econômica, e incumbindo ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, possui o Órgão Ministerial legitimidade para atuar em defesa de interesses individuais homogêneos de consumidores, decorrentes de origem comum. A teoria maior da desconsideração, regra geral no sistema jurídico brasileiro, não pode ser aplicada com a mera demonstração de estar a pessoa jurídica insolvente para o cumprimento de suas obrigações. Exige-se aqui, para além da prova da insolvência, ou a demonstração do desvio de finalidade (teria subjetiva da desconsideração), ou a demonstração de confusão patrimonial (teoria objetiva da desconsideração). 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, 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 § 5º do art. 28 do CDC, porquanto a incidência deste dispositivo não se subordina à demonstração dos requisitos previstos no *caput* do artigo indicado, mas apenas à prova de causar, a mera existência da pessoa jurídica, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores. Recursos não conhecidos” - STJ, REsp 279.273/SP, rel. Min. Ari Pargendler, 3ª T., rel. p/ acórdão Min. Nancy Andrighi, Dje. 29.03.2004. Mais recentemente, mantendo-se vinculado à teoria menor, aplicável ao Direito do Consumidor: “Agravo regimental no recurso especial. Ação de indenização por ato ilícito. Inscrição indevida. Dano moral. Cumprimento de sentença. Insolvência da pessoa jurídica. Desconsideração da personalidade jurídica. Art. 28, § 5º, do Código de Defesa do Consumidor. Possibilidade. Precedentes do STJ. Decisão monocrática que deu provimento ao recurso especial. Insurgência. 1. É possível a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade empresária - acolhida em nosso ordenamento jurídico, excepcionalmente, no Direito do Consumidor - bastando, para tanto, a mera prova da insolvência da pessoa jurídica para o pagamento de suas obrigações, independentemente da existência de desvio de finalidade ou da confusão patrimonial, é o suficiente para se ‘levantar o véu’ da personalidade jurídica da sociedade empresária Precedentes do STJ: REsp 737.000/MG, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, DJe 12/9/2011; (Resp 279.273, Rel. Ministro Ari Pargendler, Rel. p/ acórdão Ministra Nancy Andrighi, 29.3.2004;

A autonomia e, por conseguinte, o convívio dessas teorias sobre a aplicação da *disregard doctrine* em nosso sistema jurídico foi ratificada tanto nas Jornadas de Direito Civil quanto nas Jornadas de Direito Comercial. Na primeira, o enunciado nº 51 conclui que: “A teoria da desconsideração da personalidade jurídica - *disregard doctrine* - fica positivada no novo Código Civil, mantidos os parâmetros existentes nos microssistemas legais e na construção jurídica sobre o tema”. Na jornada da disciplina mercantil foi publicado o enunciado nº 9, dispondo: “Quando aplicado às relações jurídicas empresariais, o art. 50 do Código Civil não pode ser interpretado analogamente ao art. 28, § 5º, do CDC ou ao art. 2º, § 2º, da CLT”.³⁷

5. A PROCESSUALIZAÇÃO DA DISREGARD DOCTRINE NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Com o advento do Código de Processo Civil de 2015 a teoria da desconsideração da personalidade jurídica passa a experimentar um novo capítulo de sua trajetória no cenário do Direito nacional.

REsp 1111153/RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe de 04/02/2013; REsp 63981/SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, Rel. p/acórdão Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJe de 20/11/2000. 2. No contexto das relações de consumo, em atenção ao art. 28, § 5º, do CDC, os credores não negociais da pessoa jurídica podem ter acesso ao patrimônio dos sócios, mediante a aplicação da *disregard doctrine*, bastando a caracterização da dificuldade de reparação dos prejuízos sofridos em face da insolvência da sociedade empresária” (REsp 737.000/MG, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, DJe 12/9/2011). 3. Agravo regimental desprovido - 4ª T., AgRgREsp 1106072/MS, rel. Min. Marco Buzzi, j. em 02/09/2014.

37 Há uma série de outros enunciados nas Jornadas de Direito Civil destinados ao tema da *teoria da desconsideração da personalidade jurídica*. Vejamos: enunciado nº 7 - art. 50: “Só se aplica a desconsideração da personalidade jurídica quando houver a prática de ato irregular e, limitadamente, aos administradores ou sócios que nela hajam incorrido”; enunciado nº 146 - art. 50: “Nas relações civis, interpretam-se restritivamente os parâmetros de desconsideração da personalidade jurídica previstos no art. 50 (desvio de finalidade social ou confusão patrimonial)”; enunciado nº 281 - art. 50: “A aplicação da teoria da desconsideração, descrita no art. 50 do Código Civil, prescinde da demonstração de insolvência da pessoa jurídica”; enunciado nº 282 - art. 50: “O encerramento irregular das atividades da pessoa jurídica, por si só, não basta para caracterizar abuso da personalidade jurídica”; enunciado nº 283 - art. 50: “É cabível a desconsideração da personalidade jurídica denominada ‘inversa’ para alcançar bens de sócio que se valeu da pessoa jurídica para ocultar ou desviar bens pessoais, com prejuízo a terceiros”; enunciado nº 284 - art. 50: “As pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos ou de fins não econômicos estão abrangidas no conceito de abuso da personalidade jurídica”; enunciado nº 285 - art. 50: “A teoria da desconsideração, prevista no art. 50 do Código Civil, pode ser invocada pela pessoa jurídica, em seu favor”.

No esquadro oportunizado pelo sistema jurídico instaurado pela nova codificação processual, haverá duas maneiras de levar a juízo o debate sobre a presença dos requisitos ensejadores da aplicação da teoria da desconsideração: o pedido originário e o incidental.³⁸

A inovação é de extrema importância e representa verdadeira dobra histórica no percurso que vem sendo trilhado pela *teoria da desconsideração da personalidade jurídica* no âmbito do Direito interno. Com essa atitude o legislador processual preenche lamentável lacuna que vinha acompanhando as discussões sobre a forma adequada de tratar processualmente a prática de atos de abuso da personalidade jurídica e suas consequências.

O tema será enfrentado de maneira *originária* quando o pedido de aplicação da *disregard of the legal entity* já é apresentado no momento da propositura da demanda, proporcionando litisconsórcio passivo³⁹ desde o começo do processo.⁴⁰ Nessa hipótese o sócio ou administrador (ou eventualmente a pessoa jurídica, no caso da desconsideração inversa) fará parte do processo desde o seu início, sendo citado para apresentar defesa, e o julgador decidirá tanto sobre a adequação da sua

38 De forma bastante peculiar, Fredie Didier Jr. aponta a existência de uma terceira via para a provocação do debate judicial visando à aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, lecionado que “é possível formular pedido autônomo de desconsideração da personalidade jurídica, sem que seja cumulado com nenhum outro”, e explicando: “neste caso, o autor propõe a demanda originariamente contra aquele a quem imputa a prática de uso abusivo da personalidade jurídica e em cujo patrimônio pretende buscar a responsabilidade patrimonial - não haverá litisconsórcio nem cumulação de pedidos” (*Curso de Direito Processual civil*. 17. ed. Salvador: Juspodivum, 2015. v. 1, p. 520). Seguimos pensamento diverso, acreditando que não se mostra viável em nossa sistemática processual a existência de “demanda autônoma de desconsideração”.

39 Essa é a orientação adotada pelo Fórum Permanente de Processo Civil, em seu enunciado nº 125, *in verbis*: “Há litisconsórcio passivo facultativo quando requerida a desconsideração da personalidade jurídica, juntamente com outro pedido formulado na petição inicial ou incidentalmente no processo”.

40 De forma didática, Elpídio Donizetti explica: “se o requerimento se der na petição inicial, o sócio ou a pessoa jurídica será citado para contestar o pedido principal e aquele referente à desconsideração. Por exemplo: A propõe demanda em face de B Ltda., para cobrar determinada quantia. Na petição inicial, A requer, ainda, a desconsideração da pessoa jurídica B Ltda. Ao despachar a inicial, o juiz determina a citação de B Ltda. para, se quiser, contestar o crédito, bem como a citação do sócio de B Ltda. Para se manifestar sobre o pedido de desconsideração. Como se trata de responsabilidades com fundamentos distintos, a pessoa jurídica e o sócio serão necessariamente citados” (*Novo código de processo civil comentado*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 116).

responsabilização quanto sobre o mérito da lide, ou seja, o objeto da demanda. A decisão sobre a desconsideração poderá ocorrer durante o curso do processo, na forma de interlocutória, ou vir inserida no corpo da sentença, ao final do feito.

A alegação poderá advir, também, por meio de incidente processual, colocado na nova codificação como espécie de intervenção de terceiros, disciplinada nos artigos 133 a 137⁴¹, na condição de técnica de ingresso *forçado* no processo, com aptidão para produzir eventual litisconsórcio passivo posterior, numa ampliação subjetiva da demanda.⁴²

Tal inovação oferece uma série de vantagens, na medida em que permite o debate e a eventual efetivação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no próprio procedimento, tornando despicienda a instauração de demanda autônoma ou evitando que sejam negligenciados os postulados que balizam o ideal de realização do *processo justo*.

41 Do incidente de desconsideração da personalidade jurídica. Art. 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.

42 Comentando sobre a opção da nova codificação processual, no sentido de inserção do incidente de desconsideração da personalidade jurídica como forma de intervenção de terceiro, Luis Alberto Reichelt anota: “o fato é que, sob o pálio do incidente em questão, o sujeito cujo patrimônio se pretende seja responsabilizado mediante a desconsideração da personalidade jurídica é ‘terceiro’ quando do início do debate processual. Não é ele autor, pois não é o responsável pelo pleito de tutela jurisdicional, nem é réu, dado que não é em face dele que a tutela jurisdicional foi originariamente solicitada. Com o seu ingresso na relação processual, aquele que originariamente era um terceiro passa a assumir a condição de parte, formando com o réu original um litisconsórcio passivo facultativo unitário” (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, p. 249, mar.-abr. 2015).

Até então não havia uniformidade de entendimento sobre a *processualização* da *teoria da desconsideração*, mormente em relação a sua ocorrência durante o processo. Não eram poucos os casos em que os tribunais acolhiam a possibilidade de ampliação da *disregard doctrine* acontecer do curso da demanda, mas desprezando a necessidade de se atender a maiores formalidades prévias, optando por permitir o contraditório diferido, ou seja, postergado para momento posterior ao ato de aplicação do polo passivo. A citação prévia daqueles que seriam atingidos pela ampliação da responsabilidade acabava sendo dispensada, o que colocava em risco a efetivação do ideal de um processo justo, eis que, conforme o ditame constitucional, ninguém poderá ser privado de seus bens sem o devido processo legal. Analisando tal postura dos tribunais, Alexandre Freitas Câmara não poupou críticas a essa técnica procedimental equivocada, argumentando que tal prática:

contraria frontalmente o modelo constitucional de processo brasileiro, já que admite a produção de uma decisão que afeta diretamente os interesses de alguém sem que lhe seja assegurada a possibilidade de participar com influência na formação do aludido pronunciamento judicial.

E depois explica:

ora, se ninguém será privado de seus bens sem o devido processo legal, então é absolutamente essencial que se permita àquele que está na iminência de ser privado de um bem que seja chamado a debater no processo se é ou não legítimo que seu patrimônio seja alcançado por força da desconsideração da personalidade jurídica.⁴³

Por outro lado, não são poucos os precedentes jurisprudenciais em que se verifica a preocupação com o contraditório prévio, como requisi-

43 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; DANTAS, Bruno (Coords.). *Breves comentários ao novo código de processo civil*. São Paulo: RT, 2015. p. 425-27.

to indispensável para a decisão sobre a aplicação incidental da teoria da desconconsideração da personalidade jurídica. Daniel Amorim Assumpção Neves, ao apreciar essa inovação procedimental, lembra que a opção já se fazia presente em precedentes do Superior Tribunal de Justiça, que se fundava nos princípios da celeridade e da economia processual, esclarecendo que “exigir um processo de conhecimento para se chegar à desconconsideração da personalidade jurídica atrasaria de forma significativa a satisfação do direito, além de ser claramente um caminho mais complexo que um mero incidente processual na própria execução ou na falência”, concluindo assim que “tais motivos certamente influenciaram o legislador a consagrar a natureza de incidente processual ao pedido de desconconsideração da personalidade jurídica”.⁴⁴

A novidade da normatização do incidente de desconconsideração traz à tona o debate sobre a possibilidade dessa ampliação de responsabilidade patrimonial vir a ser efetivada de ofício pelo julgador, sem a necessidade, portanto, de provocação da parte interessada (ou do Ministério Público). Nesse aspecto, o *caput* do artigo 133 da nova codificação processual é ratificado pela previsão contida no art. 795, § 4º, dispondo que: “Para a desconconsideração da personalidade jurídica é obrigatória a observância do incidente previsto neste Código”.

Num primeiro momento, parece bastante sedutora a adoção de raciocínio mais simplista, apegado à estrita dicção legislativa, levando à conclusão de que a efetivação da desconconsideração da personalidade jurídica dependeria, sempre, da postulação da parte, conforme perfilhado no texto da lei. Nessa 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 desconconsideração *ex officio*”.⁴⁵

Acreditamos que a questão deve ser focada com base na natureza

44 *Novo código de processo civil: Lei nº 13.105/2015*. São Paulo: Método, 2015. p. 142.

45 *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: RT, 2015. p. 571. No mesmo sentido é a lição de Fredie Didier Jr. (Op. cit., p. 520).

do direito material envolvido na lide, o que nos afasta da aceitação de uma única solução, planejada para todas as matérias, independentemente do objeto envolvido na demanda.

Tomemos como exemplo o Direito do Consumidor, qualificado por uma série de aspectos especiais que permitem que seja visualizado como disciplina de natureza indisponível, de modo a permitir a sua aplicação de ofício pelo julgador. 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 de o Código de Defesa do Consumidor representar norma *de ordem pública e interesse social* (art. 1º). Na oportunidade em que a legislação consumerista regula a teoria da desconsideração da personalidade jurídica (art. 28), há indicação expressa no sentido de que “o juiz poderá aplicar a teoria”. De tudo, há que se concluir que a efetivação da desconsideração da personalidade jurídica nas demandas fundadas na defesa dos direitos do consumidor o juiz poderá instaurar *ex officio* o incidente de desconsideração, tornada despicienda a necessidade de postulação do interessado ou do representante do Ministério Público.⁴⁶ Seguindo-se a lição de Luis Alberto Reichelt:

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 retrocesso.⁴⁷

46 Nesse sentido é a orientação de Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, argumentando: “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 tanto - como o faz, por exemplo, o art. 28, do CDC” (*Curso de processo civil*. São Paulo: RT, 2015. v. 2, p. 106).

47 *A desconsideração da personalidade jurídica no projeto de novo código de processo civil e a efetividade da tutela jurisdicional do consumidor*. Op. cit., p. 247.

Também é interessante destacar que a nova codificação processual faz referência expressa à chamada desconsideração inversa da personalidade jurídica, que representa derivação da noção tradicional da *disregard doctrine*, e que tem alcançado projeção nos últimos tempos. Como a expressão já indica de plano, nessa hipótese o ente personificado é utilizado de forma abusiva para acobertar bens e direitos pessoais de seus sócios⁴⁸ - visíveis ou ocultos -, sendo utilizada com mais intensidade para resolver lides referentes à partilha patrimonial no Direito de Família, quando um dos cônjuges ou companheiros, com a intenção de fraudar a futura divisão de bens em relação ao outro membro do casal, realiza transferências patrimoniais para a pessoa jurídica.⁴⁹ A aceita-

48 Sobre a aplicação da teoria da desconsideração inversa há interessante precedente do STJ: “Desconsideração inversa. Execução. Ação oposta contra sócio administrador, em que se constata a aquisição de bens de uso particular pela empresa administrada. Finalidade da *disregard doctrine* que é a de combater a utilização indevida do ente societário por seus sócios. Interpretação teleológica do CC 50. [...] iii. A desconsideração inversa da personalidade jurídica caracteriza-se pelo afastamento da autonomia patrimonial da sociedade, para, contrariamente do que ocorre na desconsideração da personalidade propriamente dita, atingir o ente coletivo e seu patrimônio social, de modo a responsabilizar a pessoa jurídica por obrigação do sócio controlador. iv. Considerando-se que a finalidade da *disregard doctrine* é combater a utilização indevida do ente societário por seus sócios, o que pode ocorrer também nos casos em que o sócio controlador esvazia o seu patrimônio pessoal e o integraliza na pessoa jurídica, conclui-se, de uma interpretação teleológica do CC 50, ser possível a desconsideração inversa da personalidade jurídica, de modo a atingir os bens da sociedade em razão de dívidas contraídas pelo sócio controlador, conquanto preenchidos os requisitos previstos na norma. v. A desconsideração da personalidade jurídica configura-se como medida excepcional. Sua adoção somente é reconhecida quando forem atendidos os pressupostos específicos relacionados com a fraude ou abuso de direito estabelecidos no CC 50. Somente se forem verificados os requisitos de sua incidência, poderá o juiz, no próprio processo de execução, ‘levantar o véu’ da personalidade jurídica para que o ato de expropriação atinja os bens da empresa. vi. A luz das provas produzidas, a decisão proferida no primeiro grau de jurisdição, entendeu, mediante minuciosa fundamentação, pela ocorrência de confusão patrimonial e abuso de direito por parte do recorrente, ao se utilizar indevidamente de sua empresa para adquirir bens de uso particular” - STJ, 3ª t., REsp. 948117-MS, rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 22.06.2010.

49 No âmbito do Direito de Família, o STJ já decidiu pela aplicação da teoria da desconsideração inversa: “Direito Civil. Recurso especial. Ação de dissolução de união estável. Desconsideração inversa da personalidade jurídica. Possibilidade. Reexame de fatos e provas. Inadmissibilidade. Legitimidade ativa. Companheiro lesado pela conduta do sócio. Artigo analisado: 50 DO CC/02. 1. Ação de dissolução de união estável ajuizada em 14.12.2009, da qual foi extraído o presente recurso especial, concluso ao Gabinete em 08.11.2011. 2. Discute-se se a regra contida no art. 50 do CC/02 autoriza a desconsideração inversa da personalidade jurídica e se o sócio da sociedade empresária pode requerer a desconsideração da personalidade jurídica desta. 3. A desconsideração inversa da personalidade jurídica caracteriza-se pelo afastamento da autonomia patrimonial da sociedade para, contrariamente do que ocorre na desconsideração da personalidade propriamente dita, atingir o ente coletivo e seu patrimônio social, de modo a responsabilizar a pessoa jurídica por obrigações do sócio controlador. 4. É possível a desconsideração inversa da

ção da aplicação dessa modalidade de *disregard doctrine* já havia sido consagrada nas Jornadas de Direito Civil, que, por meio do enunciado nº 283, concluiu que: “é cabível a desconsideração da personalidade jurídica denominada ‘inversa’ para alcançar bens de sócio que se valeu da pessoa jurídica para ocultar ou desviar bens pessoais, com prejuízo a terceiros”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente ensaio foi elaborado com o único escopo de desenhar, de forma sintética, a trajetória percorrida pela teoria da desconsideração da personalidade jurídica, desde o seu surgimento, no contexto do sistema jurídico anglo-saxão, verificando a sua recepção pelo Direito interno e projetando a expectativa sobre a recepção da normatização trazida pela nova codificação processual, preocupada com a aplicação justa da ampliação da responsabilidade para além dos tradicionais limites de comprometimento patrimonial da pessoa jurídica.

Cumprido o percurso, podemos identificar a presença de três grandes momentos que compõem a *história* da teoria da desconsideração no cenário jurídico brasileiro: (a) a fase da recepção pretoriana, (b) a fase da positivação e (c) a fase do processo justo.

A primeira etapa do reconhecimento da aplicabilidade da *piercing the corporate veil* decorreu essencialmente do ativismo jurisprudencial, que, num diálogo direto com a doutrina, fincou as bases de sedimentação da sua adequação ao pensamento jurídico nacional, como espécie de antídoto para os mais diversos casos de atualização abusiva da per-

personalidade jurídica sempre que o cônjuge ou companheiro empresário valer-se de pessoa jurídica por ele controlada, ou de interposta pessoa física, a fim de subtrair do outro cônjuge ou companheiro direitos oriundos da sociedade afetiva. 5. Alterar o decidido no acórdão recorrido, quanto à ocorrência de confusão patrimonial e abuso de direito por parte do sócio majoritário, exige o reexame de fatos e provas, o que é vedado em recurso especial pela Súmula 7/STJ. 6. Se as instâncias ordinárias concluem pela existência de manobras arquitetadas para fraudar a partilha, a legitimidade para requerer a desconsideração só pode ser daquele que foi lesado por essas manobras, ou seja, do outro cônjuge ou companheiro, sendo irrelevante o fato deste ser sócio da empresa. 7. Negado provimento ao recurso especial” - REsp nº 1.236.916/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. em 28.10.2013.

sonalidade jurídica. Esse período, que tem início nos albores da década de 70 do século passado, ganhou fôlego a partir do decênio seguinte, quando, mesmo desprovida de qualquer base normativa, a teoria da desconsideração alcançou espaço cativo nos debates jurídicos pátrios.

A insegurança da casuística estimulou o legislador a buscar balizas mais seguras para a justificativa da aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, de forma que, a partir da publicação do Código de Defesa do Consumidor, em 1990, houve a proliferação de uma série de previsões normativas esparsas, que culminaram com a inserção da cláusula geral do artigo 50 da codificação civil de 2002.

Vencidas essas etapas, passa-se agora a voltar os olhos para a prática da desconsideração da personalidade jurídica dentro do contexto do processo civil. O codificador processual de 2015, verificando que o tema ainda carecia de maior atenção, passou a dispor sobre as formalidades a serem observadas na sua efetivação dentro do processo, pois a normatização de procedimentos representa pilar indispensável para a consolidação do ideal de segurança jurídica, sendo, por consequência, inevitável num modelo de Direito comprometido com o postulado maior do devido processo legal.

Com o presente ensaio, esperamos ter deixado alguma contribuição para a evolução do debate jurídico sobre esse tema de especial relevância para o Direito atual, que é a teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Guilherme Rizzo. *Comentários às alterações do novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BRUSCHI, Gilberto Gomes. *Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Breves comentários ao novo código de processo civil*. Coordenadores Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr. e Bruno

Dantas. São Paulo: RT, 2015.

CAPUTO, Leandro Javier. *Inoponibilidad de la personalidad jurídica societaria*. Buenos Aires: Astrea, 2006.

CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa; JORGE NETO, Francisco Ferreira. O incidente da desconsideração da personalidade jurídica no NCPC e o processo do trabalho. *Revista Eletrônica: o novo CPC e o processo do trabalho*, TRT da 9ª Região, v. 4, n. 44, set. 2015.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 2: direito de empresa.

_____. *Desconsideração da personalidade jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima*. São Paulo: RT, 1976.

_____. *O poder de controle na sociedade anônima*. 6. ed., atualizada por Calixto Salomão Filho. São Paulo: RT, 2014.

CORDEIRO, António Menezes Cordeiro. *O levantamento da personalidade coletiva no direito civil e comercial*. Coimbra: Almedina, 2000.

_____. *Responsabilidade civil dos administradores*. Coimbra: Almedina, 1997.

DIAS, Handel Martins. Análise crítica do projeto de novo código de processo civil com relação à desconsideração da personalidade jurídica. *Revista Síntese Direito Empresarial*, v. 32, p. 48-76, maio-jun. 2013.

DIDIER, Fredie Jr. *Curso de Direito Processual civil*. 17. ed. Salvador: Juspodivum, 2015. v. 1.

_____. Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica. In: DIDIER JR., Fredie; MAZZEI, Rodrigo (Coords.). *Reflexos do novo código civil no Direito Processual*. 2. ed. Salvador: Juspodivum, 2007. p. 159-177.

DONIZETTI, Elpidio. *Novo código de processo civil comentado*. São Paulo: Atlas, 2015.

GARRIGUES, Joaquín. *Curso de derecho mercantil*. Bogotá: Editorial Themis, 1987. Tomo II.

GOMES, Luiz Roldão de Freitas. Desconsideração da personalidade jurídica. *O Direito*, v. 1, p. 08, 1990.

KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. *A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

LIPTON, Phillip. The mythology of Salomon's case and the Law dealing with the tort liabilities of corporate groups: an historical perspective. *Monash University Law Review*, v. 40, n. 2, p. 452-487, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*. São Paulo: RT, 2015. v. 2.

MAZZEI, Rodrigo. Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica no código de defesa do consumidor e no projeto do novo código de processo civil. *Revista Síntese Direito Empresarial*, v. 24, p. 09-40, jan.-fev. 2012.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo código de processo civil comentado*. São Paulo: RT, 2015.

MESSINEO, Francesco. *Doctrina general del contrato*. Buenos Aires: El Foro, 1986.

MOEREMANS, Daniel E. Extensión de la responsabilidad de los socios en las sociedades de capital en virtud del 'Disregard of the Legal Entity. *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, v. 22, n. 131, p. 713, out. 1989.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de. *Comentários ao código de processo civil comentado*. São Paulo: RT, 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo código de processo civil: lei nº 13.105/2015*. São Paulo: Método, 2015.

OLIVEIRA, Lamartine Corrêa de. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979.

REICHELTL, 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, São Paulo, p. 245-259, mar.-abr., 2015.

REQUIÃO, Rubens. Abuso e fraude através da personalidade jurídica (disregard doctrine). *Revista dos Tribunais*, v. 410, p. 12-24, dez. 1969.

RODA, Carmem Boldó. *Levantamiento del velo y persona jurídica en el derecho privado español*. 2. ed. Pamplona: Editorial Aranzadi, 1997.

SCALZILLI, João Pedro. *Confusão patrimonial no direito societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

SESMA, Victoria Iturralde. *El precedente en el common law*. Madri: Civitas, 1995.

SILVA, Alexandre Couto. *A aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2009.

TARTUCE, Flávio. *O novo CC e o direito civil: impactos, diálogos e interações*. São Paulo: Método, 2015.

THOMPSON, Robert B. Piercing the corporate veil: na empirical study. *Cornell Law Review*, v. 76, p. 1.036-1.073, jul. 1991.

WORMSER, I. Maurice. *Disregard of the corporate fiction and allied corporation problems*. Waschington, D.C.: Beardbooks, 2000. Edição fac-símile.

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

UMA CRÍTICA HERMENÊUTICA AO PROTAGONISMO JUDICIAL: APONTAMENTOS PARA UM PROCESSO JURISDICIONAL DEMOCRÁTICO

FRANCISCO JOSÉ BORGES MOTTA¹

I. SITUANDO O PROBLEMA: O PROTAGONISMO JUDICIAL NO MODELO SOCIAL DE PROCESSO, NO POSITIVISMO JURÍDICO E NA FILOSOFIA DA CONSCIÊNCIA

No presente trabalho, defenderei uma proposta de *refundação constitucionalmente adequada do Direito Processual Civil brasileiro*, por meio de uma crítica ao chamado *protagonismo judicial* - aqui entendido como a expansão de poderes interpretativos e institucionais da figura judicial no âmbito do processo jurisdicional.²

1 Mestre e doutor em Direito Público (Unisinos). Professor da Fundação Escola Superior do Ministério Público. Promotor de Justiça no Estado do Rio Grande do Sul.

2 O presente texto foi publicado originalmente entre os anais do II Congresso Internacional Jurisdição, Constituição e Democracia, realizado na Unisinos, ainda em 2010. Realizei aqui pequenos ajustes, cortes e atualizações, mas procurei mantê-lo, em geral, tal como publicado. Retomo agora este trabalho porque a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil (NCPC) demonstra, curiosamente, em alguma medida, a sua *atualidade*. A rigor, o respeito ao contraditório em sentido substantivo (arts. 9º e 10 do NCPC), a exigência de decisões fundamentadas de maneira *completa* (art. 489 do NCPC) e, mesmo, a aproximação entre a disciplina processual da decisão jurídica com o pensamento de Dworkin (art. 926 do NCPC), tidos como algumas

Situo, de plano, algumas das molas propulsoras desse fenômeno.

A uma, há uma raiz histórica no movimento de *socialização processual*, que ganhou corpo ao longo do século XIX, como uma resposta ao modelo liberal de processo, no qual o juiz ocupava o papel de mero espectador, sem ingerências interpretativas que pudessem causar embaraço às partes e às relações que as envolviam (NUNES, 2009, p. 350). *O protagonismo era, então, das partes*. A degeneração dessa experiência deu ao processo contornos de um jogo, de uma batalha, na qual o mais forte sempre vencia. A partir daí é que aparece, nas obras de autores como Anton Menger, Franz Klein e Oskar von Bülow, um discurso de ampliação dos poderes judiciais tanto no controle da marcha processual como no accertamento dos fatos, voltada, em maior ou menor medida, para a restauração do equilíbrio material entre os titulares da relação jurídica privada levada a julgamento. O resultado é um modelo solitário de aplicação do Direito pelo juiz, com a diminuição da importância do papel das partes. Repare-se: aqui, o processo já passa a ser visto como um *instrumento da jurisdição*, esta entendida como a atividade de o juiz aplicar (dizer) o Direito.

A duas, é possível identificar uma imbricação nada sutil entre o protagonismo judicial e o *positivismo jurídico*, ponto que fica visível a partir do célebre debate entre Hart e Dworkin. Sabe-se que, para Hart, o sistema jurídico é composto por uma combinação de regras primárias (que impõem deveres, dizendo respeito a ações que envolvem movimentos ou mudanças físicas) e secundárias (que atribuem poderes públicos ou privados, permitindo a criação ou alteração de deveres ou obrigações), cuja fonte última de normatividade é *social* (*aceitação* por parte da comunidade, fonte de autoridade da sua *regra de reconhecimento*). O que importa perceber é que todas essas regras que integram o sistema jurídico são compostas, em Hart, por uma *textura aberta*, cujo preenchimento compete ao juiz, de forma discricionária (fala-se,

das principais *inovações* do NCPC, já vinham sendo objeto de minhas pesquisas desde, pelo menos, 2006. Para um aprofundamento das noções aqui sumariamente expostas, permito-me remeter o leitor ao meu: MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

em última análise, numa *escolha* entre as *aplicações possíveis*); portanto, dirá o jusfilósofo inglês, “há, na verdade, áreas de conduta em que muitas coisas devem ser deixadas para serem resolvidas pelos tribunais” (HART, 1988, p. 148). Essa temática fica bem presente na solução dos casos ditos *não contemplados* pelas regras, os famosos *casos difíceis* (*hard cases*). O problema é que a discricionariedade judicial, no sentido *forte*, trabalhado por Dworkin (compreendida como a ausência de limites, por parte do titular do *poder discricionário*, de quaisquer *standards* estabelecidos por outra autoridade), estará *sempre* presente, “deixando muitas coisas”, mesmo, para serem resolvidas pelo juiz.

Note-se agora como essas duas temáticas se interpenetram e complementam: de um lado, atribuem-se grandes poderes processuais ao juiz, ampliando a sua ingerência na condução e resolução dos conflitos, expandindo seus espaços e oportunidades de fala; de outro, o modelo positivista, que reconhece os limites da linguagem (no sentido de que seria impossível ao texto da regra prever prévia e exatamente a integralidade de suas hipóteses aplicativas), deixa a descoberto a questão sobre o acerto ou o erro da decisão judicial na aplicação das regras componentes do sistema: no quadro do campo da discricionariedade, a decisão judicial estará *sempre* certa (KAUFMANN, 2002, p. 157).

Tudo isso converge para o protagonismo judicial.

Claro que, no pano de fundo disso tudo (em especial, do positivismo jurídico), há uma questão filosófica que está encoberta. Lenio Streck vai ao ponto quando denuncia que parcela majoritária dos juristas ainda pensa que o ato jurisdicional é um *ato de vontade* (Kelsen). Consequentemente, esse ato representaria uma *manifestação da razão prática*, ficando fora das possibilidades do conhecimento teórico. Isso faz com que se combinem a questão da interpretação entendida como ato de vontade e a separação entre Direito e moral (obra do positivismo jurídico): ambos fazem parte daquilo que, desde os gregos, chamamos de filosofia prática e que, na modernidade kantiana, recebeu o nome de razão prática. Ou seja, o positivismo *aposta na discricionariedade* porque o paradigma filosófico no qual está assentado *não consegue apresentar*

uma solução satisfatória para a aporia decorrente da dicotomia “razão teórica-razão prática”. Resultado disso, no campo jurídico, é a admissão de múltiplas respostas em Direito como uma espécie de *fatalismo*, como algo incontornável (STRECK, 2010, p. 14).

Se o problema é complexo, e é, não haveria de ser simples a sua solução.

2. ENFRENTANDO O PROBLEMA: O PROCESSO JURISDICIONAL DEMOCRÁTICO E A TESE DAS RESPOSTAS CORRETAS EM DIREITO

O primeiro passo a ser dado, penso, é reconhecer o protagonismo judicial como *um problema* para a produção democrática do Direito; depois, como um problema *possível de ser enfrentado*. Em pelo menos duas frentes.

Primeiro, chamo a atenção para o fato de que o modelo social de processo, especialmente da forma como vem sendo trabalhado/aplicado/pensado no país³, não tem como ser adequado ao paradigma instaurado por uma Constituição democrática. Devemos ter bem presente que, nos quadros de um Estado Democrático de Direito, a questão central do Direito contemporâneo reside no estabelecimento das condições de sua legitimação democrática, ou seja, na problematização das condições de validade/legitimidade do provimento jurisdicional. Parece evidente a observação de que o processo também deve ser pensado nessa perspectiva. Essa tarefa será obviamente problemática, contudo,

3 O caso brasileiro é curioso. Por aqui, pelo menos desde a década de 1990, o chamado *neoliberalismo processual* (Dierle Nunes) apropriou-se do discurso socializante da jurisdição (fundamentalmente, do argumento do *acesso à justiça*) para desnaturá-lo; permite-se a produção de decisões em larga escala, na lógica da produtividade, sem, contudo, uma preocupação real com a aplicação social do Direito ou com a produção de respostas constitucionalmente adequadas. O papel judicial aumenta, mas sem uma estrutura institucional que lhe permita o exercício socializador da atividade decisória (afinal, cobra-se do juiz, sobretudo, produtividade - art. 93, II, c, da CRFB/88). Conferir, necessariamente, sobre esse tema: NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2008. Veja-se que o NCPC, ao reforçar o papel do contraditório no desenvolvimento do processo, e ao exigir decisões com fundamentação completa e *participada*, aponta o caminho para o enfrentamento desse estado de coisas.

se pretendermos trabalhar com uma matriz teórica de corte publicista/socializador, especialmente se essa concepção for entendida como formalmente legitimadora de decisões *livremente* criadas pela magistratura (diríamos, falando com Lenio Streck, concebidas fora do filtro das respostas constitucionalmente adequadas, das *boas respostas*). Entenda-se: as formas de legitimação próprias do Estado Social são incompatíveis com a tensão *soberania popular-direitos fundamentais*, estes compreendidos em sua reciprocidade constitutiva (Habermas), própria de uma democracia. Para que se mantenha o referente democrático da autolegislação, portanto, o processo deve dar conta do desafio de *controlar a atividade judicial de um Estado Democrático de Direito*. E não há como fazê-lo se insistirmos na compreensão de que o processo é um *instrumento da jurisdição*, especialmente se esta for compreendida como a atividade judicial de “dizer o Direito” (*sic*).⁴ No final deste trabalho, pretendo oferecer apontamentos mínimos sobre como fazê-lo, *no entremeio de um processo jurisdicional democraticamente compreendido*. Por enquanto, fiquemos com a nota de que a questão da legitimidade democrática das decisões judiciais é o tema a ser enfrentado pela teoria processual contemporânea.

Segundo, faço coro a Lenio Streck quando este afirma que a “decisão discricionária é espécie de embuste ou tergiversação sofisticada para o acolhimento de sentenças e acórdãos absolutamente divorciados do filtro constitucional da resposta correta” (STRECK, 2010, p. 14). Em definitivo, o positivismo jurídico não responde satisfatoriamente à pergunta pela legitimidade democrática das decisões tomadas pelo Poder Judiciário. Para explicar isso melhor, recorro a Dworkin.

4 Veja-se que, para Cândido Rangel Dinamarco (fundador da Escola da Instrumentalidade do Processo no país), a jurisdição é “uma das expressões do poder estatal”, sendo que a legitimidade do sistema processual estaria na sua “compatibilidade com a carga de valores amparados pela ordem sociopolítico-constitucional do país”; assim, a legitimidade da jurisdição seria um “fenômeno sociológico”, que se manifestaria através de “aceitação geral do poder” (DINAMARCO, 2005, p. 387-8). Averbos que os vínculos entre a Instrumentalidade do Processo e a doutrina *Estatalista* - que edificou o Estado Liberal do continente europeu do século XIX - já foram bem evidenciados por Rafael Tomaz de Oliveira e Georges Abboud no seu “O dito e o não dito sobre a instrumentalidade do processo: críticas e projeções a partir de uma exploração hermenêutica da teoria processual”. *Revista de Processo*, ano 33, n. 166, p. 27-70, dez. 2008.

Repare-se que, numa leitura dworkiniana, um Estado Democrático somente encontrará justificativa moral e política se, através do Direito, vier a garantir os direitos políticos *preferenciais* (*background rights*) dos cidadãos, em especial aqueles derivados do *direito abstrato à igual consideração e respeito* (*right to equal concern and respect*) (DWORKIN, 2002, p. XI-XXI).⁵ Para Dworkin, o estatuto dos direitos (no sentido “forte”⁶) preexiste ao do Estado (*government*). E, visando ao resguardo *desses direitos*, o juiz deve ter em conta as imposições de *moralidade* representadas pelos *princípios jurídicos*⁷, aqui entendidos como padrões de julgamento morais, articulados em favor de direitos, sobretudo nos chamados *hard cases* (casos difíceis, ou controversos). Quer dizer, não há apenas *regras*, mas também *princípios* com força normativa. E isso faz toda a diferença.

O ponto é que, para um positivista (Dworkin fala no “juiz Herbert”), quando as regras de Direito forem vagas ou indeterminadas, os litigantes não terão nenhum direito institucional preexistente, de modo que qualquer decisão que ele possa vir a tomar será sempre um novo elemento de legislação (por isso que não se questiona seu erro ou acerto)

-
- 5 O jusfilósofo explica melhor o conceito do fundamental *direito à consideração e respeito* na seguinte passagem: “Presumo que todos aceitamos os seguintes postulados da moral política. O governo deve tratar aqueles a quem governa com consideração, isto é, como seres humanos capazes de sofrimento e de frustração e com respeito, isto é, como seres humanos capazes de formar concepções inteligentes sobre o modo como suas vidas são vividas, e de agir de acordo com elas” (DWORKIN, 2002, p. 419). Em realidade, a filosofia política de Dworkin é ainda mais sofisticada e complexa. Ele dirá mais adiante que a igual consideração é pré-requisito da legitimidade política (“a consideração igualitária é a virtude soberana da comunidade política”) e, para explicar isso melhor, desenvolverá a concepção de uma forma de igualdade material chamada “igualdade de recursos”, baseada em dois princípios fundamentais do individualismo ético: o princípio da igual importância (“é importante, de um ponto de vista objetivo, que a vida humana seja bem-sucedida, em vez de desperdiçada, e isso é igualmente importante, daquele ponto de vista objetivo, para cada vida humana”) e o princípio da responsabilidade especial (“embora devamos reconhecer a igual importância objetiva do êxito da vida humana, uma pessoa tem responsabilidade especial e final por esse sucesso - a pessoa dona de tal vida”) (DWORKIN, 2005a, p. I-XV).
- 6 Ter direito no sentido “forte” (*having a right*) significa que os outros não devem interferir numa (determinada) ação; ou seja, significa que seria errado interferir na realização daquela ação ou, pelo menos, que necessitamos de razões especiais para justificar qualquer interferência (DWORKIN, 2002, p. 289-91).
- 7 Tenhamos presente que, para Dworkin, *princípio* é “um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade” (DWORKIN, 2002, p. 36).

(DWORKIN, 2002, p. 202); em contrapartida, se os tais direitos preferenciais preexistem ao Estado e, conseqüentemente, ao caso (compreendido como) complexo, também neste caberá ao juiz preservar (desenvolver uma argumentação que favoreça) os direitos das partes. É nesse sentido que se invoca o caráter normativo das citadas imposições de perfil moral (justiça, equidade) veiculadas pelos princípios, que deverão exercer uma certa “força gravitacional” sobre a argumentação judicial.

Mas atenção: Dworkin não vê (e, diga-se, já não via no *Levando os direitos a sério*) uma relação de “oposição” entre “regras” e “princípios”; na verdade, para ele, o Direito só faz sentido quando entendido como unidade coerente, como “integridade”, como se verá. Daí a necessidade de desenvolver, *caso a caso*, uma justificativa que “enlace” ambos os padrões de julgamento como componentes de uma personificação moralmente íntegra. Ou seja, qualquer teoria do Direito que se preze deve fornecer uma “base” para o dever judicial, de modo que os princípios devem tentar *justificar* as regras estabelecidas; para isso, contudo, é preciso identificar as preocupações e tradições morais da comunidade que efetivamente sustentam essas regras (sendo esse o trabalho do jurista encarregado da teoria, bem entendido) (DWORKIN, 2002, p. 106). Noutras palavras, o operador do Direito precisa identificar, nos princípios, o “sentido” das regras. E essa tarefa é uma tarefa visceralmente *interpretativa (pragmático-problemática)*.⁸

No fio dessas premissas é que, finalmente, Dworkin recusará a já citada discricionariedade “forte” atribuída por Hart (e pelo positivismo jurídico em geral) aos juízes, afirmando a existência de uma obrigação jurídica “sempre que as razões que sustentam tal obrigação, em termos de princípios jurídicos obrigatórios de diferentes tipos, são mais fortes

8 As considerações mais lúcidas que há a respeito do conceito de princípio na contemporaneidade são de Rafael Tomaz de Oliveira, que se refere à denominação *princípios pragmático-problemáticos* para situar o conceito de princípio que se forma a partir da tradição que, no continente, passa a se constituir no horizonte do segundo pós-guerra, a partir da qual se passa a dar primazia para o “momento” concreto da aplicação do Direito, em detrimento do “momento” abstrato-sistemático no uso dos conceitos anteriores (princípios epistemológicos e princípios gerais do Direito) (OLIVEIRA, 2008, p. 229).

do que as razões contra a existência dela” (DWORKIN, 2002, p. 71). Aqui é que surge a prenunciada tese que defende a existência da “única resposta correta” (*the one right answer*), ou da *boa resposta*⁹, que “seria aquela que resolvesse melhor a dupla exigência que se impõe ao juiz, ou seja, fazer com que a decisão se harmonize o melhor possível com a jurisprudência anterior e ao mesmo tempo a atualize (justifique) conforme a moral política da comunidade” (ROCHA, 2003, p. 99).¹⁰ Numa palavra, a exigência das respostas ditas *corretas* (hermeneuticamente-constitucionalmente adequadas, para falarmos com Lenio Streck) é, ao mesmo tempo, uma forma de preservação de direitos institucionais (*fundamentais*, se se quiser) e uma defesa candente da democracia.

Falei antes que essa tarefa - a saber, a tarefa de construção da *resposta correta*, de uma *boa resposta* - era uma tarefa interpretativa. Essa proposição parte do suposto de que há, sim, *interpretações melhores do que outras*, ou seja, de que a tarefa interpretativa não é relativista. Não fosse assim, não haveria maior ganho em relação ao positivismo jurídico e à sua *discricionariedade judicial* (no âmbito da discricção, uma proposta interpretativa é tão correta quanto qualquer outra). A chave está em dar-se conta de que *interpretação é filosofia*, aspecto presente tanto em Dworkin (em especial, com a sua *interpretação construtiva*) como na filosofia de Hans-Georg Gadamer (Hermenêutica Filosófica) - o que justifica a aproximação desses autores, na linha do que percebeu, de forma original, Lenio Streck.

De forma bastante resumida, é preciso deixar dito que não há uma cisão entre os momentos de compreensão-interpretação-aplicação, ou

9 Dou preferência à expressão “boa resposta” a “resposta correta” tão somente para aliviar a tese da “carga semântica” que a noção de “correto” *versus* “incorreto”, não raramente associada ao *logos* matemático e às ciências naturais, costuma carregar consigo. Uma decisão “boa”, para mim, terá assumido a tentativa de ser a “única correta” de que fala Dworkin, devendo ser dito desde já que a “tese da resposta correta” é uma teoria sobre a responsabilidade judicial, uma espécie de “obrigação de meio”, e não, propriamente, de “resultado”. Mas deixo dito com todas as letras: quando falo em “boas respostas”, não digo nada muito diferente do que as “respostas corretas” de Dworkin (se o juízo de “correção” for hermeneuticamente compreendido) ou do que as respostas “hermeneuticamente/constitucionalmente adequadas” de Lenio Streck.

10 ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia jurídica e democracia*. 2. ed. São Leopoldo: Unisinos, 2003. p. 99.

seja, que somente compreendemos e interpretamos *aplicando*. Gadamer explica, com a sua *applicatio*, que não há uma divisão temporal entre compreensão e aplicação, isto é, que não se trata de primeiro compreender um texto para depois poder aplicá-lo a situações cotidianas, mas, antes, a compreensão, quando ocorre, já traz em si o momento da aplicação (SILVA FILHO, 2003, p. 87). Até porque *interpretamos sempre*, e não apenas textos ou práticas sociais. No plano jurídico, essa percepção nos permite afirmar que não há, na formação do ato decisório, um primeiro momento em que haja uma identificação das “margens” ou “balizas” do que “diz” o Direito para que, num segundo momento, aí sim, já estabelecida a “margem de liberdade” do juiz, as suas “escolhas possíveis”, seja tomada a decisão (feita a “escolha”). Portanto, não se identifica *primeiro* o direito para *depois* interpretá-lo. Não é de outra forma que Dworkin aborda os seus célebres “casos difíceis”; também neles não se identifica primeiro o direito para depois interpretá-lo. Nas suas próprias palavras: “os juízes não decidem os casos difíceis em duas etapas, avaliando, num primeiro momento, os limites das restrições institucionais, para só então deixar os livros de lado e resolver as coisas a seu próprio modo”; e isso justamente porque há uma inevitável *antecipação do sentido (prático) do todo em qualquer tentativa de interpretação*, o que permite dizer que “as restrições institucionais que eles [os juízes] intuem estão disseminadas, e perduram até a própria decisão” (DWORKIN, 2002, p. 136).

Claro: o exsurgir da compreensão dependerá da faticidade e historicidade do intérprete. E essa tensão “faticidade-historicidade”, explica Lenio Streck, é o lócus da pré-compreensão (conceitualidade prévia), condição de possibilidade para qualquer interpretação (STRECK, 2004, p. 212). Dessa forma, é impossível que o intérprete se situe “fora” da *tradição*; ele sempre falará a partir dela, de uma situação hermenêutica (STRECK, 2004, p. 216). Essa *inevitabilidade* fará com que se reconheça, com Gadamer, uma certa *autoridade* à tradição, que nos permitirá, finalmente, verificar a *legitimidade* dos nossos preconceitos (sim, há preconceitos legítimos!) (GADAMER, 2004, p. 368). Levanto esse aspec-

to porque, entre a autoridade da *tradição* gadameriana e a concepção do “Direito como integridade” (Dworkin), há um importante ponto de contato que pretendo explicitar.

Com efeito, a tese do “Direito como integridade”¹¹ supõe que as pessoas têm direito a uma extensão coerente, e fundada em princípios, das decisões políticas do passado, mesmo quando os juízes divergem profundamente sobre seu significado (DWORKIN, 2003, p. 164). Sendo mais claro, trata-se de compreender o Direito como “totalidade”, sustentando que as pessoas têm como pretensões juridicamente protegidas todos os direitos que são patrocinados pelos princípios que proporcionam a melhor justificativa da prática jurídica como um todo (lembramos da chamada *hipótese estética*¹²) (DWORKIN, 2003, p. 186). Dworkin parte do pressuposto de que a “integridade política”, entendida como a necessidade de que “o governo tenha uma só voz e aja de modo coerente e fundamentado em princípios com todos os seus cidadãos, para estender a cada um os padrões fundamentais de justiça e equidade que usa para alguns”, é uma virtude política - tanto quanto a justiça e a equidade, diga-se¹³ -, uma exigência específica da moralidade política

11 Repare-se que as noções de *integridade* e *coerência*, entendidas como padrões que devem ser observados por juizes e tribunais, foram incorporadas pelo art. 926 do NCPC - numa clara deferência às teses de Dworkin. Não há como deixar de referir, neste ponto, a decisiva participação de Lenio Luiz Streck no curso do processo legislativo, tanto na defesa doutrinária de que as decisões judiciais devam respeitar coerência e integridade quanto na sugestão específica de emenda à redação inicial do dispositivo no anteprojeto (que previa apenas a exigência de que fosse preservada a *estabilidade* - e não a *coerência* e a *integridade* - da jurisprudência).

12 Veja-se: preocupado em identificar, na literatura, interpretações que se ocupem do “objetivo ou significado da obra como um todo”, Dworkin trabalhará com uma categoria por ele chamada de “hipótese estética”, que consiste no seguinte: “a interpretação de uma obra literária tenta mostrar que maneira de ler (ou de falar, dirigir ou representar) o texto revela-o como a melhor obra de arte”; essa tal “hipótese estética” serve para defender o argumento de que as teorias acadêmicas de interpretação deixam de ser vistas como análises da própria ideia de interpretação (o que é interpretar?) e passam a ser candidatas à melhor resposta para a questão substantiva colocada pela interpretação (qual, enfim, a “melhor” maneira de realizar a atividade?); a conclusão de Dworkin, diante desse quadro, é virtuosamente hermenêutica: “não há mais uma distinção categórica entre a interpretação, concebida como algo que revela o real significado de uma obra de arte, e a crítica, concebida como avaliação do seu sucesso e importância”, justamente porque “convicções valorativas sobre a arte figuram em ambos os julgamentos” (DWORKIN, 2005b, p. 222-227).

13 Dworkin afirma que a integridade não seria uma virtude política necessária num Estado utópico, em que a coerência seria garantida por uma atuação sempre justa e imparcial das autoridades. “Na política comum, contudo, devemos tratar a integridade como um ideal independente se a admitirmos por inteiro, pois pode entrar em conflito com esses outros ideais”; tenha-se presente

de um Estado (personificado como um “agente moral”¹⁴) que deve tratar os indivíduos com igual consideração e respeito (DWORKIN, 2003, p. 201-2).

A ideia, *grosso modo*, é acrescentar ao ideal da autolegislação (presente em Kant e Rousseau) a noção de “integridade”, já que “um cidadão não pode considerar-se o autor de um conjunto de leis incoerentes em princípio, nem pode ver tal conjunto como algo patrocinado por alguma vontade geral rosseauiana”; com isso, o jusfilósofo norte-americano julga que a integridade está ligada à questão da legitimidade da coerção oficial, ou seja, contribui para justificar o Direito como “uma fonte de obrigações genuínas” (DWORKIN, 2003, p. 227-32). Entenda-se: para Dworkin, os integrantes de um ambiente democrático são componentes de uma *comunidade de princípios* que endossa a integridade, na medida em que aceita “a promessa de que o direito será escolhido, alterado, desenvolvido e interpretado de um modo global, fundado em princípios”; assim, “uma comunidade de princípios, fiel a essa promessa, pode reivindicar a autoridade de uma verdadeira comunidade associativa, podendo portanto, reivindicar a autoridade moral - suas decisões coletivas são questões de obrigação, não apenas de poder - em nome da fraternidade” (DWORKIN, 2003, p. 258).¹⁵

Nessa coordenada, o Direito como integridade pede que os juízes

que, no contexto destas reflexões, a equidade “é uma questão de encontrar os procedimentos políticos - métodos para eleger dirigentes e tornar suas decisões sensíveis ao eleitorado - que distribuem o poder político de maneira adequada”, e que a justiça “se preocupa com as decisões que as instituições políticas consagradas devem tomar, tenham ou não sido escolhidas com equidade” (DWORKIN, 2003, p. 200 e 214).

14 Dworkin defende o ponto de que a comunidade pode ser personificada como um “agente moral”, querendo dizer com isso que “a comunidade como um todo tem obrigações de imparcialidade para com seus membros, e que as autoridades se comportam como agentes da comunidade ao exercerem esta responsabilidade” (DWORKIN, 2003, p. 211-2).

15 Saliento que essas noções todas estão concatenadas com a concepção de “participação moral” (um vínculo entre um indivíduo e um grupo pelo qual seja *justo* que o indivíduo seja responsável pelos atos do grupo) desenvolvida por Dworkin no seu *O direito da liberdade: a leitura moral da constituição norte-americana*. Em síntese, “uma comunidade política não pode fazer de nenhum indivíduo um membro moral se não der a essa pessoa uma *participação* em qualquer decisão coletiva, um *interesse* nessa decisão e uma *independência* em relação à mesma decisão” (DWORKIN, 2006, p. 32-40). Ainda nessa linha vem a afirmação (em obra posterior) de que a democracia é “uma parceria no autogoverno coletivo, na qual todos os cidadãos têm a oportunidade de serem ativos e parceiros iguais” (DWORKIN, 2005a, p. 497).

(e, acrescento, que os demais atores jurídicos) admitam, *tanto quanto possível* (lembramos que se trata de uma teoria sobre suas responsabilidades, antes do que sobre as respostas consideradas em si mesmas), que o Direito é estruturado “por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, e pedelhes que os apliquem nos novos casos que se lhes apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas” (DWORKIN, 2003, p. 291). E isso exigirá que o juiz (e, concretamente, que cada um dos demais participantes de um processo) “ponha à prova sua interpretação de qualquer parte da vasta rede de estruturas e decisões políticas de sua comunidade, perguntando-se se ela poderia fazer parte de uma teoria coerente que justificasse essa rede como um todo” (DWORKIN, 2003, p. 294).¹⁶

Assim, é possível afirmar que o juiz, quando compreende o Direito regido pela integridade, não pratica “inovações” com as suas decisões (nem mesmo quando decide os tais “casos difíceis”); ele simplesmente *desvela* (*des-cobre*) qual é o Direito no caso apresentado (CHAMON JÚNIOR, 2004, p. 98). Mas atenção: com isso não estou afirmando que as respostas já estejam “prontas” no Direito - isso seria fechar os olhos à hermenêutica, coisa que não faço e que Dworkin também não faz! -, nem que Dworkin seja algo como um “jusnaturalista”. Na verdade, deve-se partir “de uma concepção de integridade que envolve obrigações e direitos recíprocos fundados em um sistema de princípios *historicamente formado e assumido*”, de modo que a noção que fundamenta a sua teoria do Direito não vem *a priori*: ela é socialmente construída (CHAMON JÚNIOR, 2004, p. 98).

Construída, eu diria - retomando o foco -, no âmbito do *processo*.

16 Uma observação importante: a (recorrente) pretensão de pensar na “totalidade” do Direito, ou no Direito como um “todo”, não pode ser compreendida como um resvalo metafísico, como se o “todo” pudesse ser acessado (ou mesmo compreendido) por alguém individualmente considerado. Sabemos que “a totalidade de sentido que se deve compreender na história ou na tradição jamais se refere ao sentido do todo da história”, na medida em que o próprio “conceito do todo só pode ser compreendido relativamente”; significa dizer, a tradição histórica, aqui, não deve ser pensada “como objeto da compreensão história ou como uma concepção filosófica, mas como um momento efetual do próprio ser” (GADAMER, 2004, p. 22).

Aqui, advirto que Dworkin não aposta fichas num juiz “protagonista”, que, sozinho, decidiria todos os casos; nem acredita que a “única decisão correta aqui e agora” não seja mais modificável. Tenha-se presente que uma decisão *correta* é aquela construída em conjunto com as partes, em um processo que se desenvolve com seus próprios princípios e limitações. Não nos esqueçamos de que, no Brasil, o juiz só poderá agir no processo e de acordo com os princípios processuais (OMMATI, 2004, p. 162-3). Assim, a “única decisão correta é sempre uma construção compartilhada, através do processo, com as partes dando suas razões e contrarrazões, apresentando suas provas, é dizer, agindo em contraditório” (OMMATI, 2004, p. 162-3).

Por fim, e exatamente por tudo o que já se disse, devo acrescentar ainda que Dworkin defende a tese - e com ele concordo - de que as decisões judiciais devem ser geradas por princípios, e não por políticas.¹⁷ O caso é que, a partir do momento que aceitamos que o Judiciário deve tomar decisões políticas importantes (e a chamada *judicialização da política* de fato ocorre, de forma contingencial, em países como o Brasil), deve-se refletir sobre quais motivos, em suas mãos, são *bons* motivos; e a visão de Dworkin - fixo pela repetição - é a de que o tribunal deve tomar decisões de princípio, decisões sobre quais direitos as pessoas têm sob determinado sistema constitucional, e não decisões sobre como se promove o bem-estar geral; e mais: deve tomar essas decisões tendo no horizonte o princípio básico de que o governo deve tratar as pessoas como iguais (DWORKIN, 2005b, p. 101).

Demonstrarei agora como essa teoria repercute no desenvolvimento de um processo jurisdicional democrático a partir de dois apontamentos complementares: a cláusula do contraditório e o dever de fundamenta-

17 O princípio é um padrão que favorece um “direito”, a política é um padrão que estabelece uma “meta”. Dessa forma, os argumentos de princípio são argumentos em favor de um direito, e os argumentos de política são argumentos em favor de algum objetivo de cariz coletivo, geralmente relacionado ao bem comum. Dito de outro modo, “os argumentos de princípio são argumentos destinados a estabelecer um direito individual; os argumentos de política são argumentos destinados a estabelecer um objetivo coletivo”; ou, de forma mais direta: “os princípios são proposições que prescrevem direitos; as políticas são proposições que descrevem objetivos” (DWORKIN, 2002, p. 141).

ção completa dos provimentos jurisdicionais.

3. APONTAMENTOS PARA A COMPREENSÃO HERMENÊUTICA DE UM PROCESSO JURISDICIONAL DEMOCRÁTICO: A CLÁUSULA DO CONTRADITÓRIO E O DEVER FUNDAMENTAL DE FUNDAMENTAR PROVIMENTOS JURISDICIONAIS COM BASE EM PRINCÍPIOS

Penso, tomando o horizonte do que foi exposto, que uma compreensão hermenêutica do processo jurisdicional democrático deve harmonizar pelo menos duas noções: a primeira, de que se deve assegurar ao cidadão o *acesso* a uma ordem jurídica *principiologicamente coerente* e, portanto, justa; a segunda, de que, para tanto, deve *viabilizar participação*¹⁸, assegurando que as partes atuem, *decisivamente*, para a construção do provimento jurisdicional¹⁹ (isso como forma de mediar a tensão autonomia pública-autonomia privada, característica da democracia contemporânea, no referente da autolegislação).

Endosso, para tanto, a concepção adotada por Marcelo Cattoni, para quem o procedimento é a atividade de preparação de provimentos estatais, caracterizado por uma interconexão normativa entre os atos que o compõem, pela qual o cumprimento de uma norma de sequência é pressuposto da incidência de outra norma e da validade do ato nela previsto; e de que o processo é uma *espécie* de procedimento, caracterizado pela participação, na atividade de preparação, dos interessados, juntamente com o autor do próprio provimento; e isso de uma forma

18 É possível aqui uma aproximação com aquilo que Dworkin chama de “participação moral” (um vínculo entre um indivíduo e um grupo pelo qual seja *justo* que o indivíduo seja responsável pelos atos do grupo). Para o jusfilósofo estadunidense, em síntese, “uma comunidade política não pode fazer de nenhum indivíduo um membro moral se não der a essa pessoa uma *participação* em qualquer decisão coletiva, um *interesse* nessa decisão e uma *independência* em relação à mesma decisão” (DWORKIN, 2006, p. 32-40). Por isso também, Dworkin dirá que a democracia é “uma parceria no autogoverno coletivo, na qual todos os cidadãos têm a oportunidade de serem ativos e parceiros iguais” (DWORKIN, 2005a, p. 497).

19 Essa é a razão de ser dos arts. 9º, 10 e 489, §1º, IV, do NCPC. Perceba-se que o NCPC endossou, às expressas, a noção de um contraditório *forte*, *dinâmico* ou *substantivo* neste trabalho defendida. Trata-se, como se vê, de garantir a participação prévia das partes na construção das decisões que lhes atingem; e de exigir, do juiz, que enfrente efetivamente seus argumentos.

bastante específica, ou seja: em contraditório (CATTONI DE OLIVEIRA, 2004, p. 448). E o núcleo desse “contraditório” está não somente na dimensão que assegura a *bilateralidade de audiência*, mas “na simétrica paridade de participação, nos atos que preparam o provimento, daqueles que nele são interessados porque, como seus destinatários, sofrerão seus efeitos” (CATTONI DE OLIVEIRA, 2004, p. 450).

Explicando melhor, essa “participação” de que falo consiste na *garantia de influência* da argumentação das partes na formação do *conteúdo* das decisões judiciais; e essa exigência deve ser cumprida através de um “dever de consulta” do juiz aos demais atores processuais, de modo a evitar que a resolução judicial possa, de alguma forma, caracterizar para estes uma “surpresa”; disso resultará, como percebe Humberto Theodoro Júnior, “um temperamento para o aumento dos poderes do juiz provocado pela função social e publicística do processo forjada ao longo do século XX” (THEODORO JÚNIOR, 2009, p. 252-3).²⁰

Entenda-se: levando-se o contraditório a sério (garantindo-se *participação e influência* às partes), o juiz passa a não (mais) poder decidir sozinho. Nega-se a legitimidade *a priori* do ato judicial, bem como o seu protagonismo. O processo, compreendido dessa forma, passa a ser *condição de possibilidade* de uma jurisdição democrática, e não um simples *instrumento* da jurisdição. É a partir daqui, portanto, que se começa a *controlar*, por quem de direito, a atividade judicial.

Claro está que essa compreensão da cláusula do contraditório tem de vir associada ao cumprimento do dever de fundamentação “completa” do provimento jurisdicional, que terá de abranger tanto a versão aceita pelo julgador quanto as razões pelas quais ele recusara a versão oposta.²¹ Veja-se que essa tese vinha sendo sustentada, com ênfase, por Ovídio Baptista, para quem o “convencimento judicial” deveria alcançar “o nível de racionalidade exigido pela lei”, no sentido de que a

20 Veja-se que o Supremo Tribunal Federal já fez a referência (com base em precedentes da Corte Constitucional alemã) de que o “contraditório” englobaria, num apertado resumo: (1) direito à informação; (2) direito de manifestação; e (3) direito de ver seus argumentos considerados (STF, Pleno, MS 24.268/MG, Rel. p/acórdão Min. Gilmar Mendes, ac. 05.02.2004, RTJ 191/922).

21 Confira-se, ainda uma vez, o art. 489, §1º, IV, do NCPC.

sentença deveria conter argumentos convincentes sobre a “impropriedade ou a insuficiência das razões ou fundamentos de fato e de direito usados pelo sucumbente”, de modo que a fundamentação fosse “ampla”, compreensiva de “todos os aspectos relevantes do conflito”, aí incluída a “análise crítica dos fatos” (BAPTISTA DA SILVA, 2008, p. 150). Aliás, convenhamos: de nada valeria a Constituição assegurar o contraditório se ao julgador fosse possível limitar-se a dizer que o sucumbente participou do processo, fez alegações e produziu provas sobre cujo mérito (demérito) nada pronuncia (BAPTISTA DA SILVA, 2008, p. 154). Assumo o risco de me tornar repetitivo: não vejo *nenhuma* razão para deixar de cobrar fundamentação (sincera, exaustiva) das decisões judiciais, de modo a que os juízes deixem à mostra a “estrutura oculta de suas sentenças, deixando-as assim abertas ao estudo e à crítica” (DWORKIN, 2003, p. 316).

Enfim.

Preciso salientar, ao passo em que encaminho a finalização destas reflexões, que tanto a cláusula do contraditório como a fundamentação completa dos provimentos jurisdicionais têm de ser compreendidas, para mim, na perspectiva da necessidade de garantia ao cidadão de respostas constitucional e hermenêuticamente adequadas às suas pretensões. Noutras palavras, penso que todas essas lições só terão algum sentido se a causa for problematizada, via contraditório, em *argumentos de princípio*, a serem efetivamente enfrentados na decisão judicial, de modo que esta espelhe não só uma teoria compartilhada entre os atores processuais, mas, substancialmente, *uma teoria principiologicamente coerente com a integridade do Direito*.

Dito de outra forma, o que proponho é uma reformulação da dinâmica processual. O fardo de descobrir no Direito uma *boa resposta* não pode (e não *deve*) ficar depositado nas mãos de um juiz-protagonista, nem deve depender, de modo exclusivo, da atuação das partes. A cláusula do contraditório deve, portanto, pontuar todo o processo como garantia do *poli-centrismo* que é próprio do marco constitucional democrático. E, nesse sentido, o que *garantirá* um contraditório efetivo é

justamente a fundamentação “completa” do provimento jurisdicional, que deve fornecer boas justificativas para descartar a(s) teoria(s) proposta(s) pela(s) parte(s), aí incluídas as razões que expliquem por que é a *sua teoria* a que melhor interpreta a prática do Direito como um todo.

Numa palavra final: um processo jurisdicional efetivamente democrático, que garanta a reconstrução principiológica e institucional do Direito na simétrica paridade entre os sujeitos processuais, e que exponha seus argumentos e princípios a uma compreensão hermenêutica, dispensa qualquer forma de protagonismo judicial.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georgis; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. O dito e o não dito sobre a instrumentalidade do processo: críticas e projeções a partir de uma exploração hermenêutica da teoria processual. *Revista de Processo*, ano 33, n. 166, p. 27-70, dez. 2008.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Jurisdição, direito material e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Tertium non datur*: pretensões de coercibilidade e validade em face de uma teoria da argumentação jurídica no marco de uma compreensão procedimental do estado democrático de direito. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Coord.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional no estado democrático de direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *O direito da liberdade: a leitura moral da constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. *O império do direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

- _____. *Uma questão de princípio*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005b.
- _____. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 6. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2004.
- HART, Herbert. *O conceito de direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1988.
- KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do direito ao longo da história. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Orgs.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.
- LEAL, André Cordeiro. *Instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, Faculdade de Ciências Humanas, Fumec, 2008.
- MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.
- NUNES, Dierle José Coelho. Apontamentos iniciais de um processualismo constitucional democrático. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; MACHADO, Felipe (Coord.). *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.
- _____. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2008.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. A garantia do contraditório. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, n. 74, 1998.
- OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Processo e jurisdição constitucional. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Coord.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional no estado democrático de direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.
- OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- OMMATI, José Emílio Medauar. A teoria jurídica de Ronald Dworkin: o direito como integridade. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Coord.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional no estado democrático de direito*. Belo

Horizonte: Mandamentos, 2004.

ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia jurídica e democracia*. 2. ed. São Leopoldo: Unisinos, 2003.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *Hermenêutica filosófica e direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 5. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. Prefácio do livro. In: MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Constituição e processo: desafios constitucionais da reforma do processo civil no Brasil. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; MACHADO, Felipe (Coord.). *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

O SUPERENDIVIDAMENTO DO CONSUMIDOR NOS PAÍSES-MEMBROS DO MERCOSUL

CRISTINA STRINGARI PASQUAL¹
ANIZIO PIRES GAVIÃO FILHO²

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O fenômeno do superendividamento e a proteção do consumidor. 2.1 Os contratos de crédito ao consumidor e a proteção do superendividado. 2.2 O devedor superendividado: conceito e espécies. 2.3 O superendividamento no Direito Comparado. 3. O contrato de crédito ao consumidor nos países-membros do Mercosul e o superendividamento. 3.1 A tutela legislativa dos contratos de crédito ao consumidor nos países-membros do Mercosul. 3.2 A inexistência de previsão legislativa específica sobre superendividamento. 3.3 A inviabilidade de harmonização legislativa. 4. Considerações finais. 5. Bibliografia.

RESUMO: O presente artigo trata do fenômeno do superendividamento oriundo da contratação do crédito ao consumidor, suas características e espécies, assim como analisa como se dá o enfrentamento da matéria nos países que compõem o Mercosul.

PALAVRAS-CHAVE: Consumidor. Crédito. Superendividamento. Mercosul.

ABSTRACT: *This article deals with the phenomenon of overindebtedness derived from hiring of credit to consumers, its characteristics and species. It also analyzes how this subject is studied in the countries associated to Mercosur.*

1 Advogada, professora da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). Doutora e mestre em Direito (UFRGS). Especialista em Direito Processual Civil (PUCRS).

2 Doutor em Direito (UFRGS). Mestre em Direito (UFRGS). Professor de Teoria da Argumentação Jurídica e Hermenêutica Jurídica da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul (FMP). Procurador de Justiça, RS.

I. INTRODUÇÃO

Na atual sociedade de massas as operações de crédito têm se tornado cada vez mais frequentes, sendo possível observar a existência de contratos de crédito em todas as classes sociais, desde as menos favorecidas até as mais abastadas.

Através do oferecimento massivo do crédito despertado desde o final do século XIX, mas principalmente no século XX nos Estados Unidos da América, buscou-se promover a melhoria da qualidade de vida dos cidadãos, mediante a antecipação dos rendimentos futuros, e assim um maior desenvolvimento no plano macroeconômico.³

A proliferação do crédito ao consumo, todavia, não gerou somente efeitos positivos, como a obtenção de bens e o desenvolvimento econômico. Com a possibilidade de aquisição de produtos e serviços mediante pagamento futuro, surgiu um aspecto negativo da facilitação do crédito: o endividamento⁴ ou multiendividamento dos consumidores, ou seja, a criação de saldo devedor resultante de uma ou mais dívidas capazes de levar o sujeito à insolvência total e assim o tornar impossibilitado de pagar o conjunto de dívidas vencidas e vincendas, mediante os rendimentos do agregado familiar.⁵ Fala-se na insolvência civil ou falência civil do devedor por estar superendividado.

Importante um exame mais aprofundado sobre o tema, pois, afinal, não restam dúvidas de que o superendividamento como fenômeno atual de nossa sociedade surge como consequência da utilização do crédito ao consumidor⁶, atividade comum e legítima, indispensável ao desenvolvimento econômico e muitas vezes até mesmo solucionadora de problemas importantes.

O estudo do superendividamento não pode ser considerado novo,

3 LEITÃO MARQUES, Maria Manoel et al. *O endividamento dos consumidores*. Lisboa: Almedina, 2000. p. 16.

4 Nesse sentido, LEITÃO MARQUES et al., op. cit., p. 1.

5 DIEZ, Ivan Jesús Trujillo. *El sobreendeudamiento de los consumidores*. Granada: Editorial Comares, 2003. p. 12.

6 LUCCA, Newton de. Análise do crédito ao consumidor no direito brasileiro. *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*, v. 158, p. 85-103, mai.-jun. 1997.

afinal a matéria vem sendo já há algum tempo analisada em alguns países⁷, tendo em vista sua relevância na sociedade atual. Na União Europeia, desde 1987 identificou-se uma preocupação efetiva com o tema do “crédito ao consumo”, sendo que, apesar de até o momento não existir diretiva que trate especificamente do superendividamento, no ano de 2001 foi aprovada a Resolução do Conselho relativa ao crédito e ao endividamento dos consumidores, evidenciando a importância e preocupação com o tema.⁸

Diante da importância e atualidade da matéria, faz-se necessária sua análise como situação jurídica que hoje deve efetivamente ser reconhecida e assim identificar-se suas características, origem e espécies. Ainda, importante examinar a aplicabilidade da tutela do superendividado, no âmbito nacional e internacional.

Ao se referir ao âmbito internacional, importante destacar o papel ocupado pela matéria nos países-membros do Mercado do Cone Sul, e a necessidade de verificação quanto a se há disciplina específica sobre o tema, ou pelo menos a existência de uma orientação jurídica.

Assim, busca-se com o presente trabalho examinar a realidade atual do tema do superendividamento, as regras aplicáveis na tutela do superendividado, a existência ou não de um tratamento específico nos países que compõem o Mercado Comum do Sul, assim como se há uma tutela no âmbito do Mercosul.

A fim de atingir o objetivo que se busca, o presente trabalho será dividido em duas partes: a primeira dedicada a examinar o fenômeno do chamado superendividamento, suas características e espécies, assim como a contribuição trazida pelo Direito Comparado sobre a matéria. Na segunda parte será examinada a posição ocupada pelo tema atual-

7 PEREIRA, Wellerson Miranda. Superendividamento e crédito ao consumidor: reflexões sob uma perspectiva de direito comparado. In: MARQUES, Cláudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (Coords.). *Direitos do consumidor endividado*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2006. p. 158-190; e KILBORN, Jason J. Comportamentos econômicos, superendividamento; estudo comparativo da insolvência do consumidor: buscando as causas e avaliando soluções. In: MARQUES, Cláudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (Coords.). *Direitos do consumidor endividado*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2006. p. 66-104.

8 Resolução do Conselho da União Europeia de 20/12/2001, relativa ao crédito e ao endividamento dos consumidores.

mente nos países que compõem o Mercosul, buscando-se identificar se existe disciplina legislativa própria e qual a solução adotada ou a adotar-se nesse âmbito.

2. O FENÔMENO DO SUPERENDIVIDAMENTO E A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR

Como bem destaca Cláudia Lima Marques, o endividamento frente a um fornecedor é algo inerente à vida na sociedade de consumo, independentemente da classe social, pois, ao consumir produtos ou serviços, os consumidores estão assumindo dívidas, que podem ser presentes ou futuras.⁹

O maior acesso ao crédito, como já mencionado, trouxe entre suas consequências o aumento do endividamento dos consumidores. O crédito facilitado trouxe grandes benefícios, mas também fez com que o fenômeno do superendividamento se apresentasse com grande intensidade, exigindo uma intervenção do Estado em prol do sujeito vulnerável na relação.

O fenômeno do superendividamento foi se apresentando como situação real e por isso merecedora de tutela jurídica, mediante a imposição de deveres aos fornecedores e direitos especiais aos consumidores quando da contratação do crédito, a fim não só de prevenir o endividamento como também estabelecer mecanismos de correção no contrato e de minimização dos efeitos de um possível inadimplemento por insuportabilidade da manutenção do negócio.

2.1. Os contratos de crédito ao consumidor e a proteção do superendividado

É sabido que o crédito ao consumo se tornou uma prática cotidiana,

⁹ MARQUES, Cláudia Lima. Algumas perguntas e respostas sobre prevenção e tratamento do superendividamento dos consumidores pessoas físicas. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 75, p. 12, jul.-set. 2010.

facilitando enormemente a aquisição de produtos e serviços, proporcionando uma satisfação atual, com pagamento futuro.

A concessão de crédito se perfectibiliza mediante os chamados contratos de créditos, ou seja, negócios bilaterais que proporcionam o recebimento de bem ou serviço, sem o cumprimento da respectiva contraprestação de imediato, pois esta será cumprida no futuro e normalmente em parcelas distribuídas no tempo.

Entre tais contratos podemos destacar, exemplificativamente, o *leasing*, os cartões de crédito, o mútuo bancário, o financiamento, entre outros, todos criando uma relação contratual que deve se desenvolver de forma equilibrada, a fim de se atingir o objetivo de todo e qualquer vínculo obrigacional: sua extinção pelo adimplemento.

A utilização de tais contratos tem se acentuado cada vez mais na sociedade de massas em que vivemos, pois muitas vezes, em razão das técnicas agressivas de marketing e das inovações tecnológicas, verifica-se o surgimento de novas necessidades, distintas daquelas consideradas básicas. Tais necessidades acabam atingindo as camadas da população com menos possibilidades econômicas e sociais, que, em virtude de suas condições financeiras, utilizam seguidamente das vendas a prestações, pois se apresentam como única forma de aquisição de bens e serviços, como exemplificativamente televisão, aparelhos de som, computador, viagens, cursos. Também atingem aquele grupo privilegiado, que vai se utilizar do crédito para aquisição de imóveis, de um automóvel novo ou outros bens de valores consideráveis.¹⁰

Como destaca Cláudia Lima Marques¹¹, a origem latina da expressão “crédito” se assenta na ideia de confiança no outro, de forma que essa confiança deve ser vista atualmente em razão da bilateralidade do negócio; ou seja, tem-se que proteger não somente a confiança do que disponibiliza o crédito, mas também do consumidor, que tem sua confiança despertada pela publicidade do crédito ou pelo contrato de

10 MARQUES, Cláudia Lima. Contratos de crédito na legislação brasileira de proteção do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 17, p. 36, jan.-mar. 1996.

11 MARQUES, Cláudia Lima. Contratos de crédito na..., p. 39.

crédito.

A sociedade de consumo, a qual cada vez mais utiliza mecanismos céleres para acesso e transferência de créditos, tem exigido um maior controle quanto aos negócios firmados, a fim de viabilizar relações equilibradas, proporcionando-se assim a manutenção perfeita do vínculo.¹²

Tal controle se mostra necessário a fim de se prevenir e evitar que o devedor se veja impossibilitado de quitar o conjunto de suas dívidas, tendo em vista seus rendimentos não serem suficientes para comportar os compromissos financeiros assumidos, seja em razão do não planejamento e da acumulação exagerada de débitos frente a seus créditos, seja em razão de eventos imprevisíveis que afetem sua capacidade econômica.¹³

Impor limites à concessão do crédito, assim como à forma de sua oferta, é imprescindível, pois indiscutível que os contratos de crédito surgem normalmente de manifestações de vontade provenientes de publicidades ou ofertas de massas e a posterior constituição de um contrato de adesão, o que dificulta ainda mais a posição do consumidor, pois, além de sua vulnerabilidade intrínseca, ainda se vê perante contratos de adesão.

Já há muito tempo têm sido reconhecidas, nos diversos ordenamentos jurídicos, formas de controle no intuito de tutelar o consumidor participante em relações de crédito, seja com mecanismos preventivos, como a determinação de nulidade de cláusulas abusivas, a proibição de cláusula penal excessiva, a necessidade de apresentação de informações consideradas imprescindíveis ao negócio¹⁴, seja mediante mecanismos capazes de afastar o desequilíbrio do negócio e conseqüentemente o inadimplemento do contrato, como a revisão por onerosidade excessiva, ou em face da lesão, mecanismos estes normalmente inseridos nas

12 LOPES, José Reinaldo de Lima. Crédito ao consumidor e superendividamento: uma problemática geral. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 17, p. 57-58, jan.-mar., 1996.

13 LEITÃO MARQUES, Maria Manoel et al. *O endividamento dos consumidores*. Lisboa: Almedina, 2000. p. 02.

14 LÔBO, Paulo Luiz Netto. A informação como direito fundamental do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 37, p. 59-76, jan.-mar. 2001.

legislações protetivas do consumidor ou até mesmo nos Código Civil dos mais diversos países.

Entretanto, tais mecanismos nem sempre são suficientes para se evitar ou corrigir o endividamento do consumidor.

2.2. O devedor superendividado: conceito e espécies

No entendimento de Márcio Mello Casado, consumidores sobre-endividados são aqueles que adquirem de boa-fé, objetivamente considerada, uma quantidade tal de compromissos financeiros que não conseguem cumprir com a renda que percebem mediante salários ou outros tipos de rendimentos¹⁵, assim como também aqueles que detêm renda suficiente para o cumprimento de suas obrigações, mas acabam por perdê-la, por razões diversas.¹⁶ É a impossibilidade global do consumidor de boa-fé de efetuar o pagamento de suas dívidas já exigíveis e por vencer com suas rendas e patrimônio, por pelo menos um tempo razoável, por não serem suficientes para o adimplemento.¹⁷

É de se ressaltar, todavia, que não se pode admitir que o sujeito superendividado seja pessoa jurídica ou pessoa física não consumidora, pois somente se atinge sujeito pessoa física e vulnerável cuja impossibilidade de efetuar o pagamento das dívidas seja subjetiva; ou seja, não decorre de situação externa, não vinculada diretamente a sua pessoa, ou mesmo ao conteúdo do negócio propriamente.

Conclui-se assim que, quando se fala em consumidor superendividado, reconhece-se que houve uma força maior social¹⁸, ou seja, uma impossibilidade subjetiva de adimplemento do negócio a um consumidor pessoa física.

15 CASADO, Márcio Mello. Os princípios fundamentais como ponto de partida para uma primeira análise do sobre-endividamento no Brasil. *Revista do Direito do Consumidor*, v. 33, p. 130, jan.-mar. 2000.

16 CASADO, Márcio Mello. Os princípios fundamentais como ponto..., p. 130-142.

17 MARQUES, Cláudia Lima. Algumas perguntas e respostas sobre prevenção..., p. 20-21. Destaca a autora que devem ser excluídas das dívidas passíveis de gerar superendividamento as assumidas perante o Fisco, assim como as de alimentos.

18 LOPES, José Reinaldo de Lima. Consumidor e sistema financeiro. *Revista Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 22, p. 96, abr./jun. 1997.

Mas não se pode olvidar que o devedor superendividado pode adquirir tal posição em razões diversas, o que vai identificar se se trata de um superendividado passivo ou ativo.¹⁹

O superendividamento passivo ocorre nas situações em que, no momento da constituição da relação, o sujeito encontra-se em uma situação financeira capaz de proporcionar a quitação fiel do compromisso, mas, em razão de situações inevitáveis, como perda de trabalho, morte, doenças, divórcio, entre outras²⁰, perde sua capacidade patrimonial.

O superendividado ativo é o sujeito que assume tal posição em razão de ter assumido obrigações que exorbitam a sua capacidade patrimonial, ficando impossibilitado de pagá-las. O consumidor abusa do crédito ou consome além de sua possibilidade. A doutrina destaca que o superendividamento ativo pode ser considerado inconsciente ou consciente, identificando ser imprescindível sua diferenciação para a tutela.²¹

O superendividado ativo inconsciente é aquele que não soube calcular o impacto do débito em seu orçamento, ou porque não recebeu a informação necessária dos efeitos dos encargos na contratação ou ainda porque recebeu crédito quando não deveria, por uma total irresponsabilidade do fornecedor, o qual tem o dever de negar a concessão do crédito quando identifica que o consumidor não tem capacidade patrimonial para recebê-lo.

Já o superendividado ativo consciente caracteriza-se por ser aquele consumidor que age de má-fé, ou seja, contrata já sabedor de que não conseguirá efetuar o pagamento e por isso com a intenção de inadimplir quando do vencimento. Nesse caso, diferente do anterior, não haverá tutela a ser concedida.

A figura do consumidor superendividado já tem sido melhor identi-

19 DÍEZ, Ivan Jesús Trujillo. *El sobreendeudamiento...*, p. 02.

20 MARQUES, Cláudia Lima. Sugestões para uma lei sobre o tratamento do superendividamento de pessoas físicas em contrato de crédito ao consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul. In: MARQUES, Cláudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (Coords.). *Direitos do consumidor endividado*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2006. p. 258-259.

21 MIRAGEM, Bruno. LIMA, Clarissa Costa. Patrimônio, contrato e a proteção constitucional da família: estudo sobre as repercussões do superendividamento nas relações familiares. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 22, p. 100, nov.-dez. 2013.

ficada na prática, tanto que já se verifica até mesmo na jurisprudência brasileira a menção e a necessidade de proteção do superendividamento. Há decisões envolvendo fornecimento de energia elétrica, destacando o inadimplemento involuntário por ausência de condições econômicas para adimplir débitos pretéritos²², assim como a preocupação em tutelar a dignidade do consumidor²³ e tutelar o chamado “mínimo existencial”.²⁴

Há uma inegável preocupação em manter o equilíbrio nas relações negociais e principalmente tutelar o tão importante fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana.²⁵

2.3. O superendividamento no Direito Comparado

O desenvolvimento do crédito aos consumidores não se fez ao mesmo tempo nem nas mesmas condições nos mais diversos países europeus, pois, depois do desenvolvimento nos Estados Unidos da América, foi a Europa a perceber os reflexos do crédito de consumo, mas de formas distintas, em razão do enquadramento jurídico, do desenvolvimento econômico, das políticas monetárias e financeiras e até mesmo em razão de questões culturais e religiosas.²⁶

No campo doutrinário, a teoria do superendividamento surgiu no Direito estrangeiro, operando-se um interesse em aprofundar o estudo sobre o tema, sendo que em alguns países a matéria encontra-se bastante desenvolvida.

A União Europeia, de uma certa forma, identificou a importância

22 Recurso Cível nº 71001119825, Primeira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Ricardo Torres Hermann. Julgado em 26/04/2007.

23 Agravo de Instrumento nº 0014415-09.2012.8.08.0021, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do ES, Relator: Roberto da Fonseca Araújo. Julgado em 28/08/2012.

24 Agravo de Instrumento nº 70019038611, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo de Tarso Vieira Sanseverino. Julgado em 31/05/2007.

25 COSTA, Geraldo de Faria Martins. Superendividamento: solidariedade e boa-fé. In: MARQUES, Cláudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (Coords.). *Direitos do consumidor endividado*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2006. p. 238-239.

26 LEITÃO MARQUES, Maria Manoel et al. *O endividamento dos consumidores*. Lisboa: Almedina, 2000. p. 3-4.

da questão, aprovando-se a Diretiva 87/102, de 22 de dezembro de 1986, a qual foi posteriormente modificada pela Diretiva 99/88, de 22 de fevereiro de 1990, e pela Diretiva 87/7, de 16 de fevereiro de 1998, sendo inclusive apresentada nova proposta em 2002²⁷, pois, mesmo não tratando especificamente sobre o superendividamento, ao tratar sobre o crédito ao consumo e seus mais diversos aspectos, tais diretivas trouxeram contribuições indiscutíveis.

No âmbito interno também se verifica a preocupação em legislar a matéria do superendividamento. Na França, a lei de 31 de dezembro de 1989²⁸, de n. 89/1010, dispõe sobre o endividamento dos consumidores, tendo inclusive sido incorporada ao Código de Consumo (lei 93/949, de 1993), trazendo a disciplina de um procedimento amigável para obtenção do pagamento de todos os credores do consumidor de boa-fé, pessoa física, para seus débitos não profissionais²⁹, mediante um plano solicitado pelo devedor podendo conter abatimento ou redução de juros, remissão de valores, sendo que a insolvência somente será decretada se não houver êxito no procedimento.

Na Bélgica há disciplina legal no intuito de, em havendo excesso de dívidas do devedor, ser possível judicialmente regularizar suas dívidas com o auxílio do chamado mediador de dívidas, que auxilia o juiz.

Na Espanha também houve preocupação específica com o tema, a ponto de o Conselho Econômico e Social ter recomendado que fosse regulamentado um regime particular que oferecesse soluções aos consumidores superendividados, excluindo-se, todavia, aqueles particulares que negligentemente tivessem assumido um crédito excessivo.³⁰

27 Com (2002) 443 - Diário Oficial C 331 E de 31.12.2002. Ver Exposição de Motivos da Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à harmonização das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros em matéria de crédito aos consumidores apresentada em Bruxelas, 11.9.2002, COM (2002) 443 final, 2002/0222(COD). *Sub-Judice*, Coimbra, v. 36, p. 69, nov. 2006.

28 Sobre o tema, ver a obra de COSTA, Geraldo de Faria Martins da. *Superendividamento: a proteção do consumidor de crédito em direito comparado brasileiro e francês*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

29 LOPES, José Reinaldo de Lima. *Crédito ao consumidor...*, p. 60. Também ver PAISANT, Gilles. El tratamiento del sobreendeudamiento de los consumidores en derecho francés. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 42, p. 9-26, abr.-jun. 2002.

30 DíEZ, Ivan Jusús Trujillo. *El sobreendeudamiento de los consumidores*. Granada: Editorial

Em Portugal foi apresentado em março de 1999 um projeto de lei destinado à “proteção das pessoas singulares insolventes”, projeto este dividido em dois capítulos: um dedicado aos meios de prevenção do que chamaram de sobre-endividamento e o outro regulando sobre os procedimentos de reestruturação do passivo.³¹ Tal projeto possuía 85 artigos, portanto bastante extenso e, além disso, inegavelmente caro e moroso, pois com um grande número de etapas.³² Assim, seguiu-se a apresentação de um novo projeto, de n. 291/IX, versando sobre a “prevenção e tratamento do sobre-endividamento das pessoas singulares”.

O referido projeto apresentou-se mais enxuto, com somente 23 artigos, determinando como forma de prevenção o aconselhamento e a informação dos consumidores, e, ao disciplinar sobre o tratamento, incluiu como fase obrigatória a mediação judicial, inclusive com possibilidade de recurso. Entretanto, em 22 de dezembro de 2004, a iniciativa caducou.

Na Alemanha, desde janeiro de 1999 entrou em vigor a *Insolvenzordnung*, a qual unificou o procedimento de insolvência, trazendo formas de saneamento das dívidas, um procedimento de insolvência do consumidor e por vezes a liberação do resto da dívida.³³

É claro que não foram somente os países-membros da União Europeia que se preocuparam em disciplinar essa situação jurídica que passou a ser tão comum, mas também países da América do Norte, como Canadá³⁴ e Estados Unidos da América³⁵, estando cada vez mais a matéria a gerar discussões nos mais diversos países do mundo, inclusive atualmente no Brasil.

Comares, 2003. (Colección Estudios de Derecho Privado, 31). p. 04.

31 LEITÃO MARQUES, Maria Manoel et al. *O endividamento dos consumidores*. Lisboa: Almedina, 2000. p. 290-291

32 LEITÃO MARQUES, Maria Manoel et al. *O endividamento...*, p. 292-294.

33 Assim, DÍEZ, Ivan Jusús Trujillo. *El sobreendeudamiento...*, p. 129-147.

34 LACOURSIÈRE, Marc. O contrato de crédito ao consumo no Canadá: rumo a novos horizontes? *Revista de Direito do Consumidor*, v. 88, p. 39-81, jul.- ago. 2013.

35 DICKERSON, Mechele. O Superendividamento do consumidor: uma perspectiva a partir dos EUA no ano de 2007. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 80, p. 153-191, out.- dez. 2011.

3. O CONTRATO DE CRÉDITO AO CONSUMIDOR NOS PAÍSES-MEMBROS DO MERCOSUL E O SUPERENDIVIDAMENTO

Direito e economia são áreas que cada vez mais interagem, afinal diversas matérias de interesse jurídico possuem conteúdo econômico. Nesse sentido, acaba sendo de grande importância analisar os efeitos da ciência econômica no universo jurídico.³⁶

Em um mundo globalizado, falar-se em integração, em mercado comum, passou a ser sinônimo de desenvolvimento, de evolução social e econômica. Foi assim que se operou no caso da União Europeia, que, com um esforço paulatino, trouxe uma integração econômica e consequentemente uma aproximação legislativa, por meio de diversas diretivas que foram aprovadas.³⁷

Assim, quando se fala no Mercado Comum do Sul, ou seja, no Mercosul, é compreensível que surja a indagação quanto à existência de uma tutela homogênea sobre o tema do crédito ao consumidor e consequentemente quanto a uma tutela desse sujeito vulnerável em razão do chamado superendividamento.

Como bem destacado por Cláudia Lima Marques, o direito do consumidor tem uma vocação internacional³⁸, e assim a tutela dos seus direitos, em todos os planos, seja de segurança, de qualidade, garantia e acesso à justiça, deve ser reconhecido. Partindo-se de tal ideia, pode-se afirmar que a proteção ao crédito também deve ser reconhecida em todos os países que buscam um mercado comum.

É característica dos países mais pobres a presença facilmente identificada de consumidores de duas categorias diferenciadas, os que podemos chamar de “privilegiados” e os “desfavorecidos”.³⁹ Com facilidade

36 PERIN JUNIOR, Ecio. *A globalização e o direito do consumidor*. Barueri: Manole, 2003. p. 31.

37 FRADERA, Vera Maria Jacob de. A circulação de modelos jurídicos europeus na América Latina: um entrave à integração econômica no Cone Sul. *Revista dos Tribunais*, n. 736, p. 21, fev. 1997.

38 MARQUES, Cláudia Lima. Regulamento comum de defesa do consumidor do Mercosul: primeiras observações sobre o Mercosul como legislador da proteção do consumidor. *Direito do Consumidor*, v. 23-24, p. 79, jul.-dez. 1997.

39 Expressões utilizadas por LOPES, José Reinaldo de Lima. *Crédito ao consumidor...*, p. 58.

de, pode-se identificar que nos países que participam do Mercosul essa divisão em classes é notória, sendo que o acesso ao crédito em razão da espécie de consumidores surge normalmente em virtude de motivos distintos: os consumidores privilegiados costumam buscar o crédito para aquisição do supérfluo; os desfavorecidos, não somente para aquisição do talvez dispensável às necessidades básicas, mas muito para necessidades básicas.

Não há dúvida, entretanto, que ambas as espécies de consumidores são constantemente cortejadas pelos credores, que oferecem produtos mediante procedimentos de marketing massivos. Talvez estilos de marketing diferenciados tendo em vista a categoria econômica e os produtos oferecidos, mas não há dúvida de que ambos são vulneráveis, característica essencial a todo consumidor.

O oferecimento do crédito, portanto, é fruto de ato de credores e por vezes pode até mesmo romper com as justas expectativas dos devedores o acometimento de ilícitos no intuito de obter margens de lucros cada vez maiores, passando a pessoa humana a ser vista como “algo com potencial de compra”.⁴⁰

Com a oferta de concessão de crédito de consumidor, surgem métodos como ofertas públicas, publicidades agressivas, vendas emocionais, entre outros, que podem fazer com que o consumidor contrate sem uma cuidadosa reflexão.⁴¹ Como bem destaca Nicole Chardin, o consumidor, ao vincular-se a um contrato de crédito, deve manifestar uma “vontade racional”⁴², o que acarreta, é claro, ao ofertante um dever de informação precisa, de análise da situação financeira do consumidor, a fim de proporcionar o perfeito conhecimento das consequências de seu comprometimento, evitando-se o crescimento desmedido de inadimplências.

40 CASADO, Márcio Mello. Os princípios fundamentais como ponto de partida para uma primeira..., p. 131.

41 Sobre o tema ver MARQUES, Cláudia Lima. *Os contratos de crédito na legislação brasileira...*, p. 53- 76.

42 CHARDIN, Nicole. *Le contrat de consommation de crédit e l'autonomie de la volonté*. Paris: LGDJ, 1988. p. 216.

O consumidor tem direito a um consenso informado para não ser submetido a armadilhas que o tornem endividado. Tem que receber as informações necessárias quanto à extensão da obrigação assumida e seus reflexos, tendo, portanto, o dever de informar graus específicos, os quais variam tendo em vista a situação, podendo existir o simples dever de esclarecer, ou ainda o de aconselhar ou, até mesmo, o de advertir, os quais, em uma relação de consumo, podem estar presentes concomitantemente.

Da mesma forma, o consumidor merece tutela durante o desenvolvimento do contrato para que um possível desequilíbrio negocial não seja gerador de futuros inadimplementos.

Diante da necessidade do reconhecimento de tais direitos, cumpre analisar como os países que compõem o Mercado do Cone Sul enfrentam o tema, ou seja, como disciplinam a matéria envolvendo os contratos de crédito ao consumidor e conseqüentemente o fenômeno do superendividamento.

3.1. A tutela legislativa dos contratos de crédito ao consumidor nos países-membros do Mercosul

Os países que compõem o Mercosul, Brasil, Argentina, Uruguai, Paraguai e Venezuela, possuem legislação específica disciplinando a tutela dos consumidores.⁴³

É indiscutível que as legislações retratam a evolução de cada país quanto à matéria, sendo que, apesar de buscarem um mesmo objetivo, a tutela do consumidor, consagram, nos respectivos diplomas, regras e princípios por vezes distintos, sendo algumas legislações mais evoluídas em comparação a outras.

No Brasil, o artigo 52 do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) trata especificamente dos contratos de crédito, estabelecendo obrigação de prestação de informações relativas ao preço do produto

43 Quais sejam, a Lei 8.078/90 no Brasil, a Lei 1.334/98 no Paraguai, a Lei 17.189/99 no Uruguai, a Lei 24.240/93 na Argentina e o Decreto 39.358/10 na Venezuela.

ou serviço, o qual deve estar em moeda nacional, a indicação sobre a taxa de juros, o número de prestações e o total do preço que deverá ser pago.

Estabelece ainda uma limitação ao percentual da cláusula penal moratória, como também prevê o direito de redução de juros no caso de liquidação antecipada do débito.

Há assim uma tutela preventiva expressamente estabelecida, buscando o legislador que os contratos de crédito se constituam mediante o esclarecimento do conteúdo do contrato, permitindo que o consumidor expresse um consentimento racional.

Na Argentina, a Lei 24.240, de 1993, a qual já passou por algumas alterações em determinados dispositivos legais, traz em seu artigo 36 regras específicas quanto ao que denomina de operações de venda a crédito.

Estabelece a norma referida que nas operações de crédito o consumidor deve receber informações claras, sob pena de nulidade do negócio ou de cláusulas, devendo constar a descrição do bem ou serviço, o preço, a indicação do valor a ser parcelado, a taxa de juros e o custo financeiro total, o sistema de amortização do capital e a quantidade e valor das parcelas.

No Uruguai, a Lei 17.189/99, ao tratar sobre o crédito, demonstra claramente sua preocupação com o momento da oferta.

Em seu artigo 6º estabelece o dever de informar, dever este que, mesmo antes de ser inserido em tal legislação especial, já era referido por outras legislações uruguaias.⁴⁴ A legislação uruguaia trouxe inegavelmente em grande destaque a consagração do dever de informação do fornecedor, incluindo em 17 artigos da primeira parte da legislação a referência a tal dever.⁴⁵ Também, destaca a importância da transparên-

44 Como o Decreto 80/90, que regula a necessidade de exibir em restaurantes e afins os preços de seus produtos; o Decreto 492/79, que impõe o dever de informar sobre os preços financiados nas vendas a crédito; o Decreto 338/82, que determina o dever de etiquetar os produtos; a Lei 15.443, que determina a forma específica de informar na etiquetagem de medicamentos, entre outros. CASTILLA, Gustavo Ordoqui. Dever de información em la ley 17.189 de 20 de setiembre de 1999. In: CASTILLA, Gustavo Ordoqui (Coord.). *Derechos del consumidor en el marco de la legislación nacional y la integración regional*. Montevideo: Universidade Católica, 2000. p. 37.

45 Menciona Gustavo Ordoqui Castilla que, além do artigo 6º da Lei 17.189/99, também os artigos 8º, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 17, 19, 20, 21, 22, 23, 25, 27, 32 e 33. Dever de información em la ley

cia na contratação.⁴⁶

Especificamente ao contrato de crédito, estabelece em seu artigo 15 que o fornecedor deve informar previamente à formação do contrato o valor do crédito, o total financiado, a quantidade de parcelas, sua periodicidade, a forma de atualização das prestações, os juros e os efeitos da mora.

A legislação paraguaia de proteção ao consumidor veio a ser promulgada em 1998, com a Lei nº 1.334, denominada Ley de Defensa del Consumidor y del Usuario. Em seu artigo 29 estabelece regras relativas às operações de crédito, afirmando que, sob pena de nulidade, devem constar o preço, o montante de juros remuneratórios e moratórios, a existência de comissões ou gastos administrativos, o número de parcelas, assim como sua periodicidade e a indicação de direitos e obrigações das partes no caso de incumprimento. Ainda, prevê que o consumidor terá direito a efetuar o pagamento antecipado, quando ocorrerá a redução proporcional dos juros.

A primeira legislação protetiva do consumidor na Venezuela surgiu em 1974, na Ley de Protección al Consumidor, a qual estabeleceu normas relativas a bens e serviços de primeira necessidade e o controle de seus preços, mas também estabelecendo regras sobre a publicidade, a garantia contra defeitos e a responsabilidade relativa à qualidade dos produtos.⁴⁷

A referida lei sofreu reformas substanciais nos anos 1980, sendo que, em 1992, nova lei foi aprovada⁴⁸, sendo reformada em 1995 com a Ley de Protección al Consumidor y al Usuario. Em 2004 foi aprovada a LPCU, incrementando os poderes de controle e intervenção do Instituto Autônomo para a Defesa e Educação do Consumidor e do usuário (Inde-

17.189..., p. 38-39.

46 CABANELLAS, Beatriz Ramos. El derecho del consumidor em el derecho uruguayo y em marco de la integración regional. In: CASTILLA, Gustavo Ordoqui (Coord.). *Derechos del consumidor en el marco de la legislación nacional y la integración regional*. Montevideo, 2000. p. 09.

47 OLIVEROS, Sheraldine Pinto. La Protección del consumidor em el derecho venezolano. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 81, p. 181, jan.-mar. 2012.

48 OLIVEROS, Sheraldine Pinto. La Protección del consumidor..., p. 182.

cu), assim como aumentando o número de ilícitos penais.⁴⁹ Entretanto, tal lei foi derogada em 2008, e sucessivamente derogada pelas leis de 2009 e sua reforma parcial de 2010 pela atual norma aplicada. Tem-se assim atualmente a denominada Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios.

O artigo 75 da referida lei trata do que o legislador denominou de operações de crédito de bens ou prestações de serviços, estabelecendo que na oferta de crédito deverá informar previamente o preço do bem ou serviço, a taxa de juros, valores de comissão ou outros custos relativos ao contrato, o valor total do contrato, as obrigações e direitos das partes no caso de descumprimento e ainda o dever de entregar a minuta do contrato cinco dias antes da contratação. Também, no artigo 76, consta o reconhecimento do direito de antecipação das prestações e os benefícios do pagamento antecipado, e no artigo 77 a limitação dos juros ao estabelecido pelo Banco Central da Venezuela, sob pena de configuração de crime de usura.

Inegável, portanto, a existência de uma preocupação com a tutela dos contratos de crédito ao consumidor em todos os países que compõem o Mercado do Cone Sul, destacando-se, principalmente, a fase de formação do contrato.

3.2. A inexistência de previsão legislativa específica sobre o superendividamento

A adoção de um sistema jurídico de proteção do consumidor resultou também sumamente importante quando se buscou um mercado comum regional, o qual foi estabelecido em 31 de dezembro de 1991, para que assim se obtivesse uma integração econômica efetiva, sem distintos níveis de proteção, principalmente no que diz respeito a informação, qualidade, segurança, responsabilidades.

Nesse sentido, quando falamos em tutela do consumidor superen-

49 Ibidem, p. 186.

dividido, importante analisar se os países que compõem o Mercado do Cone Sul trazem tutela especial a essa categoria de consumidores e, mais ainda, se há como se falar em uma harmonização legislativa sobre o tema do superendividamento.

Torna-se muito importante o estudo do tema no âmbito interno de cada país que compõe o Mercosul para assim poder-se verificar quanto ao entendimento adotado por cada um dos sistemas jurídicos.

No Brasil, não encontramos uma disciplina específica acerca da tutela do superendividado. Filiado ao sistema romano-germânico, a tradição de apego ao Direito positivado tem se mostrado um obstáculo ao livre desenvolvimento de uma teoria acerca do superendividamento, sendo que o tratamento da insolvência civil não é utilizado para a proteção dos consumidores endividados.

Nesse sentido, em existindo o superendividamento, e conseqüentemente um flagrante desequilíbrio contratual, apesar de muitas vezes decorrente de uma causa subjetiva, ou seja, a incapacidade patrimonial do consumidor, tem o Brasil buscado soluções em mecanismos corretivos.

No Brasil, todavia, frente à crescente discussão sobre o tema, há projeto de alteração do atual Código de Defesa do Consumidor, no qual, entre outros temas, inclui-se proposta de disciplina para a tutela específica do consumidor multiendividado.

O projeto de número 283 de 2012, que atualmente encontra-se na Comissão de Constituição, Cidadania e Justiça, propõe a instituição de mecanismos para prevenir e tratar o superendividamento dos consumidores. Tal projeto, em sendo aprovado, trará grandes inovações no que tange à prevenção e ao tratamento do superendividamento.⁵⁰

Na Argentina, a lei protetiva do consumidor, além da disciplina específica quanto aos contratos de crédito⁵¹, apresenta algumas regras

50 Ver sobre o tema CALIXTO, Marcelo Junqueira. A reforma do CDC no tocante ao consumidor superendividado: primeiras impressões. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 87, p. 273-309, maio-jun. 2013.

51 STIGLITZ, Rubén S. Defensa del consumidor y contratación bancaria y financiera. *Derecho del Consumidor*, n. 9, p. 03-30, 1998.

aplicáveis quando da formação do contrato, como, por exemplo, o artigo 10, que exige a presença de certas cláusulas mínimas na venda de coisas móveis, ou ainda o artigo 37, que estabelece a interpretação mais favorável ao consumidor nos contratos de adesão, como também a nulidade das cláusulas abusivas.⁵²

No entanto, frente à inexistência de um regime jurídico que trate de maneira específica sobre o superendividamento dos consumidores, a ferramenta legislativa que acaba sendo utilizada no Direito argentino é a lei concursal, a qual não dá resposta suficiente ao problema do endividamento no país.⁵³

No Uruguai, há definição quanto ao significado do chamado contrato de adesão, referência quanto às cláusulas e práticas abusivas, ou seja, uma preocupação específica com o equilíbrio contratual⁵⁴, mas não há previsão específica sobre o fenômeno do superendividamento. Identificada a situação de insolvência do consumidor, aplica-se o previsto na Lei Concursal n. 18.387/2008.

No Paraguai também se encontram regras na lei consumerista que buscam tutelar a relação contratual, seja quanto aos contratos de adesão, seja quanto a cláusulas abusivas, considerando-as nulas de pleno direito, como também, em capítulo específico, trata das operações de crédito, exigindo a apresentação de requisitos mínimos nos mesmos, sob pena de nulidade. À semelhança da Argentina e do Uruguai, entretanto, não traz qualquer disciplina sobre o fenômeno do superendividamento,

52 STIGLITZ, Gabriel A. El derecho del consumidor em Argentina y en el Mercosur. *Derecho del Consumidor*, n. 6, p. 13, 1995.

53 Ver sobre o tema BIANCHI, Lorena Vanina et al. Una aproximación al perfil del consumidor sobreendeudado argentino. *Revista de Derecho do Consumidor*, v. 83, p. 85-112, jul.-set., 2012. Também, LORENZETTI, Ricardo. Repensar las acciones para la protección internacional de los consumidores frente la crisis financiera. *Revista de Derecho do Consumidor*, v. 83, p. 203-204, jul.-set. 2012.

54 Sobre o tema, RAMIREZ, Fernando Aguirre. La nueva Ley de Defensa del consumidor em Uruguay (n. 17.189) y su aplicación a las cláusulas de adhesión en los contratos de transporte y de seguro. In: CASTILLA, Gustavo Ordoqui (Coord.). *Derechos del consumidor en el marco de la legislación nacional y la integración regional*. Montevideo: Universidade Católica, 2000, p. 107-134. Também, CASTILLA, Gustavo Ordoqui. Cláusulas contractuales abusivas em la ley 17.189 de 20 de setiembre de 1999. In: CASTILLA, Gustavo Ordoqui (Coord.). *Derechos del consumidor en el marco de la legislación nacional y la integración regional*. Montevideo: Universidade Católica, 2000. p.135-173.

aplicando-se tão somente a Lei Concursal n. 154/69.

Na Venezuela, a realidade do superendividado não é enfrentada pela legislação. Admitem tanto a doutrina como a jurisprudência que as partes estão obrigadas a observar uma conduta conforme a boa-fé, estabelecendo a norma protetiva do consumidor algumas regras a serem seguidas, relativas às fases pré e contratual.⁵⁵

3.3. A inviabilidade de harmonização legislativa

Apesar de existir defesa quanto à existência de um sistema único para que efetivamente exista um espaço sem fronteiras, como requer um Mercado Comum, resta claro que, em matéria de proteção do consumidor, há uma inequívoca impossibilidade, não há como se falar em uma harmonização legislativa, afinal as legislações de cada país demonstram-se semelhantes em alguns pontos, mas com uma inegável diferença em diversos aspectos, com diferentes níveis de proteção.⁵⁶

Pode-se destacar, exemplificativamente, que os cinco países consagram em suas respectivas legislações protetivas do consumidor a proibição de publicidade enganosa, mesmo conceituando o instituto de forma um pouco diferente; todos consagram o dever de informar, assim como também tratam das cláusulas abusivas.⁵⁷ Mais, todas fazem menção à tutela do consumidor nas relações de fornecimento de crédito.

De outra parte, também é de se salientar, mais uma vez, a título de exemplo, que nem todas tratam da garantia legal no caso de vícios, assim como tratam sobre o prazo de reflexão com características distintas.⁵⁸

Enfim, é inegável que a proteção do consumidor nos países encon-

55 OLIVEROS, Sheraldine Pinto. La protección del consumidor..., p. 193.

56 STIGLITZ, Gabriel A. El derecho del consumidor em Argentina y en el Mercosur. *Derecho del Consumidor*, n. 6, p. 21, 1995.

57 CABANELLAS, Beatriz Ramos. El derecho del consumidor em el derecho uruguayo y em marco de la integración regional. In: CASTILLA, Gustavo Ordoqui (Coord.). *Derechos del consumidor en el marco de la legislación nacional y la integración regional*. Montevideo: Universidade Católica, 2000. p.10-11.

58 CABANELLAS, Beatriz Ramos. El derecho del..., p. 10-11.

tra-se em níveis distintos e em matéria de proteção ao consumidor superendividado observa-se mais claramente a diferença de tratamento, principalmente em razão da inexistência de tutela específica sobre a matéria em todos os países-membros.

Frente às inegáveis assimetrias legislativas, falar-se em harmonização em matéria de consumo no Mercosul, e especificamente no que diz respeito à tutela do superendividamento do consumidor, demonstra-se uma tarefa penosa. Mesmo desde 1993 existindo um grande trabalho no sentido de buscar a efetiva harmonização, aspectos sociais, econômicos e jurídicos demonstraram que tal objetivo se mostra intangível.⁵⁹

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A relevância do denominado superendividamento dos consumidores é inequívoca, pois é uma realidade da sociedade atual, massificada e tecnológica.

Entretanto, o avanço no tratamento legislativo demonstra-se distinto nos mais diversos ordenamentos jurídicos, identificando-se países que disciplinam a matéria estabelecendo tutela específica ao consumidor endividado e outros sequer mencionando a matéria.

Nos países europeus e nos países da América do Norte, identifica-se um maior avanço legislativo, diferentemente da América do Sul, onde, apesar dos índices de endividamento serem reconhecidamente elevados, a tutela do fenômeno não é identificada de forma efetiva.

No âmbito dos países que compõem o denominado Mercosul, a realidade é de presença e aplicação de normas constantes em leis especiais protetivas dos consumidores, em variados temas, porém sem existir nenhuma legislação que discipline especificamente sobre prevenção e tratamento do superendividamento.

Apesar de existir defesa quanto à existência de um sistema único para que efetivamente exista um espaço sem fronteiras, como requer

59 Ibidem, p. 11-14.

um mercado comum, resta claro que, em matéria de proteção do consumidor, há uma inequívoca impossibilidade no Mercado do Cone Sul, afinal, apesar de as legislações de cada país demonstrarem-se semelhantes em alguns pontos, há inegáveis diferenças em diversos aspectos, com diferentes níveis de proteção.⁶⁰ Nesse sentido e por consequência, na matéria relativa ao superendividamento dos consumidores, inviável um tratamento harmonizado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BIANCHI, Lorena Vanina et al. Una aproximación al perfil del consumidor sobreendeudado argentino. *Revista de Derecho do Consumidor*, v. 83, p. 85-112, jul.-set. 2012.

CABANELLAS, Beatriz Ramos. El derecho del consumidor em el derecho uruguayo y em marco de la integración regional. In: CASTILLA, Gustavo Ordoqui (Coord.). *Derechos del consumidor en el marco de la legislación nacional y la integración regional*. Montevideo: Universidade Católica, 2000.

CALIXTO, Marcelo Junqueira. A reforma do CDC no tocante ao consumidor superendividado: primeiras impressões. *Revista de Derecho do Consumidor*, v. 87, p. 273-309, maio-jun. 2013.

CASADO, Márcio Mello. *Proteção do consumidor de crédito bancário e financeiro*. São Paulo: RT, 2000.

_____. Os princípios fundamentais como ponto de partida para uma primeira análise do sobreendividamento no Brasil. *Revista do Direito do Consumidor*, v. 33, p. 130-142, jan.- mar. 2000.

CASTILLA, Gustavo Ordoqui. Dever de información em la ley 17.189 de 20 de setiembre de 1999. In: CASTILLA, Gustavo Ordoqui (Coord.). *Derechos del consumidor en el marco de la legislación nacional y la integración regional*. Montevideo: Universidade Católica, 2000. p. 37.

CHARDIN. Nicole. *Le contrat de consummation de credit et l'autonomie de la*

⁶⁰ STIGLITZ, Gabriel A. El derecho del consumidor em Argentina y en el Mercosur. *Derecho del Consumidor*, n. 6, p. 21, 1995.

volunté. Paris: LGDJ, 1988.

COSTA, Geraldo de Faria Martins da. *Superendividamento: a proteção do consumidor de crédito em direito comparado brasileiro e francês*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

DICKERSON, Mechele. O Superendividamento do consumidor: uma perspectiva a partir dos EUA no ano de 2007. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 80, p. 153-191, out.-dez. 2011.

DIEZ, Ivan Jesús Trujillo. *El sobreendeudamiento de los consumidores*. Granada: Editorial Comares, 2003.

FERREIRA DA SILVA, Luiz Renato. *Revisão dos contratos: do código civil ao código de defesa do consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

FRADERA, Vera Maria Jacob de. A circulação de modelos jurídicos europeus na América Latina: um entrave à integração econômica no Cone Sul. *Revista dos Tribunais*, v. 736, p. 20-39, fev. 1997.

KILBORN, Jason J. Comportamentos econômicos, superendividamento; estudo comparativo da insolvência do consumidor: buscando as causas e avaliando soluções. In: MARQUES, Cláudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (Coords.). *Direitos do consumidor endividado*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2006. p. 66-104.

LACOURSIÈRE, Marc. O contrato de crédito ao consumo no Canadá: rumo a novos horizontes? *Revista de Direito do Consumidor*, v. 88, p. 39-81, jul.-ago. 2013.

LEITÃO, Luiz Menezes. O crédito ao consumo: seu regime actual e regime proposto pelo anteprojecto do código do consumidor. *Sub Judice*, Coimbra, v. 36, p. 9-17, jul.-set. 2006.

LEITÃO MARQUES, Maria Manoel et al. *O endividamento dos consumidores*. Lisboa: Almedina, 2000.

LOBO, Paulo Luiz Netto. A informação como direito fundamental do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 37, p. 59-76, jan.-mar. 2001.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Crédito ao consumidor e superendividamento: uma problemática geral. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 17, p. 57-64,

jan.-mar. 1996.

_____. Consumidor e sistema financeiro. *Revista Direito do Consumidor*, v. 22, p. 87-101, abr./jun. 1997.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *La emergencia económica y los contratos*. 2. ed. ampl. e atual. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni Editores, 2002.

_____. Repensar las acciones para la protección internacional de los consumidores frente la crisis financiera. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 83, p. 193-206, jul.-set. 2012.

LUCCA, Newton de. Análise do crédito ao consumidor no direito brasileiro. *Revista Trimestral de Jurisprudencia dos Estados*, v. 158, p. 85-103, maio-jun. 1997.

MARQUES, Cláudia Lima. contratos de crédito na legislação brasileira de proteção do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 17, p. 36-56, jan.-mar. 1996.

_____. Regulamento comum de defesa do consumidor do Mercosul: primeiras observações sobre o Mercosul como legislador da proteção do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 23-24, p. 79-103, jul.-dez. 1997.

_____. Sugestões para uma lei sobre o tratamento do superendividamento de pessoas físicas em contrato de crédito ao consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul. In: MARQUES, Cláudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (Coords.). *Direitos do consumidor endividado*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2006.

_____. Algumas perguntas e respostas sobre prevenção e tratamento do superendividamento dos consumidores pessoas físicas. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 75, p. 09-42, jul.-set. 2010.

MIRAGEM, Bruno; LIMA, Clarissa Costa. Patrimônio, contrato e a proteção constitucional da família: estudo sobre as repercussões do superendividamento nas relações familiares. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 22, p. 91-115, nov.-dez. 2013.

OLIVEROS, Sheraldine Pinto. La protección del consumidor em el derecho venezolano. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 81, p. 179-233, jan.-mar. 2012.

PAISANT, Gilles. El tratamiento del sobreendeudamiento de los consumidores en derecho francés. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 42, p. 9-26, abr.-jun. 2002.

PEREIRA, Wellerson Miranda. Superendividamento e crédito ao consumidor: reflexões sob uma perspectiva de direito comparado. In: MARQUES, Cláudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (Coords.). *Direitos do consumidor endividado*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2006. p. 158 a 190.

RAMIREZ, Fernando Aguirre. La nueva ley de defensa del consumidor em Uruguay (n. 17.189) y su aplicación a las cláusulas de adhesión en los contratos de transporte y de seguro. In: CASTILLA, Gustavo Ordoqui (Coord.). *Derechos del consumidor en el marco de la legislación nacional y la integración regional*. Montevideo: Universidade Católica, 2000. p. 107 - 134.

STIGLITZ, Gabriel A. El derecho del consumidor em Argentina y en el Mercosur. *Derecho del Consumidor*, n. 6, 1995.

O DIREITO FUNDAMENTAL À CIDADE E A PARTICIPAÇÃO POPULAR NOS PLANOS URBANÍSTICOS

MAREN GUIMARÃES TABORDA¹

INTRODUÇÃO

Atualmente, no Brasil, consolida-se uma compreensão segundo a qual o Direito Urbanístico não pode ser entendido senão em estreita conexão com o Direito Ambiental. Tal conexão é tão íntima que o Estatuto da Cidade exigiu que o plano diretor considerasse diversas diretrizes atinentes à proteção ambiental, além de prever a necessidade da aprovação, não mais de um zoneamento urbano, e sim de um zoneamento ambiental. Não se pode, pois, mais refletir sobre o Direito Urbanístico sem levar em conta o contexto maior em que se situa, ou seja, o Direito Ambiental. O tratamento concomitante das duas vertentes imperativas para a ordenação racional do espaço urbano e para a adequada proteção ambiental da cidade é a marca preponderante da tese do “direito à

¹ Mestre e doutora em Teoria do Estado e do Direito pela UFRGS. Especialista em Gestão Tributária pela Universidad Castilla La-Mancha. Professora de História do Direito, de Direito Constitucional e de Direito Administrativo da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). Procuradora do Município de Porto Alegre.

cidade” (capítulo II do título VII da Constituição).²

O direito fundamental à cidade, e a vedação da degradação dos espaços urbanos, é um direito atribuído aos indivíduos como um direito social, uma vez que o processo de transformação ocorrido na cidade leva ao exercício do poder coletivo, com a tomada de decisões que objetivam a melhoria das condições urbanísticas para a convivência. São atribuídos a um sujeito plural, singularizado no indivíduo e implicam, basicamente, a proteção de um perímetro mínimo existencial ecológico, vedada a degradação pela efetividade da proibição do retrocesso ambiental e que não se possa argumentar com a escassez de recursos para a não promoção e conservação das condições socioambientais. Como o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o direito à cidade também é intergeracional, inclusivo e social.³

Traço fundamental desse direito à cidade é a participação direta do cidadão na construção do espaço urbano. Havendo, muitas vezes, uma distância entre a vontade do representante e a do representado, pode ser necessária a intervenção direta do cidadão nas decisões públicas, principalmente no que diz respeito ao governo e à Administração: o cidadão comum, na experiência cotidiana, quando se refere às decisões dos representantes, diz “eles decidiram”, e não “nós decidimos”, e, nesse momento, a virtude democrática se esvanece, porque o poder administrativo passa a ser percebido como um poder autônomo, sem relação alguma, mesmo indireta, com a vontade a que ele está submetido através da lei. Esse poder administrativo não cessa de alargar seu campo de intervenção e, mesmo que não existam dúvidas de que a fonte desse poder é a soberania popular, o fato é que, nas decisões concretas, essa vinculação deixa de ser percebida, de modo que fica, na psicolo-

2 Ver, por todos: PRESTES, Vanêsa Buzelato. *Dimensão constitucional do direito à cidade e formas de densificação no Brasil*. Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008; ALFONSÍN, Betânia. O direito à cidade em Juízo. In: GESTA LEAL, Rogério; GAVIÃO FILHO, Anizio (Orgs.). *Bens jurídicos indisponíveis e direitos transindividuais: percursos em encruzilhadas*. Porto Alegre: FMP, 2015. p. 269-291. Acesso em: 11 nov. 2015.

3 Cf. MOLINARO, Carlos Alberto. Direito à cidade e proibição de retrocesso. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre*, Porto Alegre, n. 23, p. 51 e ss., 2009.

gia do cidadão, obnubilada a consciência de viver em uma democracia livre. Por isso, ganha relevância o tema da participação política como aprofundamento e efetiva realização do ideal democrático.

Conceito relativamente recente, a participação pode ser entendida como “tomar parte nas decisões políticas”, e não como o exercício direto do poder (tese da democracia direta). Utilizado pela sociologia para designar o papel do indivíduo na atividade do grupo, na ciência política, como o concurso dos particulares no exercício do poder, o conceito de participação, tal como vem sendo utilizado pela ciência jurídica, refere-se à posição do cidadão na gestão da coisa pública. Como núcleo comum, está a ideia de direito reconhecido aos homens, na condição de membros de uma comunidade política organizada, de tomar parte nos processos de decisão que lhes concernem.⁴

Em matéria administrativa, a participação apresenta uma série de problemas novos porque a autoridade da Administração, na vida de cada dia, é percebida como totalmente autônoma, principalmente nas grandes coletividades. Em comunidades pequenas, a relação entre a Administração e os cidadãos resta suficientemente aproximada pela representação, de modo que a decisão administrativa conserva o seu valor democrático. A participação organizada é, então, menos necessária e, de toda maneira, mais fácil. Já nas grandes comunidades, a participação encontra o seu primeiro obstáculo, qual seja, o segredo de que a Administração se reveste e que funda, em parte, a consciência que ela tem de sua própria importância. Para que os interessados possam participar da decisão administrativa (ou de seus atos preparatórios), é essencial que os processos internos - os arquivos - sejam abertos. Essa publicidade é a primeira etapa para a participação. A segunda é o chamamento dos administrados para que intervenham na decisão, é a participação nos procedimentos de tomada de decisões. A mais tradicional dessas intervenções é a participação através de um órgão consultivo em que os interessados estão presentes (direta ou indiretamente por seus

4 Cf. PARTICIPAZIONE. In: SAVIGNANO, Aristide. *Enciclopedia del diritto*. Milano: Giuffrè, 1992. v. 32, 19, p. 1-13.

representantes). No entanto, é com o diálogo entre a Administração e as pessoas interessadas, o qual implica não somente a possibilidade de elas se defenderem, caso a decisão venha a ameaçar seus interesses, mas principalmente a de apresentarem sugestões baseadas em sua experiência e no seu conhecimento, mais adaptadas à realidade, que se expressa cabalmente a ideia de participação na Administração. Exemplos desse diálogo são as audiências públicas preliminares em matéria de desapropriação ou urbanística, bem como todos os procedimentos que transpõem o princípio *audiatur et altera pars* do procedimento judicial para o domínio do procedimento administrativo.

Feitas tais considerações, pensando-se a Administração do ponto de vista da sua relação com os administrados, isto é, do “comportamento geral da Administração em relação a indivíduos ou grupos da sociedade”⁵, pode ser colocada a questão da “participação direta” do cidadão na vida administrativa, principalmente no que diz respeito ao planejamento da cidade em que vive. Assim, é objetivo do presente trabalho verificar o fundamento e a legitimidade da participação dos cidadãos na produção do “plano urbanístico”, no marco de uma teoria unitária do direito fundamental à cidade. Para alcançar tal fim, é necessário discorrer sobre a questão do aprofundamento do ideal democrático pela participação direta (1). A partir daí, é possível verificar como se dá a participação na Administração Pública (2) e, mais especificamente, no planejamento territorial e socioeconômico da cidade (3).

I. O APROFUNDAMENTO DO IDEAL DEMOCRÁTICO PELA PARTICIPAÇÃO POLÍTICA

No modelo liberal de democracia, sendo o poder político e administrativo formas diferentes de manifestação do poder social, o poder administrativo acaba por ser empregado também para influenciar a formação da vontade parlamentar e o “jogo de forças que regula os interesses

5 MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. São Paulo: RT, 1992. p. 205.

organizados”, de sorte que “o lugar dos cidadãos e de seus interesses individuais é ocupado por organizações e interesses organizados” e o processo democrático fica reduzido à escolha de dirigentes - uma seleção de condutores.⁶

Formado um sistema administrativo relativamente independente da sociedade, surge o problema de saber como o Estado - não só dirigido pelos interesses sociais - pode ao menos ser sensível a esses interesses. Daí, se o sistema político deve assumir a articulação das necessidades públicas relevantes, o sistema administrativo acaba por operar num espaço relativamente estreito: “parece que ele age mais no nível reativo de uma política que tenta contornar crises do que uma política que planeja”.⁷ Assim descrito, o sistema político definido pelo Estado de Direito (um subsistema parcial), ao perseguir fins coletivos especiais e ao regular determinados conflitos, gera problemas de integração social e fica limitado por outros sistemas, fechando-se a intervenções diretas. Ele esbarra na eficiência do poder administrativo (“inclusive na forma de organização do Direito e dos meios fiscais”) e no fato de que muitas das condições que tornam o direito legítimo não se encontram à disposição da política, colocando em xeque a efetividade de suas realizações e a legitimidade de suas decisões.

Com a mudança das tarefas do Estado, mais necessária é a legitimação pela gênese democrática do Direito, porque, neste Estado sobrecarregado, a lei perde cada vez mais seu caráter impositivo⁸ e se altera

6 HABERMAS, J. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 4. ed. Rio de Janeiro, 1997. p. 59; e BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986. p. 23, *verbis*: “[...] sujeitos politicamente relevantes tornaram-se sempre mais os grupos, as grandes organizações, associações de mais diversa natureza, sindicatos das mais diversas profissões, partidos das mais diversas ideologias, e sempre menos os indivíduos. Os grupos e não os indivíduos são os protagonistas da vida política numa sociedade democrática [...]”. A sociedade real, sotoposta aos governos democráticos é pluralista.”

7 HABERMAS, *Direito...*, p. 61

8 Conquanto a Administração no Estado Social assuma tarefas de estruturação e de regulação política, a lei, na sua forma clássica, torna-se insuficiente para programar sua prática. A Administração prestadora de serviços assume tarefas de provisão, de elaboração de infraestrutura, de planejamento e previsão de riscos, agindo para o futuro e cobertura de grandes espaços, de modo que as formas do Direito foram ampliadas para abranger leis experimentais de caráter temporário, cláusulas gerais, referências em branco e conceitos jurídicos indeterminados, desencadeando a discussão sobre a “indeterminação do Direito”.

o sentido da divisão funcional dos poderes.⁹ Com isso, ressaltam, no Estado de Direito, o direito de elaboração legislativa politicamente autônoma, que se concretiza nos direitos políticos fundamentais, que embasam pretensões igualitárias de participação no processo legislativo, e os direitos participativos, que fundamentam pretensões que se dirigem à satisfação dos fins sociais da igualdade de gozo das liberdades privadas e dos direitos de organização política.¹⁰

Por conseguinte, entram em questão o problema da “participação política” e os argumentos a favor e contra a chamada “democracia participativa”, “participação democrática” ou “democracia representativa com caráter participativo”, segundo a posição que se adote.¹¹ Conceito relativamente recente e fenômeno social de grande complexidade que apresenta dimensões e aspectos diversos, por participação política se pode entender, no plano sociológico, o papel que pertence a um indivíduo no desenvolvimento da atividade de um grupo ou de uma associação; na perspectiva adotada pela ciência política, participação é o concurso dos particulares no exercício do poder e, finalmente, do ponto de vista da ciência jurídica, participação assinala a posição concedida ao cidadão na gestão da coisa pública.¹²

9 A Administração, no Estado Social, está insuficientemente regulada do ponto de vista constitucional, porque ela, “ao preencher suas tarefas de regulação, nem sempre depende de intervenções no sentido técnico-jurídico”, afirma Habermas, e, em tais domínios, programa-se a si mesma e passa a proceder consoante a máxima da proporcionalidade e outras, que “não admitem mais um tratamento normativamente neutro dos textos legais” (Cf. HABERMAS, *Direito...*, p. 175-176).

10 A constatação mais evidente do processo de transformação das estruturas do Estado é que este se deixa cada vez mais descrever como “Estado Administrativo”, isto é, um complexo que presta um número ilimitado de serviços à coletividade, que dirige, supervisiona e estimula todo o campo da ação social que se destina a condicionar a existência humana. Administração de proteção social e de direção da economia não existia no modelo liberal de Estado e, na medida em que ela é o resultado da concorrência das várias classes sociais ao governo, cada uma introduzindo instituições para tutelar seus próprios interesses, pode ser adequadamente descrita como “Administração de um Estado Pluriclasse”, como faz Massimo Giannini in: *I Pubblici poteri negli stati pluriclasse. Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Milano, v. 2-3, p. 389-404, 1979.

11 Em sua crítica aos argumentos participativistas, Sartori reconhece três posições: a) moderada, que propõe uma ênfase renovada na participação; b) elitista, que atribui um papel importante a grupos pequenos e intensos; c) radical (puros), democracia de referendo ou plebiscitária. SARTORI, Giovanni. *A teoria da democracia revisitada 1: o debate contemporâneo*. São Paulo: Ática, 1994, passim.

12 Cf. SAVIGNANO, op. cit., p. 1.

Na perspectiva filosófica, desde o iluminismo adota-se um conceito amplo de república como sendo aquele Estado que se contrapõe a qualquer forma de despotismo e que pode ser realizado também em uma monarquia ou aristocracia, mas que, para sua total realização, precisa da democracia, porque esta foi definida como “um Estado de cidadãos que se fundamenta sobre leis de liberdade”.¹³ A república se aperfeiçoa, segundo a concepção kantiana, no momento em que se realiza essa autonomia por uma participação e codecisão, o mais amplas possível, de todos os cidadãos por igual. Daí que a razão de Estado de uma democracia cidadã exija a autodeterminação e o autogoverno por e para os homens e cidadãos, isto é, uma organização do Estado que tenha como objetivo a maior participação e codecisão possíveis de todos os cidadãos nos assuntos públicos de sua comunidade.¹⁴ Com isso, ganha relevância a “ótima participação” do soberano - o povo - em uma república, como condição essencial “para a *legitimación igualmente ótima* das decisões políticas” e se cunha a fórmula: tanta participação quanto seja possível, tanta representação quanto seja necessário.¹⁵

A essa consideração pode ser acrescentada a tese do “jovem Hegel”, como aprofundada por Honneth, segundo a qual as relações jurídicas constituem um dos lugares em que se trava a “a luta por reconhecimento”, porque no reconhecimento jurídico um homem é respeitado em virtude da propriedade que faz dele uma pessoa de direito, capaz de participar do processo democrático da formação da vontade. A ampliação sucessiva de direitos fundamentais pode ser compreendida de acordo

13 De acordo com Kant, os três poderes do Estado compreendem a relação de um soberano universal (que, do ponto de vista das leis da liberdade, só pode ser o povo unido) com um conjunto de indivíduos do povo enquanto súdito. O ato pelo qual o povo mesmo constitui o Estado é o “*contrato originario, según el cual todos (omnes et singuli) en el pueblo renuncian a su libertad exterior, para recobrarla en seguida como miembros del pueblo considerado como Estado (universi); y no puede decirse que el Estado, el hombre en el Estado, haya sacrificado a un fin una parte de su libertad exterior innata, sino que ha abandonado por completo la libertad salvaje y sin ley, para encontrar de nuevo su libertad en general íntegra, en la dependencia legal, es decir, en un estado jurídico; porque esta dependencia brota de su propia voluntad legisladora*”. KANT, Immanuel. *La metafísica de las costumbres*. 3. ed. Madrid: Tecnos, 1999. p. 146.

14 Cf. MAIHOFFER, Werner. Principios de una democracia en libertad. In: HEYDE, Wolfgang (Org.). *Manual de derecho constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 1996. p. 266 et seq.

15 Cf. *Ibidem*, p. 268-269.

com a “concepção moral segundo a qual todos os membros da sociedade podem ter assentido por discernimento racional à ordem jurídica estabelecida” e, por isso mesmo, deve-se esperar dos cidadãos a disposição à obediência.¹⁶ Essa ampliação dos direitos individuais fundamentais, obtida pela luta social por igualdade, ampliou o *status* objetivo de uma pessoa, dotando-a de novas atribuições e estendendo tais atribuições a um número sempre crescente de membros da sociedade. Com isso, o Direito ganhou determinados conteúdos, nos quais “as diferenças nas chances individuais de realização das liberdades socialmente garantidas encontram uma crescente consideração jurídica”, e as relações jurídicas foram universalizadas, sendo paulatinamente adjudicadas àqueles grupos que até então estavam excluídos ou desfavorecidos. Decorre daí que há, no interior da esfera jurídica, uma progressiva “luta por reconhecimento”, de modo que os confrontos práticos surgidos “por conta da experiência do reconhecimento denegado ou do desrespeito, representam conflitos em torno da ampliação tanto do conteúdo material quanto do alcance social do *status* de uma pessoa de direito”.¹⁷ Assim, na experiência do reconhecimento jurídico, uma pessoa será capaz de se considerar digna de respeito e de autorrespeito se, e tão somente, ela partilhar com todos os outros membros da comunidade as propriedades que a capacitam a participar na formação da vontade política (ainda que no plano discursivo).¹⁸

Postas essas premissas, pode-se afirmar que, em seu significado mais elementar, a participação indica e realiza “um tomar parte” nos processos de decisão: esse é o núcleo comum do conceito adotado nas várias disciplinas do pensamento. Os juristas falam de participação política em um sentido prescritivo, ou valorativo, e em um sentido descritivo, porém não estão de acordo a respeito dos vários institutos que correspondem à ideia abstrata de participação.¹⁹ Mais do que isso, con-

16 Cf. HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. São Paulo: Editora 34, 2003. p. 192.

17 Idem.

18 Cf. *Ibidem*, p. 197.

19 NIGRO, Mario. Problemi dei nostri tempi: il nodo della partecipazione. *Rivista Trimestrale di*

siderados o valor negativo do princípio democrático - a democracia é um regime que protege a esfera inviolável da pessoa humana contra o poder do Estado e seus excessos -, o valor positivo - a democracia é o regime da participação do maior número de cidadãos no governo - e a noção de autonomia (representação da liberdade como poder inalienável, como domínio exercido pela ação livre sobre ela mesma), exige-se a realização das condições aptas a garantir o *exercício* desse poder: condição da democracia, “a participação é a modalidade segundo a qual a ação da vontade livre pode exercer-se de modo efetivo, em contribuição às obras coletivas que são a substância da vida social”.²⁰ Diante dessa constatação, o problema da participação se desloca da possibilidade de o cidadão fazer-se valer individualmente ante o poder político para a possibilidade de fazê-lo em cooperação com seus semelhantes, organizado não só em partidos, como em associações e grupos espontâneos, que acabam por também ser os protagonistas da vida política.

Nessas condições, não havendo alternativas ao sistema de partidos, fica, no entanto, salvaguardada a participação do cidadão no exercício do poder político, se os partidos e as associações garantirem internamente o método democrático, permitindo que os indivíduos realmente concorram para as suas atividades. Assim, podem-se conferir sentido e eficácia prática ao princípio da participação, que aparece como preceito em várias Constituições modernas, tais como a italiana (art. 3º) e a brasileira (art. 1º).²¹

Assumindo que a participação contribui para a progressiva realização do princípio democrático, Habermas, da perspectiva deliberativo-

Diritto e Procedura Civile, Milano, p. 227, mar. 1980.

20 LADRIÈRE, Jean. Le citoyen, le pouvoir politique et l'administration: réflexions sur la démocratie. In: *La participation directe du citoyen à la vie politique et administrative*. Bruxelles: Bruylant Bruxelles, 1986. p. 47.

21 Constituição da República Italiana, art. 3º: “*Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge personali e sociali. È, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto da libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese.*” Texto in: MARIANI, Marco. *Il diritto di accesso dopo la riforma dell'azione amministrativa. Legge 11 febbraio 2005*, n. 15. Torino: Giappichelli Editore, 2005.

-procedimentalista, afirma que, se o substrato social (necessário para a realização de um sistema de direitos) é formado também pelos “fluxos comunicacionais e pelas influências públicas que procedem da sociedade civil e da esfera pública política” através de processos democráticos, é “fundamental o cultivo de esferas públicas autônomas, a participação maior das pessoas, a domesticação do poder da mídia e função mediadora dos partidos políticos não estatizados”.²² Daí as sugestões de acrescentar elementos plebiscitários nas Constituições (instrumentos que viabilizem a participação), as propostas de introdução de mecanismos democráticos básicos nos partidos e associações e as tentativas de controlar constitucionalmente o poder da mídia.

Considerando os esquemas teóricos e as formas organizativas de atuação da participação, pode-se reconhecer, de um lado, que o procedimento (não só o administrativo) é a forma e a técnica organizativa ideal para a emergência dos interesses participativos de diferentes qualidades, que vão desde a cooperação (nas suas formas de audiência obrigatória, elaboração de propostas, possibilidade de discussão etc.) até a codecisão e a prevalência da vontade dos “participantes”. Toda a dificuldade reside na exata delimitação entre interesses individuais e egoísticos dos grupos e os interesses públicos, ou “de todos”, e, por isso, cada ordenamento deve escolher *in concreto*, segundo seus próprios critérios, quais interesses podem ou não ser objeto de participação procedimental.

No reverso da medalha - aquele segundo o qual, pela participação, a sociedade se torna Estado -, a participação introduz no Estado sujeitos sociais e interesses sociais que são institucionalmente estranhos à estrutura constituída. Nesse caso, sem as adequadas cautelas, sem a manutenção dos canais abertos entre sociedade e Estado, a substância social pode reduzir-se às formas jurídicas. Esse ponto crítico é representado principalmente pelos direitos fundamentais: se se quiser pôr os direitos fundamentais no pressuposto da participação, mesmo que

22 HABERMAS, *Direito e democracia*, op. cit., p. 186.

se reconheça o nexo de recíproca integração entre os dois, é forçoso considerar que os direitos fundamentais pertencem ao território “aberto”, não articulado e fixado procedimentalmente, e a participação, ao território “fechado”: ainda que os direitos fundamentais sejam a fonte e a garantia da participação, eles constituem os seus limites, pois a intimidade, o segredo e a vida privada dos cidadãos devem ficar salvaguardados de imissões externas das quais a participação é veículo. Como afirma Nigro, “a degeneração do controle social acha assim na existência e na garantia constitucional dos direitos fundamentais o seu obstáculo mais forte”.²³

No que tange aos institutos jurídicos de participação, também não há acordo, pois nessa categoria são incluídos mecanismos de democracia direta (o *referendum* em particular), institutos da democracia representativa (comitês de quarteirão) e órgãos eletivos para a gestão de escolas, por exemplo; formas de representação de interesses, com a presença de categorias e grupos em órgãos de gestão, presença de usuários na gestão de serviços públicos e, finalmente, a presença de representantes de interesses em órgãos consultivos. Incluem-se igualmente entre os institutos participativos, as várias regras legislativas sobre iniciativa popular e consultas, normas sobre procedimento administrativo. Em suma, tudo o que torna “abertos” e “públicos” os procedimentos políticos e que preveja a intervenção de todos os interessados e de todas as formas sociais, até mesmo a utilização de ações judiciais para tutelar interesses coletivos, pode ser subsumido na categoria “participação”, até a burocracia.²⁴

Feitas essas considerações, pode-se equacionar o problema da participação política em dois planos: a) há participação indireta no exercício do poder, feita através de organismos coletivos, associações e sindicatos que agrupam cidadãos individuais; a participação é direta quando o cidadão toma parte, ele mesmo, no exercício do poder. No plano legis-

23 NIGRO, op. cit., p. 236.

24 LEVI, Franco. Partecipazione e organizzazione. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Milano, Giuffrè, p. 1.626-1.627, 1977.

lativo, há uma repartição de competências entre representantes e representados, nos seguintes termos: em certos casos, os representantes têm a iniciativa das leis e os representados, a decisão - é o referendo, por exemplo; em outros casos, há uma partilha horizontal, de modo que, em algumas matérias, admite-se a participação dos cidadãos, enquanto outras são da competência exclusiva dos representantes; b) no plano da Administração propriamente dita, a participação é a presença - institucional ou funcional - de não profissionais na administração da “coisa pública”.

No plano funcional, participação na Administração significa a faculdade de intervir nos procedimentos preparatórios de planos e de atos administrativos. Nesse caso, a participação tem a função de fornecer informações às autoridades e de servir como instrumento de pressão, ademais de pressupor a publicidade do procedimento. Já a participação institucional (orgânica) é mais complexa porque pressupõe a integração dos não profissionais nas estruturas decisórias da Administração, em vários níveis.²⁵ Em síntese, o princípio político da participação, que inclui as modalidades legislativas e judiciais, está diretamente referido à legitimidade das instituições democráticas, significando participação nas decisões estatais, controle de execução e acesso às informações. No caso, a participação por via do Poder Judiciário se dá com o reconhecimento dos direitos coletivos que passam a figurar no rol de direitos fundamentais e com a conseqüente legitimidade processual de grupos sociais organizados para a defesa dos interesses de seus associados.²⁶

25 Segundo a opinião comum, a presença de não profissionais nos órgãos públicos tende a difundir na coletividade um consenso a respeito das instituições e tende a valer como um canal de comunicação entre as instituições públicas e as demandas coletivas que não encontram adequada expressão nos partidos, nos grupos organizados, nas instituições mesmas (Cf. LEVI, op. cit., p. 1.646). Com posição um pouco distinta, Canotilho destaca três graus de participação: a) a participação não vinculante, assim considerada aquela participação nos processos de decisão, que é apenas consultiva; b) a participação vinculante, que é aquela na própria tomada de decisões e, por conseguinte, limita o poder (p. ex., em conselhos de gestão); e c) participação vinculante e autônoma, que trata da substituição do poder de direção tradicional para outros poderes dentro do sistema. In: CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993. p. 426. Acolhendo parcialmente a sua tese, MENEZES SOARES, Fabiana. *Direito administrativo de participação: cidadania, direito, estado, município*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 153.

26 A participação através do Poder Judiciário é um tema bastante complexo e extrapola o âmbito

2. PARTICIPAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A participação dos cidadãos na Administração não se apresenta nos mesmos termos que a participação na vida política. Dado que o recurso à cooperação ou à colaboração dos cidadãos para a formulação das políticas públicas é indispensável na Administração dos Estados contemporâneos (resolvem-se os problemas da falta de conhecimento e de experiência da Administração em certos domínios - sobretudo das relações económicas -, aumenta a eficiência e a impessoalidade, além de aprofundar-se a realização do espírito democrático), a participação do particular na atividade administrativa pode assumir diferentes formas e níveis de intensidade.²⁷

A doutrina não tem acordo quanto a essa questão, de modo que se apresentam critérios diversos para classificar tanto os modos de participação quanto os seus níveis de intensidade. Quanto aos primeiros, Garcia de Enterría e Fernando Alves Correia fazem referência a uma participação *uti singuli* e uma participação *uti cives*. Pela primeira, o ci-

deste artigo (que trata da participação na Administração Pública *stricto sensu*). Cabe ressaltar, todavia, que, de acordo com Almiro do Couto e Silva, a Constituição de 1946 inaugurou um caminho de iniciar um processo de *democratização do interesse público* porque permite aos cidadãos agirem *pro populo*, isto é, postularem, em juízo, “a invalidação de atos lesivos ao interesse público, com a responsabilização de seus autores”. Assim, no Brasil, chegou-se a uma concepção de pleito civil, *lato sensu*, “em que se tratam pretensões de direito público, como se tratam pretensões de direito privado, só se reconhecendo a hierarquia das regras jurídicas [...], mas estabelecida a justiça igual sob lei processual igual”, salvo exceções como a Lei das Execuções Fiscais (Lei 6.839/80) e, mais modernamente, a Lei de Processo Administrativo. Isso, aliado ao processo de alargamentos das bases constitucionais do Direito Administrativo, aumenta “a participação dos indivíduos na realização dos fins de interesse público”. Fabiana de Menezes Soares chama esse processo de “participação popular através do Poder Judiciário”, reforçando a tese aqui adotada de que o princípio participativo comporta modalidades legislativas, judiciais e administrativas. Para isso, ver: COUTO E SILVA, Almiro. Os indivíduos e o Estado na realização das tarefas públicas. In: *Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba 2: direito administrativo e constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 96-97; MENEZES SOARES, op. cit., p. 98 e ss.; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Participação popular na administração pública. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 1, p. 133-138, 1993. Aprofundamento sobre o tema pode ser feito com a obra coletiva: GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Orgs.). *Participação e processo*. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 1988.

27 Cf. CORREIA, Fernando Alves Correia. *O plano urbanístico e o princípio da igualdade*. Coimbra: Almedina, 1977, p. 252; Représentation et participation dans la vie politique et administrative. In: *La participation directe du citoyen à la vie politique et administrative*. Bruxelles: Bruylant Bruxelles, 1986. p. 61; e GORDILLO, Agustín. Participación administrativa. *Revista de Direito Público*, ano XVIII, n. 74, p. 15-25, abr.-jun. 1985.

dadão participa das decisões administrativas como titular de direitos e interesses próprios; pela segunda, ele participa na condição de membro da coletividade, isto é, como pessoa afetada e portadora do interesse geral.²⁸ Outra classificação corrente é aquela em que se distingue participação direta de indireta, de forma que, pela participação direta, os indivíduos interessados ou o conjunto da população tomam parte diretamente na decisão administrativa, e, pela indireta, o fazem através de representantes ou delegados.²⁹

No que tange aos níveis de intensidade do particular, faz-se a distinção entre participação-audição (a Administração, antes de tomar decisões unilaterais, deve ouvir e consultar os particulares, que podem apresentar pareceres, observações e sugestões) e participação-negociação (a Administração troca pontos de vista e negocia com os interessados com vista à definição comum de uma linha de conduta), sendo que esta última é muito utilizada no âmbito do planejamento territorial e do desenvolvimento econômico-social.³⁰

Outra distinção referente aos níveis de intensidade da participação nas decisões administrativas é a apresentada por Canotilho, que faz a diferença entre participação não vinculativa (feita através de informações, pareceres etc.), participação vinculativa (limitação do poder tradicional) e participação autônoma (substituição do poder tradicional para outros poderes dentro do respectivo sistema - autogestão).³¹ Cristiane Catarina de Oliveira assevera que, na gestão pública, a participação das pessoas pode se dar internamente, através de órgãos colegiados, “cujo objetivo é descentralizar as decisões e permitir a maior participação dos membros do *staff*”, e externamente, através de órgãos colegiados integrados por membros da comunidade.³² Por último,

28 Cf. ENTERRÍA, Eduardo G. *Principes et modalités de la participation à la vie administrative. La participation directe du citoyen à la vie politique et administrative*. Bruxelles: Bruylant Bruxelles, 1986. p. 257; e CORREIA, *O plano urbanístico...*, op. cit., p. 252.

29 CORREIA, op. cit., p. 256; e OLIVEIRA, Cristiane Catarina. *O município brasileiro: participação política e conselhos municipais*. Tese (Doutorado) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005. p. 71.

30 Cf. CORREIA, op. cit., p. 256.

31 CANOTILHO, op. cit., p. 426.

32 OLIVEIRA, Cristiane C. *O município brasileiro...*, op. cit., p. 101.

Sabino Cassese, simplificando a questão, entende por participação na Administração tanto a participação orgânica quanto a participação nos procedimentos, e essas duas formas de participação podem ser diretas ou indiretas.³³

Conquanto a Constituição não faça qualquer distinção entre as formas de participação do cidadão nas atividades administrativas ou mesmo entre as suas intensidades, depreende-se de seu texto que, no âmbito administrativo, a participação está ligada à identificação do interesse geral de modo compartilhado com a população, à diminuição da discricionariedade e a práticas consensuais, sendo expressamente referida no art. 37º, § 3º, da Constituição Federal, que manda o legislador infraconstitucional disciplinar “as formas de participação do usuário na administração direta e indireta”, conforme redação dada pela Emenda Constitucional nº 19. Também nesse caso, autores como Maria Sylvia Zanella Di Pietro asseguram haver formas de participação direta, como o “direito a ser ouvido” em processos judiciais e administrativos - direito de defesa e de contraditório - e o direito a ser consultado - enquete -, conforme disposto no art. 58 da CF (possibilidade de realização de audiências públicas), bem como formas de participação indireta, tais como a participação popular em órgãos de consulta (v.g. o Conselho da República, previsto no art. 89 da CF) e a participação popular em órgãos de decisão (Conselho Federal de Educação, Conselho Tutelar previsto no ECA, Conselho Nacional de Saúde etc.).³⁴ Na atividade de planejamento urbano dos municípios, está prevista a cooperação das associações representativas (art. 29, XII). A legislação infraconstitucional faz referência à participação no processo administrativo e nas questões que envolvem o urbanismo e o meio ambiente, entre outras modalidades não menos relevantes.³⁵

33 CASSESE, Sabino. Le conditions de participation du citoyen à la vie administrative. In: *La participation directe du citoyen à la vie politique et administrative*. Bruxelles: Bruylant Bruxelles, 1986. p. 277.

34 Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Participação popular na administração pública. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 1, p. 133-138, 1993.

35 Cf. PRESTES, Vanêsa Buzelato. *As redes de infraestrutura áreas e subterrâneas e a relação com o poder local - Obrigatoriedade de Licenciamento e Possibilidade de Cobrança pela Utilização*

Nessas condições, verificando as previsões de participação dos cidadãos nas atividades administrativas contidas na Constituição e na legislação infraconstitucional, e utilizando-se parcialmente dos resultados obtidos pela doutrina, destacam-se várias formas participativas, como a participação orgânica, a participação no processo administrativo, a colaboração nas atividades econômicas da Administração e a participação no planejamento urbano. Na avaliação que segue, tratar-se-á da participação no planejamento urbano, que só pode ocorrer na dimensão local - no município.

3. A PARTICIPAÇÃO NO PLANEJAMENTO URBANO

É no domínio da organização do território urbano que se encontram as experiências mais significativas e numerosas de participação do cidadão na atividade administrativa. Nesse setor específico da atuação administrativa, o cidadão participa em procedimentos que lhe afetam diretamente, isto é, a sua participação é *uti singulus*. A razão disso é que a organização do território afeta diretamente o meio de vida do indivíduo. Contudo, essa participação (direta, sem a intermediação de grupos e associações) não concerne aos interesses diretos daqueles que podem ser afetados com as medidas de planejamento e organização do solo, mas aos interesses de todas as pessoas, ou todos os cidadãos que moram na cidade.³⁶

Nas legislações dos diferentes países, o traço comum é a titularidade do direito de participação, existindo diferenças no que concerne aos atos e decisões administrativas que são submetidos a um procedimento participativo de elaboração. Na maior parte dos casos, admite-se a participação direta na planificação urbana ou no plano diretor local ou municipal, bem como nos procedimentos de loteamentos ou de desapropriação. No Direito italiano, por exemplo, distinguiam-se, inicialmente,

do Bem Público. Monografia premiada com o troféu “Oswaldo Aranha Bandeira de Melo” no XXVI Encontro Nacional de Procuradores Municipais. Vitória, 2000, p. 5.

36 Cf. ENTERRÍA, Principes et modalités..., op. cit., p. 267-268.

as “observações” dos particulares nos procedimentos planificatórios - “forma de colaboração cívica e como forma de integração da vontade popular mediata” - e as “oposições” - formas participativas em sentido estrito, porque estas são recursos administrativos próprios, atos de tutela de interesses particulares.³⁷ A evolução se deu no sentido de admitir-se a intervenção, nos procedimentos planificatórios, de qualquer um para tutelar os interesses coletivos, e não só daqueles portadores desses interesses. Nessa perspectiva, o princípio geral orientador da participação não é o do contraditório, e sim o da publicidade da ação administrativa, de modo que se admite a participação dos cidadãos na definição do plano urbanístico para assegurar a publicidade e a imparcialidade da Administração.³⁸ A jurisprudência, na Itália, evoluiu no sentido de que a participação no plano urbanístico não constitui instrumento de tutela de situações subjetivas, mas principalmente instrumento de colaboração cívica que serve para melhorar a tutela do interesse público.

De qualquer modo, é comum, nos ordenamentos jurídicos dos vários países europeus e no Brasil, a consideração de que o plano urbanístico é o instituto fundamental da ação administrativa no âmbito municipal, principalmente na época atual, em que a Administração exerce funções materiais de apoio ao desenvolvimento econômico-social, de promoção da justiça social e de prestações sociais. O plano é, assim, considerado “o instrumento utilizado pela Administração para programar racionalmente a sua intervenção nos mecanismos sociais”³⁹, e se pode distinguir, nesse particular, entre plano socioeconômico e plano territorial. Contudo, na medida em que a planificação urbanística viu alterado o seu significado institucional, pode-se afirmar que o plano do território também se constitui um elemento de transformação social. Que o plano urbanístico seja um instrumento de planificação do desenvolvimento, está expressamente referido no parágrafo único do art. 1º da Lei 10.255/2001: “Para todos os efeitos, esta Lei, denominada

37 Cf. ALPA, Guido. Aspetti e problemi della partecipazione nel diritto urbanistico: appunti per una discussione. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Milano, n. 1, p. 265, 1979.

38 Cf. ALPA, Guido. Aspetti e problemi della partecipazione..., op. cit., p. 266.

39 Cf. CORREIA, Fernando. *O plano urbanístico...*, op. cit., p. 169-170.

Estatuto da Cidade, estabelece normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental”.⁴⁰ Nesses termos, pode ser feita a distinção entre planificação urbanística e planificação econômica segundo o objeto do plano: a primeira tem como objeto o território, intervindo nele diretamente; o objeto da segunda é a determinação de grandes objetivos da política econômico-social.⁴¹

Dadas as funções do plano urbanístico - inventariação da realidade urbanística, conformação do território, conformação do direito de propriedade do solo, gestão do território - e o caráter heterogêneo e variado de seu conteúdo, a doutrina não tem acordo, de modo geral, sobre a sua natureza jurídica. Para os efeitos deste artigo, adota-se a posição de Correia, segundo a qual os planos urbanísticos têm uma natureza eminentemente normativa, principalmente naquela parte que é, na maioria dos casos, denominada “regulamento”: parte escrita na qual estão fixas as regras jurídicas aplicáveis aos imóveis compreendidos nas diversas zonas do território abrangidas no plano.⁴²

Relativamente ao procedimento de formação dos planos urbanísticos, ressalta-se o fato de que eles devem realizar uma justa ponderação de interesses bastante heterogêneos, e muitas vezes conflitantes, e a exigência de formas adequadas de participação dos cidadãos. Isso responde à necessidade de compensar a amplitude do poder discricionário⁴³ no planejamento urbano, na medida em que a “chamada gestão

40 Cf. MEDAUAR, Odete et al. *Estatuto da cidade: lei 10.257, de 10.07.2001: comentários*. São Paulo: RT, 2002. p. 12.

41 Cf. CORREIA, Fernando. *O plano urbanístico...*, op. cit., p. 174.

42 Conforme Fernando Alves Correia, os planos contêm, via de regra, uma parte *escrita* e uma parte *desenhada*. Na parte escrita, há o *relatório*, que descreve as metas e os objetivos do desenvolvimento do território. É uma simples explicação. Há também um *programa de administração urbanística*, que igualmente não produz efeitos diante dos particulares, e, finalmente, o *regulamento*, a par do zoneamento (delimitação “no território do município de zonas ou áreas caracterizadas pela afectação dominante dos seus solos ou pelo uso principal que nele poderá ser feito”), estabelece as orientações genéricas e os parâmetros a que deverá obedecer a ocupação, o uso e transformações das áreas definidas pelo zoneamento. In: *O plano urbanístico...*, op. cit., p. 236.

43 Fernando Correia assevera que, se é uma característica dos planos urbanísticos a vastidão e a complexidade dos interesses envolvidos, “isto comporta o exercício de um poder discricionário,

democrática leva o governante a ouvir a população, a conhecer suas aspirações, para que as políticas e decisões não sejam imperiais e retratem as necessidades coletivas”, assevera Odete Medauar, comentando inciso II do art. 1º do Estatuto da Cidade.⁴⁴

No Estatuto da Cidade, a gestão democrática é assegurada “por meio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano”⁴⁵, e, quando se tratar de implantação de empreendimentos ou atividades potencialmente lesivos ao meio ambiente natural e cultural, ou ao conforto e segurança da população, o poder público municipal deverá, pelo menos, ouvir a população interessada.⁴⁶

É fundamental o papel do “Plano Diretor Urbano”⁴⁷ no planejamento do futuro da cidade: este deve englobar todo o território do município, e os processos de sua elaboração e fiscalização devem contar com a participação da população. Para que essa participação seja efetiva, os poderes públicos devem garantir a promoção de audiências públicas e debates com os cidadãos individualmente e através de associações representativas da comunidade, a publicidade dos documentos e informações e o acesso de qualquer interessado aos mesmos.⁴⁸

Os instrumentos que garantem legitimidade das ações de planejamento urbano e a participação são os órgãos colegiados de política urbana, debates, audiências e consultas públicas, iniciativa popular de projetos de lei e de planos, programas e projetos de desenvolvimento

cujo grau e espessura são directamente proporcionais à variedade das alternativas que se apresentam ao planificador, tanto na seleção dos interesses, como na composição sucessiva dos mesmos no processo de determinação das escolhas”. In: *O plano urbanístico...*, op. cit., p. 260.

44 MEDAUAR, *Estatuto da cidade...*, op. cit., p. 18.

45 Art. 2º, inciso II.

46 Art. 2º, inciso XIII.

47 *Estatuto da Cidade*, art. 39. “A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor, assegurando o atendimento das necessidades dos cidadãos quanto à qualidade de vida, à justiça social e aos desenvolvimento das atividades econômicas, respeitadas as diretrizes previstas no art. 2º desta Lei.”

48 SOUZA, Luiz Alberto. *Estatuto da cidade: perigos e oportunidades*. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO URBANÍSTICO: AVALIANDO O ESTATUTO DA CIDADE, 2., Porto Alegre, 14 a 16 de julho de 2002. *Anais...* Porto Alegre: Evangraf, 2002. p. 40.

urbano, o referendo popular e o plebiscito e as conferências sobre assuntos de interesse urbano.⁴⁹ Além disso, há uma previsão no art. 4º, § 3º, que determina o controle social, “garantida a participação de comunidades, movimentos e entidades da sociedade civil” sempre que a utilização dos instrumentos de que trata a lei demandarem “dispêndio de recursos por parte do Poder Público municipal”. Como informa Fernando Dias Menezes de Almeida:

a previsão deste parágrafo [...] vem a complementar a ideia de gestão orçamentária participativa (cf. *infra* art. 44), assegurando a participação da sociedade não apenas no momento da elaboração dos planos e demais leis orçamentárias, mas também no acompanhamento da execução das medidas que demandam dispêndio de recursos pelo Poder Público.⁵⁰

O Estatuto não faz qualquer distinção se a participação na gestão da cidade é *uti singulus* ou *uti cives*: utiliza os dois conceitos. No art. 32, por exemplo, alude às “operações urbanas consorciadas” e define as mesmas como:

o conjunto de intervenções e medidas coordenadas pelo Poder Público municipal, com a participação dos proprietários, moradores, usuários permanentes e investidores privados, com o objetivo de alcançar em uma área transformações urbanísticas estruturais, melhorias sociais e a valorização ambiental.

Ressalte-se, ainda, por oportuno, que os organismos gestores das regiões metropolitanas e aglomerados urbanos estão obrigados a incluir a participação da população e de associações representativas dos vários setores sociais para “garantir o controle direto de suas atividades e o

49 Estatuto da Cidade, art. 43.

50 MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. In: *Estatuto da cidade*: comentários dos arts. 4º a 8º, op. cit., p. 40.

pleno exercício da cidadania”.⁵¹

Como se vê, a participação popular na organização e planejamento do espaço é obrigatória no ordenamento jurídico nacional. Outro não tem sido o entendimento dos Tribunais. O TJRS, por exemplo, em dois julgados, entendeu haver vício formal no processo legislativo e na produção de lei que instituiu os planos diretores dos municípios de Bento Gonçalves e de Imbé, por desobediência à “condicionante da publicidade prévia e asseguaração da participação de entidades comunitárias, pena de ofensa a democracia participativa”.⁵² Em outra ocasião, julgando lei municipal que estabeleceu normas sobre loteamentos e edificações, o mesmo tribunal considerou inconstitucional a lei, “porque não ocorreu a obrigatória participação das entidades comunitárias legalmente constituídas na definição do plano diretor e das diretrizes gerais de ocupação do território”.⁵³ Finalmente, no julgamento de ação direta de inconstitucionalidade contra lei municipal que instituiu o plano diretor de Guaíba, o TJRS deu provimento à ação sob o argumento da “ausência de participação das entidades comunitárias legalmente constituídas” e

51 Estatuto da Cidade, art. 45.

52 EMENTA: ADIN. BENTO GONCALVES. LEI COMPLEMENTAR N. 45, DE 19 DE MARÇO DE 2001, QUE ACRESCENTA PARAGRAFO UNICO AO ART-52 DA LEI COMPLEMENTAR N. 05, DE 03 DE MAIO DE 1996, QUE INSTITUI O PLANO DIRETOR URBANO DO MUNICIPIO. O ART-177, PAR-5 DA CARTA ESTADUAL EXIGE QUE NA DEFINICAO DO PLANO DIRETOR OU DIRETRIZES GERAIS DE OCUPACAO DO TERRITORIO, OS MUNICIPIOS ASSEGUREM A PARTICIPACAO DE ENTIDADES COMUNITARIAS LEGALMENTE CONSTITUIDAS. DISPOSITIVO AUTO-APLICAVEL. VICIO FORMAL NO PROCESSO LEGISLATIVO E NA PRODUCAO DA LEI. AUSENCIA DE CONTROLE PREVENTIVO DE CONSTITUCIONALIDADE. LEIS MUNICIPAIS DO RIO GRANDE DO SUL SOBRE POLITICA URBANA DEVEM OBEDECER A CONDICIONANTE DA PUBLICIDADE PREVIA E ASSEGURACAO DA PARTICIPACAO DE ENTIDADES COMUNITARIAS, PENA DE OFENSA A DEMOCRACIA PARTICIPATIVA. OFENSA AO PRINCIPIO DA SEPARACAO DOS PODERES E VIOLACAO FRONTAL AO PAR-5 DO ART-177 DA CARTA ESTADUAL. ADIN JULGADA PROCEDENTE. (Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 70002576239, Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Des. Vasco Della Giustina, Julgado em 01/04/2002) EMENTA: ADIN. LEI N. 526/99 DO MUNICIPIO DE IMBE, QUE DISPOE SOBRE NORMAS PARA EDIFICACOES. (Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 70001688878, Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Des. Vasco Della Giustina, Julgado em 03/12/2001).

53 CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA. LEI MUNICIPAL. EDIFICAÇÕES E LOTEAMENTOS. FALTA DE PARTICIPAÇÃO DE ENTIDADES COMUNITÁRIAS. INCONSTITUCIONALIDADE. 1. É inconstitucional a Lei 1.365/99 do Município de Capão da Canoa, que estabeleceu normas acerca das edificações e dos loteamentos, alterando o plano diretor, porque não ocorreu a obrigatória participação das entidades comunitárias legalmente constituídas na definição do plano diretor e das diretrizes gerais de ocupação do território, conforme exige o art. 177, § 5.º, da CE/89. 2. AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE. (Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 70003026564. Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça do RS. Rel. Des. Clarindo Favretto. Julgada em 16/09/2002).

da “falta de ampla divulgação e devida publicidade” ante os “riscos de prejuízos irreparáveis ao meio ambiente e à qualidade de vida da população pela não concretização do prévio Estudo de Impacto Ambiental” previsto em lei.⁵⁴

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em síntese, é no domínio da organização do território urbano que se encontram as experiências mais significativas e numerosas de participação do cidadão na atividade administrativa. Nesse setor específico da atuação administrativa, o cidadão participa, na maior parte dos casos, em procedimentos que o afetam diretamente, isto é, a sua participação é *uti singulus*. A razão disso é que a organização do território afeta diretamente o meio de vida do indivíduo. Contudo, essa participação (direta, sem a intermediação de grupos e associações) não concerne aos interesses diretos daqueles que podem ser afetados com as medidas de planejamento e organização do solo, mas aos interesses de todas as pessoas, ou de todos os cidadãos que moram na cidade.

Para que essa participação seja efetiva, os poderes públicos devem garantir: a promoção de audiências públicas e debates com os cidadãos individualmente e através de associações representativas da comunidade, a publicidade dos documentos e informações e o acesso de qualquer interessado aos mesmos. A consideração dos tribunais brasileiros é a de que essa participação na organização e planejamento do espaço urbano é obrigatória, sob pena de nulidade do plano.

Os instrumentos que garantem a legitimidade das ações de plane-

54 ação direta de inconstitucionalidade - lei municipal nº 1.635/2001 de GUAÍBA que altera o art. 55 da lei municipal nº 1.102/92 (plano diretor) - ordenamento urbano local - ausência de participação das entidades comunitárias legalmente CONSTITUÍDAS na definição do plano diretor e das diretrizes gerais de ocupação do território - falta de ampla divulgação e da devida publicidade - risco de prejuízos irreparáveis ao meio ambiente e à qualidade de vida da população pela não concretização do prévio estudo de impacto ambiental para viabilizar a alteração prevista na lei impugnada - afronta aos artigos 1º, 8º, 19, 177, § 5º e 251 da constituição estadual e artigos 29, inciso XII e 37 ‘caput’ da constituição federal..Ação julgada procedente. (Ação Direta De Inconstitucionalidade Nº 70008224669. Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça do RS, Rel: Des. João Carlos Branco Cardoso . Julgada em 18/10/2004.)

jamento urbano e da participação são: os órgãos colegiados de política urbana; debates, audiências e consultas públicas; iniciativa popular de projetos de lei e de planos; programas e projetos de desenvolvimento urbano; o referendo popular, o plebiscito e as conferências sobre assuntos de interesse urbano.

Enfim, considerando o município o *locus* privilegiado da participação do cidadão na Administração Pública, é na perspectiva dos planos urbanísticos (planejamento territorial e socioeconômico da cidade) que tal colaboração se revela mais necessária e eficaz, porque permite a uma pessoa, na experiência do reconhecimento jurídico, se considerar digna de respeito e de autorrespeito ao partilhar com todos os outros membros da comunidade a organização do espaço em que vive.

REFERÊNCIAS

ALFONSÍN, Betânia. O direito à cidade em juízo. In: GESTA LEAL, Rogério; GAVIÃO FILHO, Anízio (Orgs.). *Bens jurídicos indisponíveis e direitos transindividuais: percursos em encruzilhadas*. Porto Alegre: FMP, 2015. p. 269-291.

ALPA, Guido. Aspetti e problemi della partecipazione nel diritto urbanistico: appunti per una discussione. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Milano, n. 1, 1979.

BOBBIO, Noberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

BOULOUIS, Jean. Représentation et participation dans la vie politique et administrative. In: *La participation directe du citoyen à la vie politique et administrative*. Bruxelles: Bruylant Bruxelles, 1986

CANOTILHO, J. J. *Direito constitucional*. 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993.

CASSESE, Sabino. Le conditions de participation du citoyen à la vie administrative. In: *La participation directe du citoyen à la vie politique et administrative*. Bruxelles: Bruylant Bruxelles, 1986.

CORREIA, Fernando Alves Correia. *O plano urbanístico e o princípio da igualdade*. Coimbra: Almedina, 1977.

- COUTO E SILVA, Almiro. Os indivíduos e o estado na realização das tarefas públicas. In: *Estudos em Homenagem a Geraldo Ataliba 2: direito administrativo e constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1997.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Participação popular na administração pública. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 1, 1993.
- ENTERRÍA, Eduardo García. Principes et modalités de la participation à la vie administrative. In: *La participation directe du citoyen à la vie politique et administrative*. Bruxelles: Bruylant Bruxelles, 1986.
- GIANNINI, Massimo. Pubblici poteri negli stati pluriclasse. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Milano, v. 2-3, p. 389-404, 1979.
- GORDILLO, Agustin. Participacion administrativa. *Revista de Direito Público*, ano XVIII, n. 74, abr.-jun. 1985.
- GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Orgs.). *Participação e processo*. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 1988.
- HABERMAS, J. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 4. ed. Rio de Janeiro, 1997.
- HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. São Paulo: Editora 34, 2003.
- KANT, Immanuel. *A paz perpétua e outros opúsculos*. Lisboa: Edições 70, 2004.
- KANT, Immanuel. *La metafísica de las costumbres*. 3. ed. Madrid: Tecnos, 1999.
- LADRIÈRE, Jean. Le citoyen, le pouvoir politique et l'administration: réflexions sur la démocratie. In: *La participation directe du citoyen à la vie politique et administrative*. Bruxelles: Bruylant Bruxelles, 1986.
- LEVI, Franco. Partecipazione e organizzazione. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Milano, Giuffrè, 1977.
- MAIHOFFER, Werner. Princípios de una democracia en libertad. In: HEYDE, Wolfgang (Org.). *Manual de derecho constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 1996.
- MARIANI, Marco. *Il diritto di accesso doppo la riforma dell'azione amministrativa: legge 11 febbraio 2005*, n. 15. Torino: Giappichelli Editore, 2005.
- MEDAUAR, Odete et al. *Estatuto da Cidade: lei 10.257, de 10.07.2001: comen-*

tários. São Paulo: RT, 2002.

MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. São Paulo: RT, 1992.

MENEZES SOARES, Fabiana. *Direito administrativo de participação: cidadania, direito, estado e município*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

MOLINARO, Carlos Alberto. Direito à cidade e proibição de retrocesso. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre*, Porto Alegre, n. 23, 2009.

NIGRO, Mario. Problemi dei nostri tempi: il nodo della partecipazione. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, mar. 1980.

OLIVEIRA, Cristiane Catarina. *O município brasileiro: participação política e conselhos municipais*. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005.

PRESTES, Vanêsa Buzelato. *As redes de infraestrutura aéreas e subterrâneas e a relação com o poder local: obrigatoriedade de licenciamento e possibilidade de cobrança pela utilização do bem público*. Monografia premiada com o troféu “Oswaldo Aranha Bandeira de Melo” no XXVI Encontro Nacional de Procuradores Municipais. Vitória, 2000.

PRESTES, Vanêsa Buzelato. *Dimensão constitucional do direito à cidade e formas de densificação no Brasil*. Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008.

RIVERO, Jean. Introduction. In: *La participation directe du citoyen à la vie politique et administrative*. Bruxelles: Bruylant Bruxelles, 1986.

SARTORI, Giovanni. *A teoria da democracia revisitada 1: o debate contemporâneo*. São Paulo: Ática, 1994.

SAVIGNANO, Aristide. *Enciclopedia del diritto*. Milano: Giuffrè, 1992. v. 32, 19.

SOUZA, Luiz Alberto. Estatuto da cidade: perigos e oportunidades. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO URBANÍSTICO: AVALIANDO O ESTATUTO DA CIDADE, 2., 2002. *Anais...* Porto Alegre: Evangraf, 2002.

PLANEJAMENTO URBANO E PLANO DIRETOR NO CONTEXTO DE GESTÃO DEMOCRÁTICA PÓS-ESTATUTO DA CIDADE¹

BETÂNIA DE MORAES ALFONSIN²

O Brasil tem uma trajetória de pouco mais de um século de planejamento urbano, embora o sentido de tal técnica de intervenção estatal tenha se alterado significativamente ao longo do tempo. Na aurora do século XX o país viveu um “boom” nessa área, com muitas cidades sendo objeto de elaboração de “planos de melhoramentos” claramente influenciados pelo urbanismo de além-mar, muito especialmente o urbanismo francês e a reforma urbana levada a cabo na cidade de Paris

- 1 Este artigo foi originalmente publicado na *Revista Brasileira de Direito Urbanístico* com a seguinte referência bibliográfica: ALFONSIN, Betânia de Moraes. Planejamento urbano e plano diretor no contexto de gestão democrática pós-Estatuto da Cidade. *Revista Brasileira de Direito Urbanístico - RBDU*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 33-49, jul./dez. 2015.
- 2 Betânia de Moraes Alfonsin possui graduação em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (1990), mestrado em Planejamento Urbano e Regional pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (2000) e doutorado em Planejamento Urbano e Regional pelo Instituto de Pesquisa e Planejamento Urbano (IPPUR) da UFRJ (2008). Atualmente é professora das Faculdades de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público do RS e da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Atua como professora de Educação a Distância no Programa para America Latina y el Caribe do Lincoln Institute of Land Policy. Em outubro de 2015 foi reeleita para o cargo de Vice-Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Urbanístico (IBDU) (gestão 2015-2017).

pelo Barão Haussmann e que visou modernizar a cidade, ainda dotada da malha viária acanhada herdada do período medieval. No Brasil, a ideia de remodelação das cidades, inspirada pela reforma urbana parisiense, mesclou-se a um ideário higienista que aspirava também ao embelezamento e à modernização das cidades. O Rio de Janeiro viveu sua reforma urbana liderada por Pereira Passos (1902 a 1906), em uma intervenção que ficou conhecida como “bota abaixo” e que é bastante emblemática do sentido do planejamento urbano de então, que tomou tais características em cidades de todo o país.³

Já em meados do século XX, muito especialmente a partir do governo de Juscelino Kubitschek e, com grande ênfase, no período da Ditadura Militar, os objetivos e o tom do planejamento urbano se alteraram e instrumentos como os planos diretores passam a ter uma função estratégica para a própria concepção de desenvolvimento urbano dos governos centrais.⁴ As cidades são percebidas como territórios fundamentais para a industrialização do país, locomotiva do desenvolvimento econômico perseguido pelo Estado, então. Obviamente que as cidades herdadas do período imperial não apresentam um desenho urbano, um traçado viário e uma distribuição de populações e das atividades econômicas condizentes com a pauta desenvolvimentista. É nesse momento que o Brasil assiste à ascensão de uma ideologia de planejamento urbano de caráter funcionalista, tecnicista, com forte influência do urbanismo modernista e claramente intervencionista. O zoneamento passa a ser um instrumento central do planejamento urbano, aliado à ideia de “plano regulador”, no qual o regime urbanístico de cada porção do território é estabelecido em detalhe, desde temas como coeficientes de aproveitamento, atividades permitidas, altura máxima das edificações, densidades e recuos de jardim. Soma-se a isso a definição, de forma

3 Para maiores informações sobre as reformas urbanas promovidas por Haussmann e pelas cidades do Rio de Janeiro e de Porto Alegre, ver Sandra Jathay. *O imaginário da cidade: visões literárias do urbano*. Paris-Rio de Janeiro-Porto Alegre. Porto Alegre: UFRGS, 1999.

4 Ver, a propósito, SCHVARBERG, Benny. Planejamento urbano no Brasil pós-1988: panorama histórico e desafios contemporâneos. In: FARIA, Rodrigo de; SCHVARBERG, Benny (Orgs.). *Políticas urbanas e regionais no Brasil*. Brasília: Universidade de Brasília, Faculdade de Arquitetura e Urbanismo, 2011.

centralizada, do traçado viário estruturador das cidades brasileiras.

A segregação socioespacial de populações de baixa renda, bem como o autoritarismo na elaboração dos planos diretores da época, são um traço importante, também, do planejamento urbano dessa época. Uma piada corrente entre os urbanistas lotados nas Secretarias de Planejamento da década de 1970 ilustra bem o caráter centralizador do planejamento urbano do período do governo militar. Como a prática dos militares era a de planejar o urbano sobre mapas enviados a Brasília e reproduzir o mesmo texto genérico de um modelo de lei do plano diretor, conta-se que uma cidade do interior do Mato Grosso recebeu um “plano diretor” que continha um capítulo chamado “Da orla marítima”, mesmo sendo uma cidade situada a centenas de quilômetros da orla marítima.

CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: UM NOVO PAPEL PARA OS PLANOS DIRETORES

É com a redemocratização do país, após o processo constituinte, que essa visão autoritária do planejamento urbano sofrerá uma derrota ideológica, política e jurídica. O Movimento pela Reforma Urbana, articulado através de um Fórum Brasileiro pela Reforma Urbana durante o processo constituinte, era composto nesse momento histórico por representantes de sindicatos, organizações não governamentais, associações profissionais, associações comunitárias e acadêmicas, além de militantes de diversos outros movimentos sociais (movimentos por moradia digna, transporte de qualidade, universalização do saneamento, participação popular na gestão urbana etc.). O que esses atores e sujeitos coletivos partilhavam em um primeiro momento de “encontro de aspirações” era um sombrio diagnóstico a respeito das cidades brasileiras, do legado de anos de planejamento urbano tecnocrático e autoritário, bem como sobre o futuro das populações moradoras de áreas urbanas. Mas o grande mérito do Fórum Nacional de Reforma Urbana foi a capacidade de ir muito além do conhecimento sobre os principais problemas

das cidades brasileiras, e propor um programa de reforma urbana para o país, apresentando ao Congresso Constituinte uma “emenda popular pela reforma urbana”, que em 22 artigos propunha a introdução de diretrizes para a política urbana e diversos instrumentos novos na política urbana brasileira.

A história é de domínio público e a correlação de forças na Assembleia Constituinte não permitiu a aprovação de uma boa parte das propostas oriundas dos movimentos sociais e apresentadas via “emendas populares”. No caso da emenda da reforma urbana, após o embate com o “centrão”⁵, restaram apenas os artigos 182 e 183, que deram corpo ao capítulo “Da política urbana” na Constituição Federal. Em que pese a aparente derrota, o fato é que foi a primeira vez na história das Constituições brasileiras que a Constituição Federal incluiu um capítulo sobre a política urbana, e esses dois artigos foram importantíssimos para a história que se seguiria nos municípios brasileiros, bem como para inaugurar uma nova fase para o planejamento urbano brasileiro.⁶

O artigo 182 da Constituição Federal⁷, além de delegar a execução da política de desenvolvimento urbano aos entes municipais, mencionou pela primeira vez na história do país as “funções sociais da cidade” como o objetivo da política urbana. A menção ao princípio da *função social da propriedade* consta da Constituição Federal desde a Constituição de 1934⁸; todavia, ao incluir a expressão *funções sociais da cidade*, o constituinte, além de ter demandado um esforço doutrinário de definição do sentido e do alcance dessa expressão, obviamente deu

5 “Centrão” foi a alcunha dada nos meios políticos e na imprensa nacional à aliança de partidos de centro-direita que impediu que as propostas mais progressistas fossem aprovadas durante a Assembleia Nacional Constituinte.

6 ALFONSIN, B. M. Direito à cidade sustentável na nova ordem jurídico-urbanística brasileira: emergência, internacionalização e efetividade em uma perspectiva multicultural. In: WOLKMER, Antônio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). *Os novos direitos no Brasil: natureza e perspectivas, uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas*. São Paulo: Saraiva, 2012.

7 Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

8 FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betania. A construção do direito urbanístico brasileiro: desafios, histórias, disputas e atores. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betania (Orgs.). *Coletânea de legislação urbanística: normas internacionais, constitucionais e legislação ordinária*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 16.

um salto de escala do bem individual “lote” (cuja propriedade também deverá atender a sua função social) para o bem coletivo “cidade”, que, como totalidade, também deverá ser capaz de atender as suas funções sociais. A Constituição de 1988, portanto, rompe com uma visão de “urbanismo lote a lote”, de responsabilidade do proprietário, para passar a pensar a cidade como um todo, demonstrando a intenção de fazer com que o país passasse a tratar o urbanismo como uma função pública e a própria cidade passasse a ser tratada como um bem coletivo.⁹

De fato, desde a Constituição Federal de 1988, os planos diretores, tidos como tradicionais instrumentos de ordenamento territorial dos municípios brasileiros, alteraram significativamente o seu papel. Isso porque o capítulo “Da Política Urbana” da Constituição Federal outorgou a execução de tal política aos municípios e estabeleceu que a função social da propriedade urbana é cumprida quando a mesma atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas pelo plano diretor. Embora a disposição, a princípio, possa parecer inócua, acarreta imensa responsabilidade aos municípios, que passam a ser os responsáveis pelo planejamento urbano da cidade e por determinar as regras para uso, parcelamento e ocupação de cada porção do território urbano, de tal forma a fazer com que a cidade como um todo atenda também às suas funções sociais.

Obviamente, um encargo novo e de tal monta exige dos municípios brasileiros um processo de diagnóstico das tendências estabelecidas no território, das vocações de distintas regiões da cidade, dos movimentos do mercado imobiliário no lançamento e consolidação de novos “endereços” e, muito especialmente, na identificação de conflitos socioespaciais instaurados no território, envolvendo o mapeamento das necessidades de moradia da população de menor renda. Tais conflitos podem estar relacionados a ocupações em áreas ambientalmente frágeis, em áreas de uso comum do povo e, muitas vezes, em regiões da cidade ocupadas também por segmentos populacionais mais abastados,

9 Ibidem.

interessados em livrar-se da presença indesejável de uma vizinhança de outra classe social e que produz suas moradias com materiais precários, carência de infraestrutura e de ocupação desordenada do solo.

Em um cenário de urbanização como o vivido pelo Brasil no século XX, com um afluxo populacional significativo no sentido campo-cidade, é claro que a marca das cidades brasileiras é de uma urbanização caracterizada pela segregação e pela exclusão socioterritorial de uma enorme parcela da população que não tem condições de acessar regularmente o solo urbanizado, em função do valor da mercadoria “terra” nas cidades. Tal mercadoria é juridicamente apropriada no mercado imobiliário através do instituto do “direito de propriedade”, que na ordem jurídica civilista liberal do século passado era exercido livremente pelo proprietário como um direito quase que absoluto, sem maiores deveres para com a coletividade. Na nova ordem jurídico-urbanística brasileira, consolidada pela promulgação da Constituição Federal de 1988 e, sobretudo, pela regulamentação do capítulo da política urbana pelo Estatuto da Cidade, de 2001, tal realidade pode ser enfrentada de maneira bastante eficiente pelos municípios, que, a partir da elaboração de planos diretores participativos, podem adotar instrumentos para monitorar a maneira como as propriedades urbanas estão sendo utilizadas, podendo, inclusive, notificar proprietários de terrenos não utilizados, subutilizados ou não edificadas, para que promovam seu adequado aproveitamento. As regras de zoneamento, uso e ocupação do solo, bem como os instrumentos urbanísticos adotados pelos planos diretores, como norma básica da política de desenvolvimento e expansão urbana, são a peça-chave para promover o combate à retenção especulativa de imóveis urbanos, fazendo com que a cidade e as propriedades urbanas atendam à sua função social.

Na lei e na teoria, esse arranjo institucional é muito eficiente e capaz de romper com uma ordem urbanística excludente e segregadora. No entanto, é em cada um dos 5.565 municípios brasileiros que a função social da propriedade será cumprida, ou não, conforme os processos jurídicos e políticos vividos por cada uma das cidades, especial-

mente consideradas as correlações de forças entre os “atores” sociais, econômicos e políticos de cada contexto municipal. As Secretarias de Planejamento Urbano municipais são as responsáveis pela condução de um câmbio paradigmático no papel do plano diretor, mas é claro que os desafios da gestão urbano-ambiental são imensos para cada uma das cidades brasileiras. Note-se que transitar de um modelo de plano diretor meramente “regulador” das iniciativas do mercado imobiliário para um papel proativo, no qual o município proponha a função social de cada uma das regiões da cidade, bem como instrumentos urbanísticos capazes de GARANTIR esse desiderato, é um movimento que requer, além de vontade política, grande capacidade técnica dos entes municipais.

O PLANEJAMENTO URBANO NO ESTATUTO DA CIDADE

O desafio colocado para os municípios pela Constituição tornou-se ainda maior com a aprovação do Estatuto da Cidade, que ampliou o número de cidades obrigadas a elaborar o plano diretor, prevendo várias outras situações não previstas na Constituição Federal. Segundo o artigo 182, § 1º, da CF, “o plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana”. O Estatuto da Cidade, no entanto, em seu artigo 41, acrescentou novos casos de obrigatoriedade de elaboração do plano:

Art. 41. O plano diretor é obrigatório para cidades:

I - com mais de vinte mil habitantes;

II - integrantes de regiões metropolitanas e aglomerações urbanas;

III - onde o Poder Público municipal pretenda utilizar os instrumentos previstos no § 4º do art. 182 da Constituição Federal;

IV - integrantes de áreas de especial interesse turístico;

V - inseridas na área de influência de empreendimentos ou

atividades com significativo impacto ambiental de âmbito regional ou nacional.

No ano de 2012, após um desastre urbano-ambiental decorrente de uma forte chuva seguida de deslizamento de terras na região serrana do Rio de Janeiro, no qual muitas vidas de pessoas que viviam em áreas de risco foram perdidas, o Congresso Nacional aprovou uma lei que alterou o Estatuto da Cidade e acrescentou ainda um sexto caso de município enquadrado na obrigação de elaborar, votar e adotar plano diretor para orientar o planejamento urbano do município:

[...]

VI - incluídas no cadastro nacional de Municípios com áreas suscetíveis à ocorrência de deslizamentos de grande impacto, inundações bruscas ou processos geológicos ou hidrológicos correlatos.

Todos os casos de obrigatoriedade de elaboração do plano diretor previstos pelo Estatuto da Cidade têm justificativas evidentes a demonstrar a importância do planejamento urbano para que as cidades se tornem mais justas, equilibradas e sustentáveis:

- O caso previsto na Constituição Federal, cidades com mais de vinte mil habitantes, está relacionado ao desejável equilíbrio entre infraestrutura instalada e densidade demográfica máxima para cada região da cidade.
- As cidades inseridas em regiões metropolitanas estão desafiadas a planejar o desenvolvimento urbano de forma a dialogarem com os municípios vizinhos, a fim de enfrentar problemas que transcendem as fronteiras municipais, como são exemplo a coleta de resíduos sólidos, o transporte intermunicipal de passageiros, o gerenciamento de bacias hidrográficas e os programas habitacionais destinados à população de baixa renda.

- As cidades que pretendem aplicar instrumentos de combate à retenção especulativa de imóveis urbanos devem indicar no plano diretor as regiões da cidade em que notificarão os proprietários de terrenos ociosos para que atendam à função social da propriedade. Evidentemente, tais regiões que o município indica como de ocupação prioritária através desse gravame no plano diretor deverão ter infraestrutura instalada capaz de suportar o adensamento populacional derivado de tal intervenção pública no mercado imobiliário.
- As cidades inseridas em regiões de especial interesse turístico precisam planejar a ocupação do território para evitar a sobrecarga da infraestrutura nos momentos de afluxos populacionais extraordinários, como é o caso das cidades litorâneas, por exemplo, onde é frequente que a população seja inferior a 20.000 habitantes na maior parte do ano, embora no período do verão a população se multiplique.
- Também é preciso elaborar plano diretor quando a cidade recebe influência de obras de significativo impacto ambiental, pois obviamente a própria construção de um megaempreendimento (como uma hidrelétrica, por exemplo) atrai populações trabalhadoras e, se a ocupação urbana não é planejada, a obra termina e surge no entorno uma grande favela, com ocupação desordenada do solo e carência de infraestrutura.
- É quase dispensável comentar a necessidade de planejar a ocupação de cidades com áreas sujeitas a deslizamentos e inundações, visto que as tragédias urbano-ambientais, recorrentes no país, são o maior testemunho de que a ausência de planos diretores e a construção em áreas de risco geológico sem a intervenção preventiva do Poder Público têm sido responsáveis pela aniquilação de ambiências urbanas e pela perda de muitas vidas humanas.

Todas essas novas situações enquadraram centenas de municípios na obrigação de elaborar seus planos diretores desde a promulgação do

Estatuto da Cidade, em 2001, sendo que muitos deles não tinham planos diretores anteriormente ou, em alguns casos, sequer as mais elementares normas urbanísticas. Da mesma forma, os municípios atingidos pelo novo encargo enfrentavam dois tipos de problemas administrativos para dar conta da tarefa: a carência pura e simples de técnicos concursados com expertise para trabalhar na elaboração dos planos diretores, ou ainda a *cultura* tecnicista herdada do período anterior à Constituição de 1988, que ainda hegemonizava as mentes dos arquitetos urbanistas de muitos municípios, dificultando a elaboração de planos diretores alinhados às diretrizes de política urbana preconizadas pelo Estatuto da Cidade.

A PARTICIPAÇÃO POPULAR NOS NOVOS PLANOS DIRETORES

Para além de elaborar um plano diretor com um perfil bastante distinto ao de um plano regulador tradicional, o Estatuto da Cidade ainda estabelecia uma nova metodologia para fins de elaboração dos planos diretores que também agregou dificuldades ao processo, já que a lei federal de desenvolvimento urbano exige a incorporação da participação popular no processo de elaboração do plano diretor de uma maneira bastante clara e inovadora, visando romper com o autoritarismo de outrora e permitir que os novos planos diretores sejam capazes de expressar *pactos* a respeito das *regras do jogo* de produção da cidade, obtidos durante os debates realizados e envolvendo o maior número possível de atores.

A questão da democratização da gestão da política urbana é uma consequência lógica do fato de que o Brasil é um Estado Democrático de Direito, que, já no artigo 1º de sua Constituição Federal, menciona em parágrafo único: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. É evidente que tal comando constitucional deve ter reflexos, como os de um prisma, sobre todas as políticas públicas. No caso da

política urbana, o Estatuto da Cidade foi claro já nas diretrizes estabelecidas no artigo 2º da lei, que determina:

Art. 2º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:

[...]

II - gestão democrática por meio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano;

[...].

Não bastasse a clareza dessa diretriz da política urbana, há ainda uma disposição específica relacionada ao processo de elaboração do plano diretor no artigo 43 do Estatuto da Cidade, em seu § 4º:

§ 4º No processo de elaboração do plano diretor e na fiscalização de sua implementação, os Poderes Legislativo e Executivo municipais garantirão:

I - a promoção de audiências públicas e debates com a participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade;

II - a publicidade quanto aos documentos e informações produzidos;

III - o acesso de qualquer interessado aos documentos e informações produzidos.

A democratização da elaboração dos planos diretores deixou de ser uma faculdade e passou a ser uma obrigação do gestor público, tendo já, inclusive, consequências jurídicas importantes. No Rio Grande do Sul, o município de Capão da Canoa teve seu plano diretor anulado em virtude da ausência de participação popular durante o processo de ela-

boração do mesmo. A ementa do acórdão que julgou procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade assim foi redigida:

CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA. LEI MUNICIPAL. EDIFICAÇÕES E LOTEAMENTOS. FALTA DE PARTICIPAÇÃO DE ENTIDADES COMUNITÁRIAS. INCONSTITUCIONALIDADE.

1. É inconstitucional a Lei 1.365/99 do Município de Capão da Canoa, que estabeleceu normas acerca das edificações e dos loteamentos, alterando o plano diretor, porque não ocorreu a obrigatória participação das entidades comunitárias legalmente constituídas na definição do plano diretor e das diretrizes gerais de ocupação do território, conforme exige o art. 177, § 5.º, da CE/89.

2. AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE.¹⁰

No caso do Rio Grande do Sul, outros municípios tiveram seus planos diretores anulados com o mesmo fundamento, inclusive porque a Constituição do estado reforça a vinculação do gestor ao devido processo democrático, sendo um importante reforço da diretriz de democratização da gestão da política urbana contida no Estatuto da Cidade.

Embora tal comando seja perfeitamente compreendido pelos municípios, muitas vezes não é por má-fé que a participação popular deixa de ocorrer, mas porque há uma perplexidade dos técnicos sobre COMO organizar os processos de discussão de uma peça altamente técnica como são os planos diretores, incorporando de forma adequada a participação popular. Como organizar uma audiência pública que não seja meramente homologatória de decisões já tomadas, mas na qual um debate real aconteça, na qual a população possa participar com conhecimento de causa, bem como com poder decisório? Como garantir que a população interessada em participar de tais processos seja capacitada para tanto, através da realização de cursos, da elaboração de cartilhas e vídeos didáticos que partilhem o vocabulário técnico do planejamento urbano

10 Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 70005449053. Tribunal Pleno. TJRS

com a população em um verdadeiro processo de empoderamento cidadão? Sem entendimento do que está sendo debatido, não há interesse nas discussões, esvaziando o processo e a legitimidade do futuro plano diretor.

A necessidade de construir - entre os técnicos urbanistas responsáveis pelo plano diretor e a população interessada no sentido dos comandos da lei - um *patamar mínimo comum* de entendimento dos conceitos que estão em jogo, portanto, é uma necessidade incontornável, sob pena de traição da diretriz de gestão democrática estabelecida pelo Estatuto da Cidade. Ademais, quando o processo de elaboração de um plano é produzido de maneira falha no que diz respeito à participação popular, velhas dinâmicas de dominação são reproduzidas, sem que nada de novo seja produzido. Nesse caso, a chance de que a lei do plano diretor somente viabilize os interesses do mercado imobiliário são muito grandes, impedindo a transformação das nossas cidades em territórios mais justos e incluídos para o conjunto da população.

Saliente-se ainda a necessidade de transparência durante o processo de elaboração dos planos diretores, sendo igualmente um imperativo jurídico a disponibilização dos documentos e propostas produzidas para que a população e entidades possam tomar conhecimento e, querendo, opinar e participar das decisões que vão sendo tomadas a respeito do território municipal. A Lei de Acesso à Informação, recentemente aprovada (lei 12.527/11), reforça ainda mais essa obrigatoriedade de publicidade durante a elaboração da lei do plano diretor. Trata-se, a um só tempo, de uma garantia democrática e de um pré-requisito para que a participação popular possa ocorrer, representando mais um desafio a ser enfrentado pelos municípios.

AS DIRETRIZES DA POLÍTICA URBANA

Neste ponto é importante ressaltar que o Estatuto da Cidade previu uma metodologia participativa, mas orientou o *sentido* da normativa urbanística que deverá estar contida no plano diretor. O Estatuto da

Cidade adota diretrizes *norteadoras* da política urbana em direção a uma efetiva reforma urbana que garanta a função social da propriedade e o direito à cidade para todos(as) os(as) habitantes da cidade. Evidentemente que esse ideário se concretiza através da adoção e da aplicação de instrumentos urbanísticos, mas os mesmos só terão legitimidade quando aplicados considerando as orientações contidas nas diretrizes da política urbana estabelecidas pelo artigo 2º do Estatuto da Cidade.

Para além do atendimento da função social da cidade e da propriedade, da garantia do direito a cidades sustentáveis e da gestão democrática da política urbana, já comentados aqui, outra diretriz importante e que norteará, de fato, vários instrumentos regulados pela lei e que poderão ser incorporados aos planos diretores é a expressa no inciso XI desse artigo 2º, que prega a necessidade de **“recuperação dos investimentos públicos de que tenha resultado a valorização de imóveis urbanos”**. Esse é um princípio importante para reverter a tendência histórica e territorialmente consagrada em nossas cidades de privatização dos investimentos públicos por uns poucos proprietários e/ou empreendedores. Quem lucra com a produção da cidade deve dar uma contrapartida aos cofres públicos pela oneração dos equipamentos e da infraestrutura instalada pelo poder público. Trata-se de uma clara indicação da necessidade de intervenção estatal no domínio econômico, reafirmando, em boa medida, o princípio basilar da política urbana contido na exigência constitucional de se garantir a função social das propriedades urbanas. Essa diretriz se articula diretamente com a ideia contida na diretriz do inciso IX, que prevê a **“justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do processo de urbanização”**.

Visando incrementar o poder municipal sobre o território urbano, a lei previu ainda, como diretriz da Política Urbana, **“a integração e complementaridade entre as atividades urbanas e rurais, tendo em vista o desenvolvimento socioeconômico do Município e do território sob sua área de influência”**; essa diretriz tem reflexos evidentes na compreensão de plano diretor que o Estatuto da Cidade almeja, que deverá englobar a cidade como um todo, conforme expressa determinação do

artigo 39.

Por fim, caberia destacar a valorização do **direito à moradia e à segurança da posse** nesse desenho de política urbana esboçado no artigo 2º, que também deverá ter reflexos nos planos diretores. A preocupação aparece tanto no que diz respeito à produção e oferta de novas moradias como na regularização fundiária dos assentamentos existentes. As diretrizes dos incisos XIV e XV são sensíveis às reais necessidades dos municípios brasileiros nesse particular:

XIV - regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda mediante o estabelecimento de normas especiais de urbanização, uso e ocupação do solo e edificação, consideradas a situação socioeconômica da população e as normas ambientais;

XV - simplificação da legislação de parcelamento, uso e ocupação do solo e das normas edilícias, com vistas a permitir a redução dos custos e o aumento da oferta dos lotes e unidades habitacionais;

[...].

No que diz respeito aos planos diretores, essas duas diretrizes são centrais, acarretando a necessidade de elaborar planos diretores que ampliem de fato as oportunidades de acesso ao solo urbano regularizado às famílias de baixa renda. Identificar as áreas tradicionalmente ocupadas por populações pobres na cidade, as favelas, os loteamentos clandestinos é uma tarefa de planejamento urbano. Embora durante o período da Ditadura Militar os assentamentos autoproduzidos fossem invisibilizados nos planos diretores, na atual ordem jurídico-urbanística brasileira, é um dever romper com a visão de cidade idealizada e reconhecer a cidade real, dando visibilidade aos assentamentos autoproduzidos, adotando medidas como a regulamentação e a adoção do gravame de Zeis - Zonas Especiais de Interesse Social, por exemplo, o que possibilitará a utilização de um regime urbanístico próprio, propos-

to a partir do projeto urbanístico. Note-se que a diretriz da política urbana, ao falar de regularização, permite o estabelecimento de normas especiais de urbanização, uso e ocupação do solo e edificação. De fato, seguir o regime urbanístico do entorno implicaria a necessidade de ignorar as moradias existentes e reconstruir o assentamento, fazendo terra arrasada dos esforços da população que autoconstruiu sua moradia. Assim, através de instrumentos como as Zonas Especiais de Interesse Social, é possível propor e produzir regularizações fundiárias que respeitem o existente sem perder de vista um critério de habitabilidade, sustentabilidade e qualidade de vida.

As Zonas Especiais de Interesse Social também podem ser utilizadas de uma maneira ainda mais inovadora: é possível gravar áreas na cidade para fins de produção de Habitação de Interesse Social (HIS). Para além de ser uma maneira importante de o município disputar com o mercado imobiliário áreas bem localizadas para a produção de moradias para a população de baixa renda, esse mecanismo também tem um efeito sobre o preço da terra, tornando-a mais acessível e instaurando, portanto, *contratendências* em um mercado estruturalmente excludente, no qual os pobres constroem suas casas nas terras que “sobram” (em geral áreas de risco ou protegidas pela legislação ambiental). O mecanismo, portanto, é um exemplo significativo da forma como o planejamento urbano pode ter um papel transformador nas cidades, desde que os instrumentos urbanísticos sejam revisitados e passem a ser utilizados em uma perspectiva de reforma urbana.

Além das Zeis, para incentivar a produção de novas moradias em áreas bem localizadas da cidade, o Estatuto da Cidade também inovou e traz um comando para que a política habitacional simplifique a legislação local de parcelamento, uso e ocupação do solo, bem como das normas edilícias. Essa regulação, muitas vezes incluída como um “capítulo” do plano diretor, adota, normalmente, padrões bastante elitistas, inadequados para a população de baixa renda e, portanto, promotores de segregação socioespacial. Propor, contudo, novas regras para a produção de Habitação de Interesse Social também requer uma expertise

que o corpo técnico de muitos municípios ainda não possui, aumentando as necessidades de assessoramento qualificado para fins de elaboração dos planos diretores nesse cenário pós-Estatuto da Cidade.

OS INSTRUMENTOS DA POLÍTICA URBANA

Na forma como o Estatuto da Cidade foi estruturado, os municípios deverão elaborar seus planos diretores observando não apenas as diretrizes orientadoras da política urbana, mas através dos novos instrumentos urbanísticos introduzidos pela lei. Dentre tais instrumentos, além das Zonas Especiais de Interesse Social, citadas no artigo 4º, o Estatuto da Cidade regulamentou os **instrumentos de combate à retenção especulativa de imóveis urbanos**, trazendo regras mínimas para que os municípios possam aplicar a notificação para parcelamento, edificação ou utilização de imóveis não utilizados, subutilizados ou não edificados (art. 5º da lei 10.257/01). Tais instrumentos, essenciais para o monitoramento, pelos municípios, do cumprimento (ou não) da função social da propriedade, devem ser não apenas previstos no plano diretor, mas territorializados no mapa, devendo o plano diretor identificar as áreas da cidade em que tais instrumentos serão aplicados. Se a notificação para aproveitamento adequado do imóvel não for atendida, o município poderá lançar o IPTU progressivo no tempo e, após 5 anos de incidência de alíquotas que podem dobrar em relação ao ano anterior, o município poderá ainda lançar mão da desapropriação com pagamento em títulos da dívida pública. São instrumentos inovadores em termos de política urbana, mas note-se que não podem sequer existir no ordenamento jurídico se não estiverem previstos no plano diretor.

Os planos diretores preconizados pelo Estatuto da Cidade devem ainda indicar as áreas do município que aplicarão outros instrumentos urbanísticos importantes, como o direito de preempção, a outorga onerosa do direito de construir, as áreas em que os proprietários poderão realizar a transferência do direito de construir e, ainda, as áreas que estarão sujeitas à realização de operações urbanas consorciadas.

Tais instrumentos trouxeram inovações importantíssimas para a execução da política urbana no Brasil, fazendo com que os municípios estivessem, enfim, capacitados para uma maior incidência no processo de produção da cidade, abandonando uma postura de mero espectador das iniciativas do mercado imobiliário. O direito de preempção traz novas possibilidades para que os municípios adquiram os imóveis necessários para fins urbanísticos, superando de forma vantajosa o instituto da desapropriação. A outorga onerosa do direito de construir recupera para a coletividade uma parte da valorização que terrenos privados experimentam em função do conteúdo da normativa urbanística. A transferência do direito de construir trouxe uma bem-vinda possibilidade de compensação financeira pela preservação de imóveis considerados de interesse arquitetônico, paisagístico, histórico ou ambiental, rompendo com as limitações de instrumentos como o tombamento, por exemplo.

As operações urbanas consorciadas merecem um comentário mais robusto, pois de fato revolucionam o próprio modelo de planejamento urbano adotado pelo Brasil. Segundo Javier Garcia-Bellido, os planos diretores podem ser *não vinculantes* ou *vinculantes*, com vantagens e desvantagens em cada um dos casos:

Planos locais não vinculantes para os particulares; orientadores ou indicativos, que não criam direitos-deveres; flexíveis e versáteis em suas indicações indeterminadas, livremente negociáveis, discricionais em suas aplicações caso a caso, conforme acordem as partes; com uma flagrante incerteza e insegurança jurídico-econômica para os particulares antes de procederem à tomada de suas decisões urbanísticas [...].

Planos atos vinculantes para todos, conforme o nível; estatutários, atributivos ou criadores de um rígido dimensionamento dos direitos e deveres legais; inflexíveis, fixos e inamovíveis, em observância a suas determinações enquanto estão em vigor; não discricionários em cada caso (a discricionariedade está na deliberação de suas determinações);

indutores ou garantidores de uma certeza e segurança jurídico-econômica, mas facilmente revisáveis ou modificáveis; de demorada elaboração interna e pública e com grande participação cidadã, porém mais rápidos na devida autorização reconhecimento (licença) do direito-faculdade exercível (simples atos declaratórios de direito) [...].¹¹

No caso brasileiro, o modelo de plano diretor adotado pela Constituição Federal é rígido, ou seja, vinculante. As operações urbanas consorciadas, no entanto, introduzem uma flexibilidade no regime urbanístico da área atingida pela operação que permite um planejamento urbano por projeto, aproximando-se do modelo de plano diretor não vinculante, segundo a classificação proposta por Garcia Bellido. De fato, o instrumento aposta em uma concertação entre poder público, iniciativa privada e população atingida pelo projeto, já que todas as alterações introduzidas no regime urbanístico da área abrangida pela operação urbana prevista no plano diretor deverão ser aprovadas por lei específica e a forma de controle da operação será necessariamente compartilhada com a sociedade civil. Além disso, as operações urbanas consorciadas são um importante instrumento de recuperação de mais-valias urbanas, devendo ser incorporadas aos planos diretores a fim de romper com a tradicional privatização da valorização imobiliária decorrente da ação do poder público.¹²

O DESAFIO DA ELABORAÇÃO DOS NOVOS PLANOS DIRETORES

O grande problema para que a “nova ordem jurídico-urbanística”, consubstanciada pelo Estatuto da Cidade e pelo planejamento urbano

11 GARCIA BELLIDO, Javier. Análise comparativa de diferentes modelos urbanísticos europeus e americanos. In: ABRAMO, Pedro (Org.). *Cidades em transformação: entre o plano e o mercado: experiências internacionais de gestão do solo urbano*. Rio de Janeiro: OIPSOLO/IPPUR, 2001. p. 16.

12 Ver, a respeito: ALFONSIN, B. M. Operações urbanas consorciadas como instrumento de captação de mais valias urbanas: um imperativo da nova ordem jurídico urbanística brasileira. In: ALFONSIN, Betania de Moraes; FERNANDES, Edésio (Orgs.). *Direito urbanístico: estudos brasileiros e internacionais*. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

transformador que ele preconiza, saia do papel e conquiste efetividade diz respeito à complexidade tanto da metodologia de elaboração de planos diretores participativos quanto dos novos instrumentos urbanísticos que ele introduziu em nosso ordenamento jurídico. A maior parte dos municípios tem equipes pequenas, dotadas de poucos técnicos arquitetos-urbanistas e, da mesma forma, a esmagadora maioria tem uma formação ainda marcada pela hegemonia dos planos reguladores, de caráter funcionalista e herdados do período anterior à Constituição de 1988. Embora a “caixa de ferramentas” trazida pelo Estatuto da Cidade represente um potencial muito grande de atuação pelos municípios, pode ficar ociosa, dependente da compreensão do alcance de tais instrumentos, da construção de diagnósticos competentes e da vontade política de alterar as dinâmicas e tendências do mercado imobiliário. Decorre daí a necessidade de incrementar a capacidade técnica das prefeituras, aportando expertise nos processos de elaboração dos planos diretores, a fim de garantir que os mesmos possam atingir os objetivos da política urbana e garantir o atendimento das funções sociais da cidade em cada município brasileiro.

O Ministério das Cidades apoiou a elaboração de planos diretores participativos, através da Secretaria Nacional de Programas Urbanos, como uma de suas primeiras ações enquanto ministério recém-criado, ainda no primeiro governo do presidente Lula, em 2003. A campanha nacional “Plano Diretor Participativo: Cidade de Todos” foi idealizada e realizada pelo Ministério das Cidades em conjunto com o Conselho das Cidades. Os resultados dessa campanha foram bastante significativos e, conforme Santos Júnior e Montandon¹³, que coordenaram uma pesquisa nacional sobre os planos diretores, o número de cidades que elaborou seus planos diretores a partir dessa mobilização nacional capitaneada pelo Ministério das Cidades é bem expressivo: “a partir de 2005 o número de Planos Diretores aumentou consideravelmente, passando de

13 SANTOS JUNIOR, Orlando Alves dos; MONTANDON, Daniel Todtmann (Orgs.). *Os planos diretores municipais pós-estatuto da cidade: balanço crítico e perspectivas*. Rio de Janeiro: Letra Capital, Observatório das Cidades, IPPUR/UFRJ, 2011. p. 29.

805 em 2005 para 2318 em 2009”. Cruzando dados do IBGE, os autores concluíram ainda que, dos municípios com mais de vinte mil habitantes (1.644 municípios, segundo o instituto), “1433 declararam ter Plano Diretor, o que corresponde a 87% do total”.¹⁴ Como há ainda outros municípios, para além daqueles com mais de vinte mil habitantes, que estão obrigados a elaborar planos diretores, estima-se que hoje o número de municípios brasileiros dotados de planos diretores seja ainda mais expressivo.

Nesse processo de elaboração dos planos diretores dos municípios brasileiros que passaram a estar obrigados a adotá-lo a partir do Estatuto da Cidade, foi crucial a participação de entidades, organizações não governamentais e empresas especializadas e com experiência na área de planejamento urbano.

No cenário urbano brasileiro, tais entidades, organizações não governamentais e empresas cumprem com uma função social importantíssima ao aportar conhecimento técnico, metodologias adequadas e equipes competentes na assessoria aos municípios na tarefa de planejar o desenvolvimento urbano orientado para a garantia do direito à cidade para todos(as). A própria política urbana preconizada pelo Estatuto prevê em suas diretrizes essa parceria público-privada, estabelecendo em seu inciso III a “cooperação entre os governos, a iniciativa privada e os demais setores da sociedade no processo de urbanização, em atendimento ao interesse social”. Ao participar da elaboração de planos diretores, tais associações e empresas contribuem para o rompimento com uma visão *estadocêntrica* das práticas de planejamento urbano, somando esforços na incorporação de novos atores para uma efetiva democratização da política urbana, condição indispensável para a construção de cidades para todos(as) no Brasil do século XXI.

14 Ibidem.

REFERÊNCIAS

ALFONSIN, Betania de Moraes. Direito à cidade sustentável na nova ordem jurídico-urbanística brasileira: emergência, internacionalização e efetividade em uma perspectiva multicultural. In: WOLKMER, Antônio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). *Os novos direitos no Brasil: natureza e perspectivas, uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas*. São Paulo: Saraiva, 2012.

ALFONSIN, Betania de Moraes. Operações urbanas consorciadas como instrumento de captação de mais valias urbanas: um imperativo da nova ordem jurídico-urbanística brasileira. In: ALFONSIN, Betania de Moraes; FERNANDES, Edésio (Orgs.). *Direito urbanístico: estudos brasileiros e internacionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betania. A construção do direito urbanístico brasileiro: desafios, histórias, disputas e atores. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betania (Orgs.). *Coletânea de legislação urbanística: normas internacionais, constitucionais e legislação ordinária*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

GARCIA BELLIDO, Javier. Análise comparativa de diferentes modelos urbanísticos europeus e americanos. In: ABRAMO, Pedro (Org.). *Cidades em transformação - entre o plano e o mercado: experiências internacionais de gestão do solo urbano*. Rio de Janeiro: OIPSOLO/IPPUR, 2001.

PESAVENTO, Sandra Jathay. *O imaginário da cidade: visões literárias do urbano: Paris-Rio de Janeiro-Porto Alegre*. Porto Alegre: UFRGS, 1999.

SANTOS JUNIOR, Orlando Alves dos; MONTANDON, Daniel Todtmann (Orgs.). *Os planos diretores municipais pós-estatuto da cidade: balanço crítico e perspectivas*. Rio de Janeiro: Letra Capital, Observatório das Cidades, IPPUR/UFRJ, 2011.

SCHVARSBERG, Benny. Planejamento urbano no Brasil pós-1988: panorama histórico e desafios contemporâneos. In: FARIA, Rodrigo de; SCHVARSBERG, Benny (Orgs.). *Políticas urbanas e regionais no Brasil*. Brasília: Universidade de Brasília, Faculdade de Arquitetura e Urbanismo, 2011.

O DIREITO ORIGINÁRIO DOS ÍNDIOS BRASILEIROS SOBRE AS TERRAS QUE TRADICIONALMENTE OCUPAM

GABRIEL MOURA DE OLIVEIRA¹
HANDEL MARTINS DIAS²

I. INTRODUÇÃO

A defesa dos direitos indígenas no Brasil pode amparar-se, no plano constitucional, em inúmeros dispositivos da Magna Carta, a começar pelo seu primeiro artigo, ao asseverar que a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados, municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem a dignidade da pessoa humana como um de seus fundamentos. Também é importante o terceiro artigo da Constituição brasileira, ao pontificar que constituem objetivos fundamentais da República construir uma sociedade livre, justa e solidária; erradicar a pobreza e a marginalização; reduzir as desigualdades sociais; e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas

1 Acadêmico do curso de Bacharelado em Direito da Faculdade Estácio do Rio Grande do Sul.

2 Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Professor dos cursos de Bacharelado e de Mestrado em Direito da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público. Membro da Associação Mundial de Justiça Constitucional. Advogado.

de discriminação. Mas há disposições mais específicas a tutelar os índios, como o artigo 215, § 1º, ao assegurar a proteção das manifestações das culturas indígenas, e o artigo 216, que declara patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial portadores de referência à identidade, à ação e à memória dos diferentes grupos formados da sociedade pátria. E no seu título VIII, “Da ordem social”, a Constituição Federal dedica capítulo próprio à tutela dos índios (capítulo VIII). Entre outros direitos e garantias, reconhece a organização social, os costumes, as línguas, as crenças e as tradições indígenas, bem como os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam.

Por seus conseqüências, o direito à terra é o mais caro ao Direito Constitucional indígena. A terra é imprescindível para a consecução de salvaguarda da cultura dos índios, quando não para a sua sobrevivência física, como demonstra a história. Sem terra própria é-lhes defeso ter as suas vidas culturais, professar suas religiões, usar suas línguas e, não raro, permanecerem vivos.³ Sem embargo, esta temática, em especial no tocante às terras tradicionalmente ocupadas, encerra uma série de celeumas, as quais se prodigalizam sob diferentes e variadas dimensões, para além da abordagem jurídica. Esse complexo cenário não é exclusividade do Brasil.⁴ Por força da colonização, é recorrente em outros países da América, havendo inclusive submissão de lides à Corte Interamericana de Direitos Humanos, como os casos *Awas Tingni vs. Nicarágua*

3 Tal como idealizado em relação às minorias étnicas, religiosas ou linguísticas no artigo 27 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, aprovado em 1966 na 21ª Sessão da Assembleia-Geral das Nações Unidas e ratificado pelo Brasil em 1992. Antes, em 1945, a Carta das Nações Unidas já delineava como um dos seus propósitos promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião.

4 Em 1957, foi aprovada a Convenção nº 107 da Organização Internacional do Trabalho: o primeiro pacto internacional com o propósito específico de codificar as obrigações dos Estados em relação aos povos indígenas e tribais. De caráter integracionista e baseada na premissa de que os povos indígenas e tribais são sociedades temporárias destinadas a desaparecer com a modernização, a Convenção nº 107 trata de diversas matérias, já prevendo o direito de propriedade, coletivo ou individual, aos membros das populações interessadas sobre as terras que tradicionalmente ocupam (art. 11). A Convenção nº 107 foi ratificada pelo Brasil em 1965 e, em 2002, restou denunciada quando se ratificou a Convenção nº 169, a nova convenção da Organização Internacional do Trabalho sobre os direitos dos povos indígenas e tribais. Calcada na perspectiva de que os povos indígenas e tribais constituem sociedades permanentes e reconhecendo a sua diversidade étnica e cultural, a Convenção nº 169 da OIT reafirmou e ampliou os direitos dos índios sobre as terras tradicionalmente ocupadas por eles (arts. 13 a 19).

gua, *Yakye vs. Paraguai*, *Sawhoyamaxa vs. Paraguai* e *Xákmok Kasec vs. Paraguai*.⁵ Embora comum à judicialização interna, o Brasil não se submeteu, nessa matéria, à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos. O caso mais importante julgado no país tem origem na ação popular questionando a demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol, tombada no Supremo Tribunal Federal como Petição 3.388/RR. Este breve ensaio visa a sintetizar a pesquisa em curso sobre os direitos dos índios no Brasil sobre as terras que tradicionalmente ocupam.⁶ Por primeiro, analisa-se o artigo 231 da Constituição Federal, que reconhece os direitos originários dos índios sobre as terras tradicionalmente ocupadas. Ato contínuo, pelo caráter integrativo e força persuasiva, procura-se sumarizar as diretrizes estabelecidas no caso Raposa Serra do Sol. Por fim, antes da conclusão, examina-se a Proposta de Emenda à Constituição nº 215, pela qual se pretende conferir novos contornos à disciplina da matéria.

2. TERRAS INDÍGENAS TRADICIONALMENTE OCUPADAS

À luz do Direito Indigenista vigente, as terras indígenas podem ser classificadas em quatro modalidades: terras tradicionalmente ocupadas; reservas indígenas; terras dominiais; e terras interditadas. A definição de terras tradicionalmente ocupadas pelos índios encontra-se na própria Constituição Federal, no § 1º de seu artigo 231. Do conceito delineado pelo constituinte de 1988 depreendem-se quatro requisitos

-
- 5 Sobre a condição da jurisdição interna nos países da América Latina com maior população indígena, veja-se MONTAÑO BEDOYA, Julia Victoria. *Jurisdicción indígena en algunos países de América Latina: propuesta para el código procesal constitucional colombiano*. In: VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés (coord.). *Derecho procesal constitucional*. Bogotá: VC, 2011. t. II, v. I, p. 555-578. Sobre a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos a respeito da proteção das comunidades indígenas e de sua reparação, veja-se HERNÁNDEZ, Carlos Arturo. *Reparaciones a las comunidades indígenas en el sistema interamericano de protección de derechos humanos*. In: VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés (dir.). *Derecho procesal constitucional*. Bogotá: VC; Legis, 2014. p. 763-779.
- 6 Este artigo tem origem na pesquisa desenvolvida pelo acadêmico Gabriel Moura de Oliveira, sob a orientação do professor Handel Martins Dias, no âmbito do projeto de iniciação científica intitulado “Justiça Constitucional: a tutela da Constituição Federal e dos direitos fundamentais consagrados no texto constitucional e nos tratados internacionais”, coordenado pelo professor Handel Martins Dias.

para que uma terra seja reconhecida como tradicionalmente ocupada pelos índios: a) a habitação em caráter permanente; b) a utilização para as atividades produtivas; c) a imprescindibilidade para a preservação dos recursos naturais precisos ao bem-estar; e d) a necessidade para a reprodução física e cultural.⁷ Relacionadas a fatores possessório, econômico, ecológico, demográfico e cultural, essas condições devem ser definidas conforme os usos, os costumes e as tradições dos próprios índios.⁸ Segundo Freitas Junior (2008), a tradicionalidade da ocupação deve ser apurada a partir da forma de os índios se relacionarem com a terra. É por meio do seu modo de vida, ou seja, da tradicionalidade de sua relação com a terra que se pode definir se uma terra está ou não ocupada por eles. Para isso, é mister perquirir se os índios empregam os usos, os costumes e a tradição de seus antepassados na ocupação da terra, na inter-relação com seus elementos vivos, nas práticas de suas atividades religiosas, lúdicas, recreativas, bem como nas atividades produtivas, pois também é da cultura indígena uma destinação útil do seu ambiente, na moradia e na extração dos recursos.⁹

A posse imemorial não constitui requisito para que uma terra seja considerada tradicionalmente ocupada pelos índios. Em nenhum momento o texto constitucional elenca o tempo como pressuposto para legitimar a ocupação indígena ou os direitos dela originários. E o § 2º do artigo 231 da Constituição Federal, ao citar *posse permanente*, visa a impor uma garantia para o futuro, no sentido de que essas terras se destinam, para sempre, ao seu *habitat*. Como sublinha José Afonso da Silva

7 Ainda durante o período colonial, por meio do Alvará de 1º abril de 1680, proferiu-se no Brasil o primeiro texto de lei amparando os direitos dos índios sobre as terras por eles tradicionalmente ocupadas. Sobre a proteção do direito indígena às terras no âmbito do direito interno antes da ordem constitucional vigente, veja-se MENDES JUNIOR, João. *Os indígenas do Brasil: seus direitos individuais e políticos*. São Paulo: Typ. Hennies Irmãos, 1912; MENDES, Gilmar Ferreira. *O domínio da União sobre as terras indígenas: o Parque Nacional do Xingu*. Brasília: Ministério Público Federal, 1988; e ROSA, Hilário; BRANCO, Tales Oscar Castelo. *Direito dos índios à terra no passado e na atualidade brasileira: gênese do indigenato*. *Revista do IASP*, São Paulo, v. 11, n. 21, p. 170-185, jan. 2008.

8 Veja-se, a respeito, BADIN, Luiz Armando. Sobre o conceito constitucional de terra indígena. *Arquivos do Ministério da Justiça*, Brasília, v. 51, n. 190, p. 127-141, jul. 2006.

9 Veja-se FREITAS JÚNIOR, Luís de. Hermenêutica constitucional da posse indígena. *Revista da AGU*, Brasília, v. 7, n. 15, p. 129-148, mar. 2008.

(2008), o *tradicionalmente ocupadas* não se refere a uma circunstância temporal, mas ao modo tradicional de os índios ocuparem e utilizarem as terras e ao modo tradicional de produção, enfim, ao modo tradicional de como eles se relacionam com a terra.¹⁰ Por isso, a teor do enunciado sumular nº 650 do Supremo Tribunal Federal, não podem ser consideradas tradicionalmente ocupadas pelos índios as terras de aldeamentos extintos, ainda que possuídas por indígenas em um passado remoto. Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o artigo 231 da Constituição Federal não tem efeitos retroativos, de modo a alcançar títulos de domínio anteriores. O marco temporal de ocupação é a data da promulgação da Constituição, ou seja, 5 de outubro de 1988, salvo renitente esbulho praticado à época por não índios, caracterizado por uma disputa possessória fática ou judicializada.¹¹ Assim, para efeito de reconhecimento como tradicionalmente ocupadas pelos índios, as terras devem ser por eles habitadas em caráter permanente quando da promulgação da Constituição Federal vigente.¹²

Com efeito, a relação dos índios com a terra em que vivem é transcendental, não podendo ser tratada como uma questão fundiária comum, mediante mera aplicação de institutos de tradição romanística. No *caput* do artigo 231, a Constituição Federal reconhece aos índios os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, consagrando, portanto, uma relação jurídica fundada no instituto do indigenato, direito à reserva fundado no Alvará de 1º de abril de 1680, o qual, aliás, jamais foi revogado.¹³ Congênito e primário o direito dos índios sobre as terras tradicionalmente ocupadas, estas se destinam a sua

10 Veja-se, a propósito, SILVA, José Afonso da. Demarcação de terra indígena. *Interesse Público*, Sapucaia do Sul, v. 10, n. 52, p. 89-113, nov./dez. 2008.

11 A propósito, veja-se BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. ARE 803462 AgR/MS. Relator: Ministro Teori Zavascki, j. 09 dez. 2014. *DJe*, 11 fev. 2015.

12 Sobre a impossibilidade de a Constituição Federal produzir efeitos retroativos, anulando alienações efetivadas anteriormente, segundo as normas de regência então vigentes, veja-se ROSA, Hilário; BRANCO, Tales Oscar Castelo. Direito dos índios à terra no passado e na atualidade brasileira: gênese do indigenato. *Revista do IASP*, São Paulo, v. 11, n. 21, p. 170-185, jan. 2008.

13 Veja-se MENDES JUNIOR, João. *Os indígenas do Brasil: seus direitos individuais e políticos*. São Paulo: Typ. Hennies Irmãos, 1912. p. 57 et seq.

posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado o aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais que só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional (art. 231, §§ 2º e 3º).¹⁴ Também decorre da natureza do direito a garantia da irremovibilidade dos índios de suas terras. De acordo com o § 5º do artigo 231 da Constituição Federal, é vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, *ad referendum* do Congresso Nacional, na hipótese de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do país, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco. Além disso, estabelece a Constituição que são nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, assim como a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União.¹⁵ Eventuais benfeitorias derivadas de ocupação de boa-fé não geram direito a indenização ou a ações contra os índios, senão contra a União (art. 231, § 6º).¹⁶

Posto que reconheça os direitos originários dos índios sobre as terras tradicionalmente por eles ocupadas, a Constituição Federal concede à União a propriedade dessas terras (art. 20, IX), a exemplo da ordem constitucional anterior. Isso significa que, no Brasil, não se outorga, como na Nicarágua e no Paraguai, a propriedade das terras indígenas pelos índios, mas, sim, o direito ao seu usufruto exclusivo.¹⁷ Sublinha

14 O § 3º, *in fine*, do artigo 231 da Constituição Federal prevê que deverão ser ouvidas, neste caso, as comunidades afetadas, assegurando-lhes a participação nos resultados da lavra, na forma da lei.

15 A Constituição Federal também estabelece, no § 7º do artigo 231, que não se aplica às terras indígenas o disposto no seu artigo 174, §§ 3º e 4º. O garimpo em terras indígenas só é admitido pelos próprios índios de modo tradicional e em condições administrativas especiais.

16 Também garante a Constituição Federal, no artigo 232, a legitimidade dos índios, de suas comunidades e de suas organizações para ingressar em juízo na defesa de seus direitos e interesses, bem como a intervenção obrigatória do Ministério Público, como fiscal da ordem jurídica, em todos os atos do processo.

17 Veja-se DIAS, Luciana Laura Carvalho Costa. Proteção constitucional às terras tradicionalmente ocupadas por índios: uma análise de direito constitucional comparado. *Revista da AGU*, Brasília,

José Afonso da Silva (2008) que a opção do constituinte de conferir o domínio dessas terras indígenas à União visa precipuamente a preservá-las e a manter o vínculo que se acha embutido na norma constitucional, criando uma *propriedade vinculada* ou *propriedade reservada* com o fim de garantir os direitos dos índios sobre elas. Por isso, a Constituição Federal estatui que compete à União proteger as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios e fazer respeitar todos os seus bens, bem como assegura que essas terras são inalienáveis e indisponíveis, e imprescritíveis os direitos sobre elas (art. 231, *caput* e § 4º). Na mesma linha, disciplina que cumpre à União demarcar as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios (art. 231, *caput*). Consoante o artigo 19 do Estatuto do Índio (Lei nº 201, de 1973), as terras indígenas devem ser demarcadas administrativamente por iniciativa e sob a orientação do órgão federal de assistência ao índio - a Fundação Nacional do Índio (Funai)¹⁸ - de acordo com o processo estabelecido por decreto pelo Poder Executivo.¹⁹ O decreto que atualmente regula o procedimento de demarcação de terras indígenas é o Decreto nº 1.775, de 8 de janeiro de 1996, o qual revogou o Decreto nº 22, de 4 de fevereiro de 1991.

Conforme o Decreto nº 1.775, o procedimento demarcatório das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios é composto de várias fases, sendo permitida a participação em todas elas do grupo indígena envolvido, representado segundo suas formas próprias. A primeira fase é a de estudos visando à identificação e à delimitação da terra indígena. A Funai nomeia, por portaria, um antropólogo de qualificação reconhecida, ao qual cumpre elaborar estudo antropológico de identi-

v. 12, n. 35, p. 253-276, jan./mar. 2013.

- 18 Sucessora do Serviço de Proteção ao Índio (SPI), a Fundação Nacional do Índio é o órgão indigenista oficial do Estado brasileiro, esta vinculada ao Ministério da Justiça. Criada por meio da Lei nº 5.371, de 5 de dezembro de 1967, a Funai é a coordenadora e principal executora da política indigenista do governo federal, tendo como missão institucional proteger e promover os direitos dos povos indígenas no Brasil.
- 19 Pelo artigo 65 do Estatuto do Índio, o prazo para o Poder Executivo demarcar terras indígenas ainda não demarcadas era de cinco anos. Diante do descumprimento do referido quinquênio legal, o constituinte de 1988 estabeleceu, no artigo 68 do Ato de Disposições Constitucionais Transitórias, que a União deveria concluir a demarcação das terras indígenas no prazo de cinco anos a partir da promulgação da Constituição: prazo que tampouco restou cumprido.

ficação da terra, e designa um grupo técnico especializado, composto preferencialmente por servidores do próprio quadro funcional e coordenado por antropólogo, para realizar estudos complementares de natureza etno-histórica, sociológica, jurídica, cartográfica, ambiental e o levantamento fundiário necessários à delimitação.²⁰ Esse grupo técnico pode solicitar, se necessário, a colaboração de membros da comunidade científica ou de outros órgãos públicos para embasar os seus estudos.²¹ Concluídos os trabalhos de identificação e delimitação, o grupo técnico apresenta relatório circunstanciado à Funai, caracterizando a terra a ser demarcada. Aprovado o relatório pela presidência da Funai, o resumo deste, acompanhado de memorial descritivo e do mapa da área, deve ser publicado no Diário Oficial da União e do Estado, bem como afixada a publicação na sede da Prefeitura Municipal da situação do imóvel. Do início do procedimento demarcatório até noventa dias após a referida publicidade, podem se manifestar os Estados e municípios em que se localize a área sob demarcação e demais interessados, apresentando à Funai razões instruídas com todas as provas pertinentes, tais como títulos dominiais, laudos periciais, pareceres, declarações de testemunhas, fotografias e mapas, para o fim de pleitear indenização ou para demonstrar vícios do relatório. Decorrido o aludido prazo para manifestações, a Funai encaminha o procedimento ao ministro da Justiça, juntamente com os pareceres relativos às razões e as provas apresentadas.

Recebido os autos do procedimento, pode o ministro da Justiça ordenar diligências que reputar necessárias. Mediante decisão fundamentada, circunscrita ao não atendimento do disposto no § 1º do artigo 231 da Constituição e demais disposições pertinentes, o ministro da Justiça pode desaprovar a identificação e determinar o retorno do procedimen-

20 Esse levantamento fundiário deve ser realizado, quando necessário, conjuntamente com o órgão federal ou estadual específico, cujos técnicos devem ser designados no prazo de vinte dias contados da data do recebimento da solicitação da Funai (Decreto nº 1.775/1996, art. 2º, § 2º).

21 A teor do § 5º do artigo 2º do Decreto nº 1.775/1996, no prazo de trinta dias contados da data da publicação do ato que constituir o grupo técnico, os órgãos públicos devem, no âmbito de suas competências, prestar-lhe informações sobre a área objeto da identificação. Às entidades civis é facultada a prestação dessas informações.

to à Funai. Caso acolha o relatório, ele expede portaria com declaração dos limites da terra indígena, autorizando que sejam demarcadas fisicamente, com a materialização dos marcos e georreferenciamento. A demarcação ainda deve ser homologada, por decreto, pelo presidente da República. Após a publicação do decreto homologatório, a Funai deve promover o respectivo registro da área em cartório imobiliário da comarca correspondente e na Secretaria do Patrimônio da União do Ministério da Fazenda. Conforme os dados divulgados pela Funai (2015), 434 processos de demarcação de terras tradicionalmente ocupadas foram finalizados, o que representa o reconhecimento de 104.824.123,2344 hectares de terras tradicionalmente ocupadas pelos índios. Há, em tramitação, 236 processos, dos quais 125 se encontram na fase inicial de estudos. Trinta e sete processos estão na fase do contraditório administrativo ou pendente de análise pelo Ministério da Justiça, para decisão acerca da expedição de portaria declaratória da posse tradicional indígena. Sessenta e seis processos aguardam o decreto presidencial homologatório e oitos carecem apenas de regularização mediante o registro da terra em nome da União no cartório e na Secretaria do Patrimônio da União. Isso significa que deverá haver, nos próximos anos, aumento substancial de reconhecimento de terras tradicionalmente ocupadas pelos índios.

3. O JULGAMENTO DO CASO DA RAPOSA SERRA DO SOL

Com 1.678.800 milhões de hectares e uma população indígena de cerca de 20 mil pessoas, notadamente das etnias macuxi, patamona, tauperang e wapichana, a Raposa Serra do Sol está localizada no Estado de Roraima. O procedimento demarcatório teve início em 1977, tendo sido estigmatizado, desde o seu início, além dos embates *in loco*, por uma intensa batalha política e jurídica em razão de uma plethora de interesses divergentes existentes sobre a área. Depois de inúmeras contingências, o presidente da República assinou em 15 de abril de 2005

o decreto homologando a Portaria nº 534 do Ministério da Justiça.²² Ao mesmo tempo em que encetou o problemático processo de desocupação da área por parte dos não índios - apinhado de agricultores, criadores de gado e até mesmo garimpeiros que lá se alocaram durante o longo tempo de tramitação do procedimento administrativo -, passaram a proliferar ações contra a Portaria nº 534 e o decreto presidencial homologatório. A questão restou definitivamente decidida pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ação popular ajuizada em 20 de maio de 2005 pelo senador da República Augusto Affonso Botelho Neto contra a União, tombada como Petição 3.388/RR, na qual ingressaram inúmeras pessoas como assistentes, quer do autor, quer do réu, diante de sua afetação para o julgamento da causa.²³

Com 653 laudas, a decisão proferida em 19 de março de 2009 pelo Supremo Tribunal Federal no caso Raposa Serra do Sol é histórica. A relevância do precedente não se deve apenas à superlativa importância histórico-cultural da causa, mas, mormente, pelo exame paradigmático

22 A delimitação da Raposa Serra do Sol deu-se em 1993, quando ainda vigorante o Decreto nº 22, de 4 de fevereiro de 1991. Com a entrada em vigor, em 1996, do Decreto nº 1.775, que instituiu o princípio do contraditório nos processos demarcatórios, permitindo terceiros interessados se manifestarem a respeito da área identificada e delimitada pela Funai, foram apresentadas 46 impugnações, a maioria de fazendeiros, além do Estado de Roraima, do Município de Normandia e de uma mineradora. Todas as impugnações foram rejeitadas pelo ministro da Justiça, Nélson Jobim, que, não obstante, ordenou a retorno dos autos do procedimento demarcatório à Funai para reajuste dos limites demarcatórios. Em 1998, o novo ministro, Renan Calheiros, tornou sem efeito aquele despacho ministerial e expediu a Portaria MJ nº 820, declarando ser posse permanente dos indígenas a terra Raposa Serra do Sol nos lindes aprovados pela Funai em 1993. Inúmeras ações foram ajuizadas contra a Portaria MJ nº 820, destacando-se o mandado de segurança impetrado pelo Estado de Roraima, no qual uma liminar suspendeu em parte os efeitos da Portaria de modo a impedir a homologação presidencial do ato administrativo. Entretanto, em 2005, o ministro da Justiça, Márcio Thomaz Bastos, expediu nova portaria declaratória, a Portaria nº 534, revogando a anterior. Por conta disso, em decisão unânime do Tribunal Pleno, o Supremo Tribunal Federal extinguiu todos os processos que questionavam a demarcação baseados na ilegalidade da portaria revogada, cassando, por consequência, as medidas suspensivas que haviam sido concedidas. Nesse panorama, o presidente Luiz Inácio Lula da Silva pôde expedir o decreto de homologação da terra indígena Raposa Serra do Sol.

23 Interviram como assistentes do autor Francisco Mozarildo de Melo Cavalcanti, Estado de Roraima, Lawrence Manly Harte, Olga Silva Fortes, Raimundo de Jesus Cardoso Sobrinho, Ivalcir Centenaro, Nelson Massami Itikawa, Genor Luiz Faccio, Luiz Afonso Faccio, Paulo Cezar Justo Quartiero, Itikawa Indústria e Comércio Ltda., Adolfo Esbell, Domicio de Souza Cruz, Ernesto Francisco Hart, Jaqueline Magalhães Lima e o Espólio de Joaquim Ribeiro Peres; como assistentes da União ingressam a Funai, a Comunidade Indígena Socó, a Comunidade Indígena Barro, a Comunidade Indígena Maturuca, a Comunidade Indígena Jawari, a Comunidade Indígena Tamanduá, a Comunidade Indígena Jacarezinho e a Comunidade Indígena Manalai.

do regime jurídico constitucional de demarcação de terras indígenas tradicionalmente ocupadas no Brasil e pela fixação das balizas a serem observadas em procedimentos demarcatórios. Acolhendo proposta feita pelo saudoso ministro Menezes Direito, o Supremo Tribunal Federal, ao articular os fundamentos jurídicos adotados como pressupostos para a decisão da causa, estabeleceu diretrizes para servirem de norte para futuros casos sobre o mesmo mote.²⁴ Embora sem efeito vinculante, o Pretório Excelso objetivou ampliar a eficácia subjetiva da decisão proferida no caso Raposa Serra do Sol, expondo, formal e amplamente, a sua compreensão acerca da matéria, não só para as partes, mas, também, para os demais integrantes do Poder Judiciário, autoridades estatais e a sociedade em geral. Em 23 de outubro de 2013, no julgamento dos embargos de declaração interpostos contra a decisão, o Supremo Tribunal Federal reconheceu que a decisão em ação popular é desprovida de força vinculante, razão por que os fundamentos adotados não se estendem, de forma automática, a outros processos em que se discutam questões similares. “Sem prejuízo disso, o acórdão embargado ostenta força moral e persuasiva de uma decisão da mais alta Corte do País, do que decorre um elevado ônus argumentativo nos casos em que se cogite da superação de suas razões” (BRASIL, 2013, p. 2).

Em uma brutal sumariação, tenta-se sintetizar essas diretrizes instituídas pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do caso da Raposa Serra do Sol, cujo relator foi o ministro Ayres Britto. Por primeiro, a Corte reafirmou a constitucionalidade das regras procedimentais do Decreto nº 1.775 e que demarcação administrativa, homologada pelo presidente da República, é ato estatal revestido da presunção *juris tantum* de legitimidade e de veracidade, tendo natureza declaratória e força autoexecutória. Ao afastar as alegações de vícios suscitadas, também definiu que o laudo de estudos complementares não precisa ser assinado por todos os integrantes do grupo técnico para ser válido. No plano

24 As chamadas salvaguardas institucionais ditadas pelo Supremo Tribunal Federal inclusive integraram o dispositivo do acórdão. O exposto escopo dessa técnica de decidibilidade foi conferir maior teor de operacionalidade à decisão.

constitucional, o Pretório Excelso procurou esclarecer o significado de *índios*, prescrevendo que o substantivo é empregado na Constituição Federal por um modo invariavelmente plural, para exprimir a diferenciação dos aborígenes por numerosas etnias e retratar uma diversidade indígena tanto interétnica quanto intraétnica. Os índios em processo de aculturação permanecem índios para o fim de proteção constitucional, não se limitando a salvaguarda aos silvícolas, ou seja, aos índios ainda em estágio primitivo de habitantes da selva. Assentou o Supremo Tribunal Federal que as terras indígenas integram o território estatal-brasileiro, sobre o qual incide, com exclusividade, o Direito nacional e o primeiro dos princípios regentes das relações internacionais do país: a soberania. As terras indígenas são um bem público federal, o que não significa dizer que o ato em si da demarcação extinga ou amesquinhe qualquer unidade federada, seja porque as unidades federadas pós-Constituição de 1988 já nascem com seu território jungido ao regime constitucional de preexistência dos direitos originários dos índios sobre as terras por eles tradicionalmente ocupadas, seja porque a titularidade de bens não se confunde com o senhorio de um território político. Concluiu a Corte que nenhuma terra indígena se eleva ao patamar de território político, assim como nenhuma etnia ou comunidade indígena se constitui em unidade federada.

Nessa senda, pontificou o Supremo Tribunal Federal que somente o *território* enquanto categoria jurídico-política é que se põe como o preciso âmbito espacial de incidência de uma dada ordem jurídica soberana ou autônoma. O substantivo *terras* é termo que assume compostura nitidamente sociocultural, e não política. Em nenhum momento a Constituição faz menção a territórios indígenas, senão a *terras indígenas*. Ademais, *grupos*, *organizações*, *populações* ou *comunidades* indígenas não constituem pessoa federada, uma vez que não formam circunscrição ou instância espacial que se orne de dimensão política. Nesse sentido, é defeso reconhecer a qualquer das organizações sociais indígenas, ao conjunto delas, ou à sua base peculiarmente antropológica a dimensão de instância transnacional. Nenhuma das comunidades indígenas bra-

sileiras detém estatura normativa para comparecer perante a ordem jurídica internacional como *nação, país, pátria, território nacional* ou *povo* independente. O Supremo Tribunal Federal assentou, outrossim, a prevalência institucional da União sempre que Estado e município atuarem no próprio interior das terras já demarcadas como de afetação indígena. A vontade objetiva da Constituição obriga a efetiva presença de todas as pessoas federadas em terras indígenas, desde que em sintonia com o modelo de ocupação por ela concebido, que é de centralidade da União, sem prejuízo da imediata coadjuvação dos próprios índios, suas comunidades e organizações, além do protagonismo de tutela e fiscalização do Ministério Público. A atuação complementar de Estados e municípios em terras já demarcadas como indígenas há de se fazer em regime de harmonia com a União e sob a liderança desta. De outra parte, o Pretório Excelso pretendeu preterir, no julgamento, o falso antagonismo entre a questão indígena e o desenvolvimento, pronunciando que incumbe ao Poder Público de todas as dimensões federativas tirar proveito das comunidades indígenas diversificando o potencial econômico-cultural de seus territórios. O desenvolvimento que se fizer sem ou contra os índios desrespeita o objetivo fundamental do inciso II do art. 3º da Constituição Federal, assecuratório de um tipo de *desenvolvimento nacional* tão ecologicamente equilibrado quanto humanizado e culturalmente diversificado, de modo a incorporar a realidade indígena.

Quanto à competência, decidiu o Supremo Tribunal Federal que somente à União, por atos situados na esfera de atuação do Poder Executivo, compete instaurar, sequenciar e concluir formalmente o processo demarcatório das terras indígenas, tanto quanto efetivá-lo materialmente, podendo o presidente da República consultar o Conselho de Defesa Nacional, *ex vi* do inciso III do § 1º do artigo 91 da Constituição, em especial se as terras em demarcação coincidirem com a faixa de fronteira. As competências deferidas ao Congresso Nacional, com efeito concreto ou sem densidade normativa, exaurem-se nas atribuições a que se referem o inciso XVI do artigo 49 e o § 5º do artigo 231 da Constituição. Também ponderou a Corte que os artigos 231 e 232 da Magna

Carta são de finalidade nitidamente fraternal ou solidária, própria de uma quadra constitucional que se volta para a efetivação de um novo tipo de igualdade: a igualdade civil-moral de minorias, tendo em vista o protovalor da integração comunitária. Diante das desvantagens historicamente acumuladas, viabilizou-se uma compensação por mecanismo oficial de ação afirmativa: o reconhecimento aos índios de espaços fundiários que lhes assegurem meios dignos de subsistência econômica para mais eficazmente poderem preservar sua identidade somática, linguística e cultural. E o processo de uma aculturação que não se dilui no convívio com os não índios, pois a aculturação de que trata a Constituição não é perda de identidade étnica, mas somatório de mundividências. É possível, ademais, respaldarem-se relações interétnicas de mútuo proveito, a caracterizar ganhos culturais incessantemente cumulativos, e a concretização constitucional do valor da inclusão comunitária pela via da identidade étnica.

Pacificou o Pretório Excelso que o marco temporal de ocupação para o reconhecimento dos direitos dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam é a data da promulgação da Constituição Federal, i.e., 5 de outubro de 1988. Quanto ao marco de tradicionalidade da ocupação, decidiu acerca da necessidade do caráter de perdurabilidade, no sentido anímico e psíquico de continuidade etnográfica, nesse estar coletivamente situado em certo espaço fundiário, ressalvada a hipótese de renitente esbulho por parte de não índios de modo a obstar a ocupação ao tempo da promulgação da Constituição em vigor. As áreas indígenas são demarcadas para servir concretamente de habitação permanente dos índios de uma determinada etnia, de par com as terras utilizadas para suas atividades produtivas, mais as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e ainda aquelas que se revelarem necessárias à reprodução física e cultural de cada qual das comunidades étnico-indígenas, segundo seus usos, costumes e tradições. No imaginário coletivo aborígene, a terra indígena não é simples objeto de direito, mas ganha a dimensão de verdadeiro ente ou ser que resume em si toda ancestralidade, toda coetaneidade e toda posterida-

de de uma etnia, o que termina por fazer desse tipo tradicional de posse um heterodoxo instituto de Direito Constitucional, e não uma ortodoxa figura de Direito Civil. Os artigos 231 e 232 da Constituição Federal constituem um completo estatuto jurídico da causa indígena, nos quais os usos, os costumes e as tradições indígenas fazem o engate lógico para a compreensão, entre outras, das semânticas da posse, da permanência, da habitação, da produção econômica e da reprodução física e cultural das etnias nativas. O próprio conceito do chamado princípio da proporcionalidade, quando aplicado ao tema da demarcação das terras indígenas, ganha um conteúdo peculiarmente extensivo.

Ainda assentou o Supremo Tribunal Federal que os direitos dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam foram constitucionalmente *reconhecidos*, e não simplesmente outorgados. Tratando-se, assim, de uma situação jurídica ativa preexistente, o ato de demarcação se orna de natureza declaratória, e não constitutiva, com eficácia *ex tunc*. Essa é a razão de a Carta Magna havê-los chamado de originários, a traduzir um direito mais antigo do que qualquer outro, de maneira a preponderar sobre pretensos direitos adquiridos, mesmo os materializados em escrituras públicas ou títulos de legitimação de posse em favor de não índios, os quais a própria Constituição declarou como nulos e extintos. No tocante ao modelo de demarcação das terras indígenas, este é orientado pela ideia de continuidade, mais serviente da ideia cultural e econômica de abertura de horizontes a evitar que se dizime o espírito pela eliminação progressiva dos elementos de uma dada cultura, o etnocídio. A demarcação deve se dar por fronteiras vivas ou abertas em seu interior, para que se forme um perfil coletivo e se afirme a autossuficiência econômica de toda a comunidade indígena usufrutuária. Sem embargo, a exclusividade de usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nas terras indígenas é conciliável com a eventual presença de não índios, bem assim com a instalação de equipamentos públicos, a abertura de estradas e outras vias de comunicação, a montagem ou construção de bases físicas para a prestação de serviços públicos ou de relevância pública, desde que tudo se processe sob a liderança institu-

cional da União, controle do Ministério Público e atuação coadjuvante de entidades tanto da Administração Federal quanto representativas dos próprios indígenas. Dessarte, é defeso aos índios e a suas comunidades, por exemplo, interditar ou bloquear estradas, cobrar pedágio pelo uso delas e inibir o regular funcionamento das repartições públicas.

Asseverou a Suprema Corte que há perfeita compatibilidade entre meio ambiente e terras indígenas, ainda que estas envolvam áreas de conservação e de preservação ambiental. Essa compatibilidade é que autoriza a dupla afetação, sob a administração do competente órgão de defesa ambiental. Existe, outrossim, compatibilidade entre o usufruto de terras indígenas e a faixa de fronteira. Assinalou o Supremo Tribunal Federal que, longe de se pôr como um ponto de fragilidade estrutural das faixas de fronteira, a permanente alocação indígena nesses estratégicos espaços em muito facilita e até obriga que as instituições de Estado se façam também presentes, sem precisar de qualquer licença para tanto, com seus postos de vigilância, equipamentos, batalhões, companhias e agentes, o que pode servir de oportunidade para conscientizar ainda mais os nossos indígenas, instruí-los, alertá-los contra a influência eventualmente malsã de certas organizações não governamentais estrangeiras, mobilizá-los em defesa da soberania nacional e reforçar neles o inato sentimento de brasilidade. Essa missão é favorecida pelo fato de serem os nossos índios as primeiras pessoas a revelar devoção pelo nosso país e até hoje dar mostras de melhor conhecerem o seu interior e as suas bordas. Finalmente, decidiu o Pretório Excelso que a demarcação deve ser, em princípio, endógena ou intraétnica. Cada etnia autóctone tem para si, com exclusividade, uma porção de terra compatível com sua peculiar forma de organização social. Daí o modelo contínuo de demarcação, que é monoétnico, excluindo-se os intervalados espaços fundiários entre uma etnia e outra. Modelo intraétnico que subsiste mesmo nos casos de etnias lindeiras, salvo se as prolongadas relações amistosas entre etnias aborígenes venham a gerar, como no caso da Raposa Serra do Sol, uma condvisão empírica de espaços que impossibilite uma precisa fixação de fronteiras interétnicas.

4. A PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº 215/2000

O julgamento do caso da Raposa Serra do Sol pelo Supremo Tribunal Federal fez com que reacendesse, no Congresso Nacional, a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 215, originalmente apresentada, em 28 de março de 2000, pelo deputado federal Almir Sá, do então Partido Progressista Brasileiro (PPB) de Roraima. Essa Proposta de Emenda à Constituição, desarquivada no início de 2011, busca acrescentar o inciso XVIII ao artigo 49, modificar o § 4º e acrescentar o § 8º ao artigo 231 da Constituição Federal com o desígnio de incluir, dentre as competências exclusivas do Congresso Nacional, a aprovação de demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios e a ratificação das demarcações já homologadas, bem como estabelecer que os critérios e procedimentos de demarcação devem ser regulamentados por lei.²⁵ Após a aprovação, em 2012, da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, que deu aval ordenando a exclusão da possibilidade de o Poder Legislativo revisar as homologações já concedidas²⁶, foi constituída a Comissão Especial destinada a apreciar e proferir parecer sobre a PEC 215/2000 e as demais que lhe foram apresentadas (579/2002; 257/2004; 275/2004; 319/2004; 156/2003; 37/2007; 117/2007; 411/2009; 415/2009; 161/2007 e 291/2008). No dia 27 de outubro de 2012, a Comissão Especial aprovou o substitutivo apresentado pelo relator, o deputado Osmar Serraglio (PMDB-PR). Ainda pendente de publicação o parecer, a proposta deverá agora ser discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, necessitando da

25 Pela PEC, o inciso que se acrescentaria ao artigo 49 da Constituição Federal, que estabelece a competência exclusiva do Congresso Nacional, teria a seguinte redação: “aprovar a demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios e ratificar as demarcações já homologadas”. A nova redação do § 4º do artigo 231 ficaria nos seguintes termos: “As terras de que trata este artigo, após a respectiva demarcação aprovada ou ratificada pelo Congresso Nacional, são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas imprescritíveis”. Já o § 8º que se pretende acrescentar ao artigo 231 teria o seguinte teor: “Os critérios e procedimentos de demarcação das áreas indígenas deverão ser regulamentados por lei”.

26 A Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania determinou se que suprimissem, na redação dada pela proposta, as expressões “e ratificar as demarcações já homologadas” do inciso XVIII do artigo 49 e “ou ratificada” do § 4º do artigo 231.

obtenção de três quintos dos votos dos respectivos membros em ambos.

Pelos termos do substitutivo aprovado pela Comissão, seria acrescentado um inciso III ao § 1º do artigo 61 da Constituição Federal, para o efeito de estabelecer que seria de iniciativa privativa do presidente da República as leis que delimitem terras indígenas. O artigo 67 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias passaria a vigorar acrescido de um parágrafo único, estabelecendo que é devida a prévia e justa indenização em dinheiro dos proprietários ou possuidores de boa-fé, ainda que na faixa de fronteira, das áreas inseridas no perímetro territorial indígena em decorrência das demarcações ulteriores ao prazo de cinco anos fixado no *caput* do artigo.²⁷ O parecer também propõe uma ampla reforma no artigo 231, modificando a redação dos seus parágrafos 1º e 2º e lhe acrescentando seis novos parágrafos (§§ 8º a 13). Em linhas gerais, além de positivar a data da promulgação da Constituição como marco temporal de ocupação e a cumulação dos requisitos insculpidos no § 1º do artigo 231 para que se reconheça uma terra como tradicionalmente ocupada pelos índios, o parecer aprovado estabelece uma série de limitações ao usufruto das terras pelos índios²⁸ e condiciona à autorização legal para que os índios possam explorar, direta ou indiretamente, o solo, os rios e os lagos existentes em suas terras. Entre outras disposições, o substitutivo ainda prevê a delimitação definitiva das terras indígenas por meio de lei; a proibição de se ampliar terra indígena já demarcada; a possibilidade de as comunidades indígenas em estágio avançado de interação com os não índios se autodeclararem

27 O artigo 5º da Proposta de Emenda à Constituição delineada no substitutivo aprovado pela Comissão refere-se aos quilombolas. Propõe a alteração da redação do artigo 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para reconhecer a propriedade definitiva aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estiverem ocupando suas terras, na data da promulgação da Constituição, devendo o Estado lhes emitir os títulos respectivos.

28 Pelo parecer aprovado, o usufruto dos índios sobre suas terras seria circunscrito nas seguintes situações: ocupações configuradas como de relevante interesse público da União, nos termos estabelecidos por lei complementar; instalação e intervenção de forças militares e policiais, independentemente de consulta às comunidades indígenas; instalação de redes de comunicação, rodovias, ferrovias e hidrovias e edificações destinadas à prestação de serviços públicos, especialmente os de saúde e de educação, vedada a cobrança de tarifas de qualquer natureza; área afetada por unidades de conservação da natureza; os perímetros urbanos; ingresso, trânsito e permanência autorizada de não índios, inclusive pesquisadores e religiosos, vedada a cobrança de tarifas de qualquer natureza.

aptas a praticar atividades florestais e agropecuárias, celebrar contratos, inclusive de arrendamento e parceria; a possibilidade de as comunidades indígenas permutarem, por outra, a área que originariamente lhes cabe; e a determinação de que o laudo antropológico deve iniciar pela especificação das circunstâncias que evidenciam o atendimento ao marco temporal.²⁹

CONCLUSÃO

O estágio atual do ordenamento brasileiro a respeito dos direitos dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam constitui um patrimônio jurídico, fruto da evolução de nosso processo civilizatório. A Constituição Federal, a legislação indigenista infraconstitucional e os tratados e convenções internacionais incorporados ao ordenamento pátrio formam um corpo jurídico que permite ao Poder Público efetivamente proceder a uma reparação histórica em prol de nossos índios. Essas fontes têm sido potencializadas pelo protagonismo do Supremo Tribunal Federal e de diversos atores, como a Fundação Nacional do Índio, o Ministério Público e inúmeras organizações não governamentais de defesa dos direitos indígenas. Todavia, desarquivada após a decisão do caso Raposa Serra do Sol, a Proposta de Emenda à Constituição nº 215 pode representar um retrocesso brutal na matéria, pois tem o evidente propósito de tolher novas demarcações, inclusive quanto aos processos demarcatórios em andamento, e restringir o usufruto dos indígenas em relação às terras já demarcadas. Contando com a pujança da bancada ruralista no Parlamento, o principal artifício para o cerceamento dos direitos indígenas sobre as terras tradicionalmente ocupadas é a avoca-

29 Como forma de legitimar a emenda à Constituição, o substitutivo prescreve que a União deverá adotar políticas especiais de educação, saúde e previdência social para os índios, harmonizando-as com a cultura, crenças e tradições, e com a organização social das comunidades indígenas. Em contrapartida, o parecer inclui um artigo determinando que as demarcações em curso, independentemente da fase administrativa ou judicial em que estiverem, obedecerão às disposições da Emenda Constitucional proposta, bem como que os conflitos em áreas que sejam reivindicadas por comunidade indígena devem ser resolvidos por uma comissão paritária constituída na forma da lei.

ção, pelo Congresso Nacional, do controle das demarcações e a imposição de autorização legal para que os índios explorem as riquezas de suas terras. Não menos perniciosa é a proposta de que as comunidades indígenas possam permutar as suas áreas e celebrar contratos, inclusive de arrendamento e parceria, com terceiros. São evidentes os interesses econômicos a guarnecer a proposta de permuta e de exploração das áreas inclusive por não indígenas, que normalmente, além do logro, levam consigo para as aldeias a violência, a prostituição e a elevação dos níveis de consumo de álcool.

REFERÊNCIAS

BADIN, Luiz Armando. Sobre o conceito constitucional de terra indígena. *Arquivos do Ministério da Justiça*, Brasília, v. 51, n. 190, p. 127-141, jul. 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. ARE 803462 AgR/MS. Relator: Ministro Teori Zavascki, j. 09 dez. 2014. *DJe*, 11 fev. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Embargos de declaração em petição. Emb. Decl. na Petição 3.388/RR. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso, j. 23 out. 2013. *DJe*, 03 fev. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Petição. Pet 3.388/RR. Relator: Ministro Carlos Britto, j. 19 mar. 2009. *DJe*, 24 set. 2009.

DIAS, Luciana Laura Carvalho Costa. Proteção constitucional às terras tradicionalmente ocupadas por índios: uma análise de direito constitucional comparado. *Revista da AGU*, Brasília, v. 12, n. 35, p. 253-276, jan./mar. 2013.

FREITAS JÚNIOR, Luís de. Hermenêutica constitucional da posse indígena. *Revista da AGU*, Brasília, v. 7, n. 15, p. 129-148, mar. 2008.

FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO. Terras indígenas. In: *Índios no Brasil*. Disponível em: <<http://www.funai.gov.br/index.php/indios-no-brasil/terras-indigenas>>. Acesso em: 15 dez. 2015.

HERNÁNDEZ, Carlos Arturo. Reparaciones a las comunidades indígenas en el sistema interamericano de protección de derechos humanos. In: VELANDIA

CANOSA, Eduardo Andrés (dir.). *Derecho procesal constitucional*. Bogotá: VC; Legis, 2014. p. 763-779.

HOFMEISTER, Naira. Terra à vista: o agronegócio, as mineradoras e as madeiras estão de olho nas terras indígenas e patrocinam pesado lobby pela aprovação da PEC 215, que dá plenos poderes ao congresso sobre as demarcações. *Extra Classe*, Porto Alegre, p. 14-17, jun. 2015.

LEVADA, Ana Paula Guarisi Mendes. O direito à propriedade de comunidades indígenas: um estudo comparativo da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e da Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, v. 11, n. 41, p. 179-189, abr./jun. 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. *O domínio da União sobre as terras indígenas: o Parque Nacional do Xingu*. Brasília: Ministério Público Federal, 1988.

MENDES JUNIOR, João. *Os indígenas do Brasil: seus direitos individuais e políticos*. São Paulo: Typ. Hennies Irmãos, 1912.

MONTAÑO BEDOYA, Julia Victoria. Jurisdicción indígena en algunos países de América Latina: propuesta para el código procesal constitucional colombiano. In: VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés (coord.). *Derecho procesal constitucional*. Bogotá: VC, 2011. t. II, v. I, p. 555-578.

NASCIMENTO, Carlos Valder do. Posse indígena na ótica constitucional. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coords.). *Tratado de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 2, p. 703-719.

ROSA, Hilário; BRANCO, Tales Oscar Castelo. Direito dos índios à terra no passado e na atualidade brasileira: gênese do indigenato. *Revista do IASP*, São Paulo, v. 11, n. 21, p. 170-185, jan. 2008.

SILVA, José Afonso da. Demarcação de terra indígena. *Interesse Público*, Sapucaia do Sul, v. 10, n. 52, p. 89-113, nov./dez. 2008.

TERRA Indígena Raposa Serra do Sol: polêmica sobre demarcação, soberania e desenvolvimento na fronteira de Roraima: banco de dados preparado pelo Instituto Socioambiental. In: INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL. *Dossiê o caso da demarcação da Raposa-Serra do Sol*. Disponível em: <<http://www.socioambiental.org/inst/esp/raposa>>. Acesso em: 11 dez. 2015.

SOBRE A PROCESSUALÍSTICA UNIVERSITÁRIA: O ENSINO DO DIREITO PROCESSUAL PENAL NO BRASIL E SEU ATUAL ESTÁGIO

MAURO FONSECA ANDRADE¹

ÍNDICE: Introdução. 1. Observações sobre o conservadorismo no ensino jurídico. 2. E surge a *Nova Ordem*. 3. Instrumentos difusores da *Nova Ordem*. 3.1. A seletividade do que se pretende *interdisciplinar*. a. História: uma inimiga implacável. a.1. Proposição de uma novidade velha. a.2. Nunca foi, mas tem que ser. a.3. Uma vinculação inexistente. b. Muito prazer, Filosofia às suas ordens. 3.2. A *doutrina de resultado* no País do Espelho. a. A visão espelhada da doutrina. b. A visão espelhada da legislação. c. A visão espelhada da jurisprudência. 3.3. Produção massificada e aderência acrítica. 4. A concretização de um objetivo: de guardião da sociedade a agente da repressão. 5. *De omnibus dubitandum est* (É preciso duvidar de tudo). Conclusão.

RESUMO: O presente texto analisa a mudança no ensino do Direito Processual Penal, ocorrida na última década. Nesta análise, há a identificação da mutação ideológica no ensino e dos métodos utilizados para o atingimento de seus fins.

PALAVRAS-CHAVE: Processo Penal. Ensino. Filosofia. História. Jurisdição.

¹ Doutor em Direito Processual Penal pela Universidade de Barcelona/Espanha. Professor adjunto da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Professor da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Promotor de Justiça/RS. E-mail: mauro.fonsecaandrade@gmail.com.

INTRODUÇÃO

O título de um escrito diz muito sobre o que o leitor irá encontrar. Não por acaso, vemos autores que se esmeram em apresentar títulos claramente direcionados a mexer com o imaginário de seu público-alvo. Por vezes, eles são construídos para dar uma ideia de quão fantástico é o conteúdo com que o leitor irá se deparar; por outras, estão voltados a, subliminarmente, enaltecer o ego de seu autor, passando a ideia de quão *inteligente* é o redator daquelas letras, ao apresentar um título por demais rebuscado ou com variantes linguísticas às vezes ininteligíveis ao leitor leigo.

Essa é a lição que Arthur Schopenhauer deixou em seu texto *Sobre o ofício do escritor*, ao tratar de como deveria ser o título de uma obra.² Nessa mesma passagem, ele fez uma dura crítica a dois tipos de títulos: os *títulos furtados*, que pertenceriam a outros livros; e os *títulos imitados*, que seriam, nas suas palavras, *roubados em parte*. Plágio foi a palavra usada para representá-los, e, quanto ao conteúdo, ele afirmou que nada de novo poderiam apresentar, dada a falta de imaginação para sequer receberem um título próprio e inédito.

É por isso que, desde o início, alertamos o leitor: o título de nosso texto não é inédito, tampouco representativo de alguma intelectualidade de quem o firma. Na verdade, ele é um título imitado, e de ninguém menos que do próprio Schopenhauer. Mas, ao contrário da opinião de nosso ilustre filósofo, atrevemo-nos a subdividir os títulos imitados em duas categorias: a primeira, que corresponderia àquela intenção mascarada de plágio; e uma segunda - na qual nos encontramos -, onde a intenção do autor não é fazer a imitação pela simples falta de condições de apresentar um título próprio. No caso presente, o que acreditamos haver é um *empréstimo*, voltado não à cópia, mas à mais sincera homenagem.

O título de nosso ensaio nada mais é que uma referência ou *reverên-*

2 SCHOPENHAUER, Arthur. *Sobre o ofício do escritor*. Tradução de Luiz Sérgio Repa e Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 13.

cia à obra *Sobre a filosofia universitária*³, também de Schopenhauer, escrita, justamente, para criticar o estágio em que se encontrava o ensino dessa disciplina no meio universitário de sua época. O seu texto é ácido e duro, e tinha Hegel como alvo. Mas, se deixarmos de lado a rivalidade existente entre eles, e adaptarmos sua crítica exclusivamente ao ponto de vista de como o Direito Processual Penal vem sendo ensinado - seja em sala de aula, seja nas publicações que encontramos por aí -, salta aos olhos a atualidade de suas palavras.

Tudo, absolutamente tudo, que ali foi apontado como falha, vício ou deturpação no ensino da Filosofia é possível encontrar em nosso meio acadêmico, o que nos traz certa decepção com o ser humano, pois nos é jogado na cara que nenhuma evolução interior nos atingiu após mais de um século daquela publicação. Entretanto, para quem procura refúgio nos textos clássicos de nossa Antiguidade, essa possível decepção passa a ser vista com certa frieza, pois a humanidade persiste há muito mais tempo em seguir cometendo os mesmos desvios relatados já nos primeiros escritos produzidos pela literatura grega e romana. Estamos falando, portanto, em nada menos que 2.700 anos da mais pura mesmice.

Este é o objetivo de nosso ensaio: apontar o que a academia processual penal tem proposto na atualidade, os meios que tem empregado em suas proposições e o resultado que está alcançando com elas. Que Schopenhauer nos perdoe, mas a sinceridade e visão de suas palavras fazem com que, muito mais que um título emprestado, utilizemos de sua obra. Elas serão fonte de inspiração para uma luta que sabemos ser inglória, em razão do tempo que levará para surtir algum efeito: a melhoria de nosso ensino, que refletirá na melhoria de nossos profissionais.

Iniciemos, então. Como disse Erasmo de Rotterdã, “Nunca se principia cedo demais o que jamais tem termo de chegada”.⁴

3 SCHOPENHAUER, Arthur. *Sobre a filosofia universitária*. Tradução de Maria Lúcia Mello Oliveira Cacciola e Márcio Suzuki. São Paulo: Martins Fontes, 2001. Por mera curiosidade, indicamos a leitura de outro texto, mas que aborda a realidade do ensino da Filosofia no Brasil: CARVALHO, Olavo de. Miséria sem grandeza: a filosofia universitária no Brasil. In: *A filosofia e seu inverso & outros estudos*. Campinas: Vide Editorial, 2012. p. 129-150.

4 ROTTERDAM, Erasmo. De pueris (dos meninos). Capítulo VIII, 2. In: *De pueris (dos meninos): a civildade pueril*. Tradução de Luiz Feracini. São Paulo: Escala, 2005, p. 100.

I. OBSERVAÇÕES SOBRE O CONSERVADORISMO NO ENSINO JURÍDICO

Nenhuma disciplina do Direito é mais suscetível às variações ideológicas que o Direito Processual Penal!

Embora seja - propositalmente - impactante para a abertura de um tópico, essa afirmativa pode ser comprovada não só pelo que representa o processo penal em si, mas também pela forma como ele foi disciplinado ao longo da história. E a comprovação dessa assertiva em muito nos ajudará a compreender alguns *fenômenos* - por assim dizer - que vêm ocorrendo no ensino daquela disciplina.

Já se disse, com razão, que o Direito Penal é algo estático, que nenhuma alteração provoca no mundo, pois se presta a simplesmente prever condutas proibidas e as consequências que devem ser aplicadas a quem nelas incidir. Praticado o crime, não é o Direito Penal que *faz as coisas acontecerem*; é preciso, então, que surja ou se instaure algum meio/ambiente/lugar onde as questões relacionadas à infração penal serão discutidas. É ali onde pessoas e condutas serão avaliadas, de modo a se poder chegar à (im)possibilidade da aplicação da pena correspondente ao ilícito penal que se disse haver ocorrido.

Esse meio/ambiente/lugar recebe o nome de *processo penal*, e nele estará materializada a existência de dois conflitos de interesses muito bem identificados: de um lado, temos um sujeito encarregado de buscar a responsabilização de quem, aparentemente, praticou um ilícito penal; de outro, temos o próprio sujeito a quem é imputada a prática daquele ilícito. Em um linguajar mais técnico, o que teremos é o choque entre o *ius puniendi* (ou, mais propriamente, *ius persecuendi*) de quem acusa e o *ius libertatis* de quem é acusado.

As regras aplicáveis aos direitos de perseguição e de liberdade costumam variar segundo o regime político do país onde se manifestam. Apesar de não ser sempre assim, a regra é que, em países de regimes mais austeros, aqueles direitos sofrerão o impacto dessa austeridade, havendo um incremento nas possibilidades de exercício do *ius perse-*

quendi, e uma redução nas possibilidades de exercício do *ius libertatis*. Em sentido obviamente inverso vai a lógica do processo penal quando o regime for mais liberal ou democrático. É assim que surge, então, a luta ideológica pelo domínio das regras a serem aplicadas ao processo penal.

O nosso Código de Processo Penal (doravante, CPP) foi apresentado em um momento histórico em que aqui se vivia um período de ditadura. Isso claramente se vê, não só pela sua fonte inspiradora - o Código Rocco, da Itália fascista -, senão também em suas disposições originais, voltadas a restringir a possibilidade de liberdade do sujeito que fosse alvo de uma acusação.

Até o advento da Constituição Federal de 1988, a simplificação de sua lógica repressiva se refletia no próprio ensino do Direito Processual Penal. É possível afirmar, até mesmo, que havia um descompasso entre a doutrina de então e o ensino nos bancos das faculdades. Ao passo que a primeira⁵ se notabilizou pela invocação de doutrina estrangeira - de difícil acesso à época - e pelo trato de temas que até hoje não são abordados a contento pelos *estudiosos* do momento, poucos eram os professores que mostravam uma dedicação diferenciada no ensino do Direito Processual Penal em sala de aula. A imagem que não nos sai da memória é a do professor selecionado dentre profissionais destacados em sua área, com o código na mão, reproduzindo seus artigos aos alunos. Esse era o perfil de grande parte dos do(c)entes universitários de Direito Processual Penal.

Os novos ares constitucionais provocaram uma profunda rediscussão em diversos institutos processuais penais que já se encontravam presentes nas Cartas de 1967 e 1969. Contraditório, ampla defesa e igualdade de partes/armas passaram a ser revisitados pela doutrina, que tratou de ampliar seus espectros, em razão da ideologia democrata/liberal agora vigente. Com isso, a necessidade de um maior arejamento no próprio ensino do Direito Processual Penal era uma questão de tempo.

Surgiram, então, alguns escritos denunciando a necessidade dessa

5 Nesse grupo seletivo, sem grandes dificuldades podemos inserir nomes como Hélio Bastos Tornaghi e José Frederico Marques.

mudança.⁶ Dentre eles, destacamos os apontamentos feitos por Jacinto Nelson de Miranda Coutinho e Fauzi Hassan Choukr, por serem profissionais conhecidos por suas atuações no Direito Processual Penal.⁷

No primeiro de seus escritos, Coutinho fala dos méritos do movimento *Direito Alternativo*, e coloca o Direito Processual como o “mais inexpugnável do conservadorismo jurídico”.⁸ Especificamente quanto ao Direito Processual Penal, afirma haver um “alheamento às questões filosóficas, em primeiro lugar e, depois, à interdisciplinariedade, a começar pela psicanálise”.⁹ Em outra ocasião, esse mesmo autor volta a se referir à psicanálise, apontando-a como o “campo mais propício para fundar o avanço que se está a discutir”, qual seja, o avanço do Direito como um todo.¹⁰

Em outro escrito, Coutinho aborda o conflito que existe entre dois grupos de professores: aqueles a quem chama de *catedráticos* e os jovens professores. Os primeiros representariam os docentes conservadores e legalistas, preocupados em manter o discurso único e homogêneo. Os segundos representariam a nova geração de professores, crentes no discurso da dignidade humana e da democracia, na ética do ensino e na diversidade de pensamento que deve pautar o espaço universitário. Como os *catedráticos* estariam em maior número no meio acadêmico, eles seriam os responsáveis pelo que aquele autor chama de *sonhocídio*, que seria a morte dos sonhos dos professores do segundo grupo, com repercussão óbvia na formação deficitária do corpo discente que esteve sob seus cuidados (?) e responsabilidade.¹¹

6 Por certo que não desconhecemos que vários foram os escritos, antes mesmo da Constituição Federal de 1988, que já manifestavam a necessidade de uma reformulação no ensino jurídico em nosso país. Entre os mais conhecidos, destacamos: LYRA FILHO, Roberto. *Por que estudar direito, hoje?* Brasília: Nair, 1984; FARIA, José Eduardo. *A reforma do ensino jurídico*. Porto Alegre: SAFE, 1987.

7 Para uma visão mais ampla, por abordar o ensino superior na Itália, França e Alemanha, ver: PICARDI, Nicola. La formazione di base del giurista. *Rivista di Diritto Processuale*, Milano, v. 60, n. 2, p. 355-376, abr./jun. 2005.

8 COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Um novo ensino do Direito Processual penal. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 33, p. 136, 1994.

9 COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Ob. cit., p. 137.

10 COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O ensino do direito no Brasil. *Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, v. 10, n. 01, p. 236, jun. 2005.

11 COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Sonhocídio: estragos neoliberais no ensino do direito*

Por sua vez, Choukr se dedica a denunciar o “sucateamento do discurso processual penal”, em razão dos fatores que elenca. O primeiro deles seria a falta de compreensão do que chama de “cânones políticos” presentes na Constituição Federal de 1988 e na Convenção Americana dos Direitos do Homem. Parte do pressuposto, então, da existência de certa resistência em se proceder a uma necessária releitura do atual CPP, formatado sob condições políticas diversas daquelas em que foi redigida a Carta de 1988. De forma mais detalhada, aponta as evidências dessa ausência de *reflexão essencial*, que consistiria na: a) *produção teórica do discurso*, materializada na reprodução normativa e em material didático que reflete essa diretriz; b) *estratégia de comprovação teórica do discurso*, que diz respeito à avaliação do alunado, a partir da exigência de comprovação de conhecimento (?) ou absorção das informações passadas de acordo com o primeiro item; e c) *estratégia política de penetração normativa que embasa o discurso*, ou seja, referência à necessidade de reformas pontuais na legislação, o que impediria sua adequação aos *cânones políticos*, de modo integral e uniforme.

Para que houvesse, portanto, o resgate ou reconstrução do ensino do processo penal, o caminho que aponta necessitaria: a) a alteração na base didática para corrigir o aspecto normativo-cultural do sistema; b) a adoção de interdisciplinaridade, mantendo-se contatos com a Filosofia, História, Sociologia e Antropologia, a título de exemplo; c) o resgate e valorização dos autores clássicos, mas conferindo a adequação de suas premissas com os saberes estruturantes das áreas do conhecimento anteriormente citadas; e d) a alteração no método de avaliação, para que se ajuste às alterações pedagógicas propostas. Esse é o caminho para o que chama de *Nova Ordem*, motivadora de uma profunda oxigenação no trato do ensino do Direito Processual Penal.¹²

ou “la búsqueda del banquete perdido”, como diria Enrique Mari. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 97-108, 2003.

12 CHOUKR, Fauzi Hassan. As faces de eco: apontamentos sobre o ensino do processo penal. *Atuação: revista jurídica do Ministério Público Catarinense*, Florianópolis, v. 3, n. 7, p. 145-152, set./dez. 2003.

2. E SURGE A NOVA ORDEM

As pretensões de Coutinho e Choukr se concretizaram, e uma nova linha de professores e escritos na área do Direito Processual Penal surgiu no país, tendo, por ícones, docentes com formação obtida em universidades estrangeiras.

A interdisciplinaridade se instalou com muita força, a ponto de alguns centros acadêmicos abraçarem fortemente essa característica para darem visibilidade e publicidade às inovações que produziam em seus programas de pós-graduação em Direito (doravante, PPGDs). Sociologia, Criminologia e Antropologia se tornaram seus carros-chefes. À necessidade de atualização de nosso ensino uniu-se a visão mercadológica de um produto inédito em nosso país. Aliado a isso, a gama de informações obtida no exterior fez com que a legislação, jurisprudência e doutrina estrangeiras ingressassem definitivamente na - assim chamada - *produção científica* e lições de sala de aula.

O tão esperado *arejamento* do ensino do Direito Processual Penal estava ocorrendo, mas não demorou muito a demonstrar a que, de fato, ele veio. Em lugar de operar esse salto de qualidade no ensino daquela disciplina, uma parcela significativa da linha docente responsável por essa mudança optou por ir além, elegendo e combatendo quem entendeu ser seu inimigo.

Em um primeiro momento, o Estado foi apresentado como o inimigo do cidadão, pois se passou a defender a ideia de que o processo penal deve ser construído para ser “limitador da violência do Estado”¹³, em-

13 COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. As reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo. *Boletim IBCCrim*, Rio de Janeiro, a. 16, n. 188, p. 13, jul. 2008. Em sua raiz, essa visão sobre a atuação do Estado está assentada na teoria marxista e seus *aparelhos repressivos do Estado*, e nos *aparelhos ideológicos do Estado*, de Louis Althusser. Ambos figuram como pilares do movimento *Direito Alternativo*, já extinto no âmbito civil, mas ainda atuante no âmbito criminal, apesar de apresentar outro nome, por nós denominado *Nova Ordem*. Aliás, o próprio Jacinto Nelson de Miranda Coutinho se mostrou partidário do *Direito Alternativo* (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Um novo ensino do Direito Processual penal*. Ob. cit., p. 133-134), e foi justamente em um dos seminários nacionais desse movimento que ele apresentou uma proposição - a *teoria da gestão da prova* - que o tornaria, uma década depois, conhecido no cenário nacional (COUTINHO, Jacinto José de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: *Direito alternativo: seminário nacional sobre o uso do direito alternativo*. Rio de

bora dois fossem os interesses em conflito: o *ius persecuendi* e o *ius libertatis*. Em um segundo momento, as próprias instituições representativas do Estado na esfera criminal passaram a ser vistas como inimigas daquelas mudanças que eram exigidas, agora não só no ensino do Direito Processual Penal, mas também na própria normatividade dessa área do Direito.

Foi aí que surgiu um discurso maniqueísta que ainda se faz presente, onde os papéis foram redefinidos: havia quem devesse ser apresentado como opressor, e havia quem devesse ser apresentado como oprimido. Em razão desse discurso, rapidamente os profissionais com atuação no Direito Processo Penal passaram a ser classificados em dois tipos: os *garantistas*, de um lado; e os *lei-e-ordem*, de outro.

Fortemente influenciados pela obra de Luigi Ferrajoli, os primeiros se autoproclamaram detentores de uma formação intelectual, moral, cultural e técnica mais elevada que todos os demais. Não interessava se o que defendiam era o oposto ou nunca havia sido defendido por aquele autor - aliás, ele próprio teve que vir ao Brasil para dizer que muitas das posições aqui defendidas em seu nome por ele nunca haviam sido pregadas; o que importava era a ostentação de um qualificativo que viesse como um verdadeiro título a ser publicamente exibido.

Quanto aos segundos, não interessava se essa classe de operadores do Direito era, ou não, prepotente ou autoritária em sua atuação profis-

Janeiro: ADV, 1993). Por certo que aqui não é o espaço mais adequado para a demonstração do equívoco argumentativo sobre o qual se assenta a *Nova Ordem* e o próprio *Direito Alternativo*. Nesse particular, remetemos o leitor à obra de Gilberto Callado de Oliveira (*A verdadeira face do direito alternativo*. 4. ed. Juruá: Curitiba, 2006). O que, sim, podemos dizer neste momento, é que nenhuma sociedade, seja em que época for, conseguiu se organizar sem o estabelecimento de regras mínimas de convivência (destinadas a permitir a própria subsistência daquela sociedade) e de alguém que estivesse encarregado de fiscalizar e fazer cumprir tais regras, sob pena de a própria sociedade ruir, sem que a exigência desse cumprimento fosse vista como “violência do Estado”. Com um pouco menos de ódio no coração e sem espírito de Robin Hood, qualquer um pode se dar conta do que já disse Platão, muito antes da Revolução Industrial, dos meios de produção e do direito de greve: “Se alguém julga que basta criar leis, não importando quais, para estabelecer solidamente uma constituição, sem que haja um homem com autoridade para velar pelo gênero de vida que se leva na cidade, de modo a fazer reinar a temperança e a energia entre escravos, bem como entre os homens livres, está enganado” (PLATÃO. Carta XI. De Platão a Laodamas. In: *Cartas*. 4. ed. Lisboa: Estampa, 2002. p. 109-110). Resumindo, a cura da *Nova Ordem* passa, entre outros fatores que veremos a seguir, por mais Platão, e menos Prozac.

sional. Bastava que eles não compartilhassem integralmente das ideias dos tais *garantistas*, que a pecha de *lei-e-ordem* já lhe era impingida pelos ícones representativos da primeira categoria.¹⁴

O inimigo havia sido identificado, a pecha de *lei-e-ordem* estava dada e, agora, uma *Nova Ordem* estava instalada. Manifestar um ponto de vista contrário já era suficiente para receber aquele *etiquetamento* pejorativo. Não demorou muito a que o próximo passo fosse dado: o *mocinho do filme* precisava superar o Estado-vilão e seus famigerados representantes, fossem eles quem fossem (juízes, membros do Ministério Público ou delegados de polícia).

A tão almejada evolução no ensino do Direito Processual Penal havia sido superada e substituída por uma pretensão muito menos nobre. Usou-se o discurso do arejamento nessa área do conhecimento para se implantar - na verdade, impor - uma outra ideologia. Nas palavras de Henri Robert, alcançamos a *ditadura intelectual*.¹⁵ Nunca se viu, no ensino jurídico de nosso país, um movimento de tamanha envergadura. Mas ele precisava de instrumentos para atingir seus fins...

3. INSTRUMENTOS DIFUSORES DA NOVA ORDEM

Por estar conectado às mais diversas áreas do saber, de longa data se exige, por parte do operador do Direito, que seu conhecimento seja

14 Nesse particular, dois fatos não nos saem da memória. O primeiro, envolvendo professor de um PPGD que, para que pudesse *bem corrigir* os trabalhos de seus alunos, orientava sua secretária particular que os separassem em dois grupos, curiosamente, os alunos considerados por ele como integrantes da linha *garantista* e os alunos considerados *lei-e-ordem*. O segundo, de uma promotora de Justiça que tentou, por diversas vezes, ingressar em um PPGD voltado ao Direito Processual Penal. Ela apresentava atuação destacada no Tribunal do Júri de uma das capitais de nosso país. Resultado disso é que seu ingresso naquele PPGD não ocorreu em todas aquelas vezes, o que a fez mudar de rumo e ingressar no Programa de Pós-Graduação em Sociologia da mesma universidade do PPGD onde não era acolhida. Resultado disso: ela fez a investigação que originalmente pretendia, apresentou seu trabalho final em uma Faculdade de Sociologia, e sua nota final foi 10 (dez). Por certo que ninguém tem vaga garantida em qualquer curso daquela natureza, mas é sintomático que um projeto de pesquisa sequer tenha sido acolhido em um centro conhecido pela interdisciplinaridade - dentre as quais, encontrava-se a própria Sociologia -, mas, no programa de pós-graduação dessa mesma área do conhecimento, aquela aluna tenha obtido nota máxima no trabalho que pretendia apresentar no PPGD.

15 ROBERT, Henri. *O advogado*. 2. ed. Tradução de Rosemary Costhek Abílio. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 149.

o mais amplo possível.

Aristóteles já falava na necessidade de se conhecer o maior número de temas para alguém poder julgar bem ou se posicionar sobre os assuntos que lhe são postos a exame.¹⁶ René Descartes sugeria a interação com diversas áreas, a fim de permitir a aquisição de um conhecimento o mais amplo possível, em razão da conectividade que as unia.¹⁷ Além disso, também propunha a leitura dos “livros dos Antigos”, como forma de “poder aproveitar dos trabalhos de tão grande número de homens”, e “as invenções já feitas outrora com sucesso, quer também para ser informados do que ainda falta encontrar em todas as disciplinas”.¹⁸ Henri Robert falava que a completude na atuação do advogado passava pela necessidade de adquirir “*omnium rerum magnarum atque artium scientiam*: a ciência de todas as grandes coisas e de todas as artes”, mais propriamente, humanidade, Literatura, História, Direito, Política, dentre as quais classificou como *substantífica medula* o estudo da Filosofia, da História e do Direito.¹⁹

Não foi outro o entendimento manifestado pelos críticos do ensino do Direito Processual Penal de outrora. Choukr, inclusive, sugeriu o caminho a ser seguido para que sua melhoria e evolução se concretizassem, onde aparece, muito claramente, a interação do Direito com outras áreas do conhecimento, tais como História e Filosofia. No entanto,

16 ARISTÓTELES. *Ética nicomáquea*. Libro I, 3, 27, 109a. Tradução de Julio Pallí Bonet. Madrid: Gredos, 2000. v. 32, p. 26.

17 DESCARTES, René. *Regras para a orientação do espírito*. Regra II. Tradução de Maria Ermanita de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 4. Uma das grandes injustiças cometidas contra Descartes é atribuir a ele a necessidade de *compartmentalização* do conhecimento como única forma de obtê-lo em sua plenitude, originada da leitura isolada de sua obra *Discurso do método*. Por isso, entendemos necessária a reprodução do trecho por nós acima referido, como forma de resgatar o pensamento daquele filósofo. Disse ele: “Cumprir crer que todas as ciências são tão ligadas entre si que é muito mais fácil aprendê-las todas juntas do que separar apenas uma delas das outras. Portanto, se alguém quer procurar seriamente a verdade, não deve escolher uma ciência específica: todas elas são unidas entre si e dependem uma das outras. Ele deve pensar somente em aumentar a luz natural da razão, não para resolver esta ou aquela dificuldade de escola, mas para que, em cada circunstância da sua vida, seu entendimento mostre à sua vontade o que é preciso escolher. Bem depressa, ficará todo espantado de ter feito progressos bem superiores aos dos homens que se aplicam a estudos especializados, e de ter conseguido não só a posse de tudo quanto os outros desejam, mas também de coisas mais elevadas do que aquelas que podem permitir-se esperar” (Ob. cit., p. 4).

18 DESCARTES, René. *Regras para a orientação do espírito*. Regra III. Ob. cit., p. 11.

19 ROBERT, Henri. *O advogado*. Ob. cit., p. 21-23.

a predileção da *Nova Ordem* foi por seguir um rumo alternativo.

3.1. A seletividade do que se pretende *interdisciplinar*

Embora a interdisciplinaridade haja sido apontada como um dos caminhos para a melhora do ensino e compreensão dos fenômenos verificáveis no Direito Processual Penal, não tardou muito para que a *Nova Ordem* se desse conta dos riscos que corria, caso houvesse um aprofundamento na busca de respostas em certas áreas do conhecimento. Em lugar de corroborar as inovações que foram e são propostas, tais áreas - se abordadas com seriedade - levariam justamente a um resultado contrário.

Foi o caso da História e da Filosofia.

A. HISTÓRIA: UMA INIMIGA IMPLACÁVEL

Não é preciso ter *grandes luzes* para saber a importância que tem o estudo da História, à hora de se analisarem os diversos institutos de Direito Processual. É com essa área do conhecimento que iremos nos deparar com o surgimento e os motivos do nascimento de determinado instituto, o contexto político em que ele foi criado, a ampliação ou retração de seu significado ao longo do tempo, enfim, todos os fatores que nos permitirão melhor dimensionar o objeto de nossa atenção na atualidade. Sem medo de errar, entendemos que, a partir do domínio da História, podemos, ao menos no Direito - e, com muito mais razão, no Direito Processual Penal -, separar as crianças dos adultos.

Isso não quer dizer, por certo, que devamos ter um apego exagerado ao estudo dessa disciplina. Não podemos, nesse aspecto, incidir no erro narrado por Luis Vélez de Guevara, em escrito de 1641, ao descrever a figura de “um historiador que ficou louco por ter perdido três décadas de Tito Lívio”.²⁰ Da mesma forma, não podemos ver a realidade de outrora como se representasse práticas eternas e imutáveis, sobretudo

20 GUEVARA, Luis Vélez de. *O diabo coxo*. Tradução de Liliana Raquel Chwat. São Paulo: Escala, 2006. p. 32.

quando diziam respeito a temas envolvendo o Direito e, mais ainda, o Direito Processual Penal. Por estar a serviço do *estilo de vida* de cada época, nenhum segmento jurídico sofreu mais alterações em sua prática que este último.

O que se prega é o afastamento do mau uso da História, tal como verificamos nos dias de hoje. Não há mais lugar para, como diz Choukr, “parcas referências, deslocadas temporalmente, com o que se dá alguma ‘satisfação’ a determinadas ‘origens’ de ideias”.²¹ Muito menos para a mistura de determinações históricas e eternas, referida por Soren Kierkegaard, pois o resultado é dar a impressão de que, “quando parecia que se dizia algo histórico dizia-se algo eterno”.²² Ou, ainda, como diz Olavo de Carvalho, devemos saber fazer a diferença entre museologia e tradição.²³

Por vezes, vemos autores proporem verdadeiro *ovo de Colombo*, sem nenhuma preocupação em saber se algo idêntico ou similar já existiu no passado, e qual foi seu resultado prático naquela época. Da mesma forma, há autores que dão a determinados institutos características que eles nunca tiveram, fazendo isso com ares de verdadeiros dominadores do assunto que tratam, e sem apresentarem uma referência histórica sequer para corroborar seus dizeres. Por fim, há uma categoria que reputamos ser a mais abjeta de todas: aquela que despreza os estudos que invocam dados objetivos históricos, desprezo motivado pelo fato de esses dados históricos deixarem patente o equívoco dos postulados que aquela categoria de autores segue.

Para que não fiquemos na mera divagação, vamos à exemplificação.²⁴ Embora possamos elencar um sem-número de situações que bem

21 CHOUKR, Fauzi Hassan. As faces de eco: apontamentos sobre o ensino do processo penal. *Atuação*: revista jurídica do Ministério Público Catarinense, Florianópolis, v. 3, n. 7, set./dez. 2005. p. 149-150.

22 KIERKEGAARD, Soren. *É preciso duvidar de tudo*. Tradução de Sílvia Saviano Sampaio e Álvaro Luiz Montenegro Valls. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 40.

23 CARVALHO, Olavo de. Quem é filósofo e quem não é. In: *A filosofia e seu inverso & outros estudos*. Campinas: Vide Editorial, 2012. p. 173.

24 A partir deste momento, embora procuremos comprovar nossa argumentação com a invocação das situações que classificamos como *problemáticas* - por assim dizer - no ensino do Direito Processual Penal, nem sempre faremos referência ao nome dos autores que adotam posturas que

demonstram nossa preocupação com o respeito à História - principalmente do processo penal -, restringir-nos-emos a três que entendemos serem as mais significativas.

A.1. PROPOSIÇÃO DE UMA NOVIDADE VELHA

A ideia de um *Código-Modelo de Processo Penal para a Ibero-América* surgiu na década de 70 do século passado, tendo por finalidade servir de base para dar fim ao modelo inquisitivo de legislação processual penal, à época dominante nas ex-colônias espanholas na América. Sua formalização teve início nas V Jornadas Ibero-Americanas de Direito Processual, em Bogotá-Cartagena, no ano de 1970, e o projeto final foi apresentado nas XI Jornadas Ibero-Americanas de Direito Processual, na cidade do Rio de Janeiro, em data de 25 de maio de 1988.

Dentre as previsões nele contidas, é possível identificar uma que diz respeito ao procedimento que poderia ser adotado pelo juiz à hora de determinar a aplicação de pena ao acusado. De acordo com o seu artigo 287, sempre que o juiz julgasse conveniente, ele poderia determinar a divisão do julgamento em duas partes: a primeira diria respeito ao *meritum causae*, ou seja, se o acusado deveria ser condenado ou absolvido; a segunda diria respeito somente à definição do *quantum* de pena a ser aplicada ao acusado já condenado.²⁵ No entanto, tal procedimento já havia sido empregado no Direito antigo, e lá demonstrado suas falhas e contradições.

No Direito ateniense, o julgamento era dividido justamente dessa maneira, de modo que, se o acusado fosse considerado culpado, uma nova sessão de debates teria início, mas com tempo mais reduzido. Nela, acusador e acusado deveriam convencer os julgadores populares sobre a correção de seus argumentos, ou seja, se a pena a ser aplicada

entendemos equivocadas. Nossa intenção é combater a prática, e não a pessoa que a adota. Esse *modus operandi* será por nós adotado não só no tópico atinente ao estudo da História, mas em todos os demais que serão abordados em nosso texto.

25 PROJETO de Código Processual Penal-Tipo para Ibero-América (4ª parte). *Revista de Processo*, São Paulo, a. 96, n. 64, p. 109, 1991.

deveria ser a mais dura ou a mais branda.²⁶ E é aí que esse procedimento - sugerido pelo Código-Modelo de CPP - deixava patente sua contradição: em um primeiro momento, o acusado deveria se empenhar para alcançar sua absolvição; em momento posterior, deveria se empenhar para demonstrar que era merecedor de uma pena menor. Ao assim proceder, ele dava a entender que já sabia de sua culpabilidade na primeira fase do julgamento, o que poderia passar uma má impressão aos jurados no momento em que se posicionariam sobre qual pena aplicar.

O maior julgamento da história do Direito ateniense apresentou exatamente essa divisão. Referimo-nos ao julgamento de Sócrates, e ninguém menos que ele próprio manifestou sua indignação com essa segunda fase do julgamento, materializando essa contradição nas seguintes palavras reproduzidas por Platão: “Persuadido, como estoy, de que no hago daño a nadie, me hallo muy lejos de hacerme daño a mi mismo, de decir contra mi que soy meceredor de algún daño y de proponer para mi algo semejante”.²⁷

Se algum cuidado com a história do processo penal houvesse sido tomado pelos redatores do Código-Modelo, fatalmente não nos recordaríamos de Aristófanes, quando disse, em uma de suas peças, que “el pueblo aborrece ver repetidas antiguas soluciones”.²⁸ Imaginemos quais sentimentos, então, teria esse mesmo *pluebo* se soubesse que a proposição feita pelo Código-Modelo sequer solução foi em seu tempo.

A.2. NUNCA FOI, MAS TEM QUE SER

Outra situação de desprezo à História é verificada na abordagem que a *Nova Ordem* faz em relação à postura do juiz na fase probatória. Mais especificamente, estamos a nos referir à pretendida necessidade de o juiz ser completamente inerte nessa fase do processo, como úni-

26 ARISTÓTELES. *La Constitución de Atenas*. 68-69. 3. ed. Tradução de Antonio Tovar. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000. p. 221.

27 PLATÓN. Apología de Sócrates. 37b. In: *Diálogos*. Tradução de J. Calonge Ruiz, E. Lledó Iñigo e C. García Gual. Madrid: Gredos, 2000. v. 24, t. I, p. 44. (Coleção Los Clásicos de Grecia y Roma).

28 ARISTÓFANES. *La asamblea de las mujeres*. 580. Tradução de José Javier Viana. Madrid: Ediciones Clásicas, 2011. p. 35.

ca forma de alcançar sua imparcialidade. Em lugar de não consultar a História, o caminho eleito pela *Nova Ordem* foi diverso: ela buscou algo no Direito antigo para sustentar essa proposição, mas, em relação ao precedente que encontrou, conferiu-lhe uma característica que ele nunca teve.

Nesse sentido, há quem tenha se *lembrado* do instituto *non liquet*, presente no Direito Romano. Embora apresentando sua definição correta, foi afirmado que, na atualidade, a decisão judicial fundada no *non liquet* equivaleria à absolvição por falta de provas. Ledo engano.

Não é de agora que a existência de dúvida, por parte do julgador, traz-lhe profunda inquietação sobre como deve proceder ou julgar. A literatura clássica nos apresenta, como exemplo, a conversa travada entre o magistrado Aulo Gélio e o filósofo Favorino na qual o primeiro expõe ao segundo suas dúvidas sobre como ser uma pessoa e um julgador mais prudente.

Em relação a como ser juiz, Favorino lhe disse que havia dois modelos de julgadores: aqueles que procuravam dirimir suas dúvidas em meio aos depoimentos prestados pelas partes e testemunhas; e aqueles que se mantinham em silêncio todo o tempo. Quanto aos julgadores que procuravam elucidar os pontos duvidosos, Favorino o advertiu que a crítica existente era no sentido de poderem acusá-lo de estar atuando em conjunto com um dos advogados, ou, então, de estar antecipando o seu julgamento, de acordo com as perguntas que viesse a fazer. Ao final, o que estaria em jogo era a manutenção de sua respeitabilidade junto aos cidadãos.²⁹

Pois bem, no Direito Romano, a dúvida recebia um duplo tratamento, dependendo de onde ela se fazia presente: se na convicção do julgador, se no resultado final do julgamento. Expliquemos melhor.

O *non liquet* representava a ausência de convicção do juiz à hora de julgar, o que o autorizava a não se posicionar em favor ou em sentido contrário às pretensões processuais de quaisquer das partes. Assim, quan-

29 AULO GELIO. *Noches áticas*: antología. 14,2. Tradução de Francisco García Jurado. Madrid: Alianza, 2007. p. 181-182.

do o julgamento tivesse que ser realizado por um único magistrado, sua dúvida não se resolvia com a necessidade de absolver o acusado. À época, o julgador invocava o *non liquet* como justificativa para sua abstenção ou recusa em julgar o mérito do processo. O recado que se dava às partes era que deveriam buscar mais provas e argumentos para obterem, enfim, o convencimento do juiz em relação às suas pretensões.³⁰

Por outro lado, quando o julgamento envolvesse a presença de mais pessoas - sendo ele em um colegiado ou na Assembleia -, os julgadores recebiam três tipos de votos contendo letras, a saber, A (de absolver), C (de condenar) e NL (de *non liquet*, ou seja, não está claro). Quando da contagem dos votos válidos, quatro resultados poderiam ocorrer: a) supremacia dos votos condenatórios, o que levava à imposição da pena ao acusado; b) supremacia dos votos absolutórios, o que levava à absolvição do acusado; c) supremacia dos votos *non liquet*; e d) empate entre os votos condenatórios e absolutórios.

Havendo a supremacia dos votos *non liquet*, o resultado não era a absolvição do acusado motivada por dúvida. A dúvida, manifestada pela maioria dos julgadores, deveria ser dirimida com a realização de um segundo julgamento, chamado *ampliatio*. Em outros termos, o recado que a maioria dos julgadores passava às partes é que elas deveriam trazer mais provas e argumentos nessa *ampliação* do processo, pois só assim eles - os julgadores - estariam aptos a decidir o mérito do processo.³¹

A absolvição por dúvida só ocorreria nos casos de empate no número de votos para condenar e absolver.³² Aí está a origem, pois, do princípio *in dubio pro reo*.

A.3. UMA VINCULAÇÃO INEXISTENTE

A terceira e última situação de conflito que atinge a relação entre

30 AULO GELIO. *Noches áticas*: antología. 14,2. Ob. cit., p. 183.

31 CICERÓN, Marco Tulio. Verrinas - La Pretura de Roma. Segunda Sesión, Discurso Primero. 9,26. In: *Discursos*. Tradução de José María Requejo Prieto. Madrid: Gredos, 2000. v. 46, t., I, p. 121. (Coleção Los Clásicos de Grecia y Roma).

32 CICERÓN, Marco Tulio. En defensa de Aulo Cluencio. 27, 74. In: *Discursos*. Tradução de Jesús Aspa Cereza. Madrid: Gredos, 2000. v. 48, t. III, p. 202. (Coleção Los Clásicos de Grecia y Roma).

História e a atual literatura processual penal brasileira também diz respeito à postura do juiz na fase probatória. No entanto, esse conflito foi além da mera proposição doutrinária, vindo a se fazer presente, nada mais, nada menos, no projeto de novo CPP. Referimo-nos, especificamente, ao seu artigo 4º.

Apontado como a coluna vertebral do projeto, o artigo 4º se encarregou de definir que nosso processo penal adotará o sistema acusatório, apresentando a seguinte redação: “O processo penal terá estrutura acusatória, nos limites definidos neste Código, vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”.

A definição sistêmica de nosso processo penal sempre nos pareceu necessária, como forma de dar fim à discussão doutrinária existente no país e ao frequente reconhecimento de constitucionalidade - principalmente por parte dos Tribunais Superiores - de práticas somente permitidas no sistema misto, como é o caso da investigação criminal judicial (juizado de instrução), legalmente prevista para certos ilícitos penais ou certos sujeitos com prerrogativa de foro. Entretanto, ao mesmo tempo em que estabelece definitivamente o sistema processual a ser por nós seguido, aquele artigo incide em uma grave contradição, ao vincular a forma como autoriza a atividade probatória judicial de ofício ao sistema acusatório eleito.

Noutros termos, embora o sistema processual penal eleito pelo projeto de novo CPP seja o acusatório, o perfil de juiz estruturado por ele não guarda qualquer correspondência com o integrante daquele sistema. Em realidade, o perfil de juiz eleito se ajusta ao sistema inquisitivo, que é o oposto ao sistema acusatório.

Basta lembrar que o sistema acusatório - seja em que época for - jamais apresentou um juiz com a obrigação de velar pelos interesses de uma das partes, como fez o projeto. Como já tivemos oportunidade de dizer, o projeto nada mais fez que *institucionalizar o juiz-defensor*³³,

33 ANDRADE, Mauro Fonseca. O sistema acusatório proposto no projeto de novo *codex* penal adjetivo. *Revista de Informação Legislativa*, Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas,

presente no processo para ser um assistente do acusado³⁴ ou uma arma em seu favor³⁵, como se juiz fosse *arma*, e não um *sujeito* da persecução penal. Seja com um argumento ou outro, o resultado será sempre o mesmo: um juiz parcial, por dever estar direcionado a cuidar dos interesses do réu.

Mas o pior não é a gritante falha técnica presente no projeto e sua defesa por alguns no meio doutrinário. O mais grave é que, quem se empenha ferrenhamente em defender um juiz parcial, jamais se deu ao trabalho de saber o que estava defendendo. Mais que isso, jamais se deu ao trabalho de saber se o que estava defendendo pode ser compatível com o sistema eleito pelo projeto.

Se esse cuidado básico houvesse sido observado, sem grandes dificuldades saberia que uma das obrigações do juiz do sistema inquisitivo era, justamente, cuidar dos interesses do réu, atuando em substituição ao defensor, estando este defensor presente, ou não, no processo. Não foi por outro motivo que Carpsódio materializou essa característica do juiz inquisitivo no seguinte brocardo: *judex supplere debet defensionis rei ex officio*. De igual modo, não foi outra a razão de uma parcela importantíssima de nossa doutrina - hoje convenientemente esquecida pela *Nova Ordem* - alertar que esse perfil de atuação judicial era uma das características do sistema inquisitivo.³⁶

E onde entra o conhecimento da História nisso tudo? Nos textos deixados pelo sistema inquisitivo, ou seja, nos textos da Inquisição Católica, mais especificamente da Inquisição Espanhola.

Tomás de Torquemada foi o primeiro a regulamentar, em 1484, o

Brasília, v. 183, Edição Especial, p. 167-188, jul./set. 2009.

- 34 PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade das leis processuais penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. p. 129-131; HAMILTON, Sérgio Demoro. a ortodoxia do sistema acusatório no processo penal brasileiro: uma falácia. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 12, p. 205, 2000; LAGO, Cristiano Álvares Valladades do. Sistemas processuais penais. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 774, p. 456, abr. 2000; RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 67.
- 35 GIACOMOLLI, Nereu José. *Reformas (?) do processo penal: considerações críticas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 36-37.
- 36 MARQUES, José Frederico. Do processo penal acusatório. In: *Estudos de Direito Processual penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1960. p. 23; TORNAGHI, Hélio. *Curso de processo penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 1, p. 9.

processo inquisitivo católico na Espanha. Fernando de Valdés se encarregou de atualizar essa regulamentação oito décadas depois, em 1561. Em ambos os textos, o perfil de atuação do juiz-inquisidor era o mesmo, qual seja, não havia qualquer autorização para que ele atuasse, na fase probatória, contra os interesses do réu, mas havia previsões endereçadas a direcionar sua atuação em favor do réu, tal como descreveu Carpsódio.³⁷ Em outros termos, o modelo de juiz proposto pelo projeto de novo CPP só encontra correspondência na ideologia e documentos históricos deixados pelo sistema inquisitivo, nada tendo que ver, portanto, com o sistema acusatório que se quer implantar definitivamente em nosso país.

O que se poderia objetar quanto ao que expusemos até aqui é que tais informações seriam de difícil acesso, visto que dizem respeito a documentos históricos. Ora, como já disse Sêneca ao seu tempo: “Século nenhum nos é vedado. Temos acesso a tudo. Graças à magnitude do espírito é exequível sair dos limites da pequenez humana e ingressar no espaço ilimitado do tempo”.³⁸ Se assim era na sua Roma, com muito mais razão é hoje, em um mundo globalizado e interligado por todas as ferramentas que o mundo virtual permite.

Basta um *clic*, e o acesso a bibliotecas, livros estrangeiros e jurisprudência internacional nos é franqueado, seja pela compra, seja pela consulta gratuita. Em razão disso, podemos dividir certos *escritores do Direito* em dois grupos. Um primeiro, formado por aqueles que não se esforçam em conhecer a fundo o que escrevem. Aqui, há a irresponsabilidade derivada da autossuficiência. Esse é o grupo responsável pela

37 Quanto à regulamentação feita por Tomás de Torquemada, tal previsão se encontra em: Instrução 14. *Infrtruciones fechas en Seuilla año de 1484 por el prior de fancta Cruz. Copilacion delas Infrtruciones del Officio dela fancta Inquificion hechas por el muy Reuerendo feñor Thomas de Torquemada Prior del monafterio de fancta cruz de Segouia, primero Inquifidor general delos reynos y feñorios de Efpaña, 1532.* Já, quanto à regulamentação feita por Fernando de Valdés, esse tema é tratado nas seguintes instruções: Instruções 21, 29 e 38. *Copilación delas Infrtruciones del Officio dela fancta Inquificion, fechas en Toledo, año de mil y quinientos y fefenta y un años.* A tradução desses dois textos da Inquisição Espanhola pode ser encontrada em: ANDRADE, Mauro Fonseca. *Inquisição espanhola e seu processo criminal: as instruções de Torquemada e Valdés.* Curitiba: Juruá, 2006.

38 SÊNECA. *A brevidade da vida.* Tradução de Luiz Feracine. São Paulo: Escala, 2007. Capítulo XIV, 1, p. 59.

atualidade do conselho dado por Marco Túlio Cícero, ao tratar da verdadeira sabedoria do homem: “não julgar saber o que não saiba”.³⁹ E um segundo, formado por aqueles que, apesar de terem a ciência histórica, não dão ao seu público leitor o direito de conhecer aquelas informações que podem ser contrárias aos interesses de quem escreve. Isso se chama *desrespeito ao leitor*, mas também atende por *desonestidade científica*.

O que importa é a vaidade ou outros interesses menos nobres ainda. A História, vista como demonstração de conhecimento e erudição pelos autores clássicos de todo o mundo, é tratada de outra forma por certos setores de nossa doutrina. No exterior, ela é definida como *parceira*; aqui, é que ela é vista como *inimiga*.

B. MUITO PRAZER, FILOSOFIA ÀS SUAS ORDENS

Falamos acima sobre alguns grupos de *escritores do Direito* que desprezam a história do processo penal, seja por não conhecê-la à hora de publicarem suas opiniões, seja por conhecê-la muito bem, mas omitirem certas características históricas dos institutos que tratam, pois, se referidas em seus textos, comprovariam o equívoco das ideias que defendem. Podemos, assim, catalogar aqueles escritores em dois grupos: os que *emitem* o que não sabem, e os que *omitem* o que conhecem. No entanto, há também aqueles que não negam a importância da História, mas que a desprezam - pura e simplesmente - sob a invocação da Filosofia.

Para eles, não importa como determinado instituto nasceu, teve seu desenvolvimento e se encontra hoje disciplinado nos mais diversos países que formam nossa cultura jurídica. O que importa é a opinião que esses escritores têm sobre um determinado instituto, maquiando seus (pre)conceitos com alguma - qualquer uma, na verdade - literatura apontada como *filosófica*.

Em geral, são autores conhecidos, que passaram a ser considerados

39 CÍCERO, Marco Túlio. *Acadêmicas*. Edição Bilíngue. Tradução de José R. Seabra. Belo Horizonte: Nova Acrópolis, 2012. p. 93.

pensadores pela quantidade de coisas que escrevem, mesmo em temas desconectados de suas áreas de conhecimento.⁴⁰ Daí que, até serem erigidos à condição de *filósofos* por seu rebanho, é pura questão de tempo.

O exemplo mais gritante dessa situação é a posição de André Leonardo Copetti Santos sobre o papel que o juiz deve adotar na fase probatória.⁴¹ Ao tratar das decisões dos Conselhos de Sentença no Tribunal do Júri e sua pretensa incompatibilidade com o Estado Democrático de Direito, esse autor questiona sua legitimidade sob uma alegada *ótica filosófica*.⁴² E, em dado momento de seu escrito, ele ingressa na abor-

40 Essa é uma crítica muito forte que setores da Filosofia fazem a certos professores - detentores de profundo conhecimento em áreas específicas -, por se aventurarem em outras que não são de seu pleno domínio. São aquelas pessoas, segundo Morellet, que têm a pretensão de “passar por ter opiniões já formadas sobre todos os assuntos tratados” (MORELLET, André. *Sobre a conversação*. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 27). Essa necessidade de exibicionismo, fruto da mais pura vaidade, acaba levando a dois caminhos: ao afastamento da própria instrução de quem se depara e dá valor aos escritos desses autores (MORELLET, André. Ob. cit., p. 28), e, mais cedo ou mais tarde, à percepção, por parte dos *seus leitores*, da “miséria de todos os falsos conhecimentos de que nossos falsos sábios se orgulham tanto” (ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Os devaneios de um caminhante solitário*: terceira caminhada. Tradução de Julia da Rosa Simões. Porto Alegre: L&PM, 2010. p. 42). Nesse sentido, os mais expostos à tentação da vaidade e soberba são alguns constitucionalistas, que acreditam saber tudo sobre tudo, mas, já na primeira linha de seus manifestos em outras áreas, dão mostras que o silêncio seria a maior demonstração de eloquência fora de seu âmbito de dedicação acadêmica. Alguns deles usam o peso de um nome construído com tanto esforço na sua esfera de conhecimento para, com uma simples penada, darem mostras não só do seu mais profundo desconhecimento sobre o que escrevem em Direito Processual Penal, como também autorizam o leitor a duvidar se a tal reputação *de sumo sacerdote* em tal ou qual ramo do Direito, diverso do processo penal, é verdadeiramente merecida. No Direito Processual, ninguém menos que Alcalá-Zamora y Castillo fez uma legítima *chamada à ordem* daqueles autores - verdadeiros alienígenas nessa área do conhecimento - que pensam que suas intervenções irresponsáveis irão provocar modificações profundas em tudo que tocam. Ao se referir a uma (im)postura que parece eterna, disse *el maestro* que “las invasiones de cultivadores de una disciplina en los dominios de otra [...] no es título bastante para alterar la índole de las instituciones jurídicas” (ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Proceso, autocomposición y autodefensa*. México: UNAM, 2000. p. 22). O exemplo mais recente dessa situação ocorreu no Direito Penal, e foi magistralmente apontado por Luís Greco e Alaor Leite, podendo ser conferido em: GRECO, Luís; LEITE, Alaor. O que é e o que não é teoria do domínio do fato sobre a distinção entre autor e partícipe no direito penal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 933, p. 83, nota 91, jul. 2013. É por isso que segue atual o conselho dado por Descartes, quando disse que “não são todas as artes que o mesmo homem deve aprender ao mesmo tempo, mas se torna mais facilmente o melhor mestre em sua arte aquele que se dedica a uma só” (DESCARTES, René. *Regras para a orientação do espírito*. Regra I. Ob. cit., p. 2).

41 Como veremos ao longo de nosso texto, esse tema é dado a muitos *desvios argumentativos*, que atingem não só a Filosofia e a História, para justificar posições ideológicas sobre a postura do juiz ao longo do processo.

42 SANTOS, André Leonardo Copetti. A incompatibilidade das decisões do conselho de sentença do tribunal do júri com o estado democrático de direito: uma interpretação da legitimidade das

dagem do papel do juiz na fase probatória.

Embora sua área de atuação acadêmica esteja centrada no Direito Penal e Direito Constitucional, Copetti Santos não perdeu a oportunidade de, ao tratar daquela questão, demonstrar todo o seu desconhecimento sobre os pontos mais intrincados do Direito Processual Penal e, em específico, sobre o tema que envolve a atividade probatória *ex officio judicis*, seja sob o ponto de vista histórico, seja sob o ponto de vista doutrinário.

Em termos objetivos, aquele autor ingressou na surrada discussão sobre a dicotomia *acusatório-inquisitivo*, à hora de abordar o papel do magistrado na fase probatória, por considerar que o juiz inerte nessa fase está vinculado ao sistema acusatório, e o juiz ativo está vinculado ao sistema inquisitivo. Em dado momento, ele tratou de desmerecer os estudos feitos nesse sentido, que invocaram literatura e jurisprudência internacionais, bem como precedentes de ordem histórica que apontavam para a imprestabilidade daquela diferenciação dicotômica. Não satisfeito, foi ofensivo com quem sustenta aquela posição, por considerá-la ingênua e insuficiente dogmaticamente.

Em certo ponto de seu escrito, Copetti Santos demonstra sua plena aderência à teoria da gestão da prova - que diferencia os sistemas acusatório e inquisitivo justamente a partir da postura do juiz na fase probatória - e procura refúgio na Filosofia para justificar sua posição. Ao assim proceder, invoca a necessidade de um “modo-de-ser filosófico”. Como doutrina de base, procura sustentar sua posição invocando as lições deixadas por Descartes, Spinoza, Leibniz e Dworkin.⁴³

decisões judiciais a partir de uma interseção entre filosofia e direito. *Sistema Penal & Violência*, Porto Alegre, v. 3, n. 1, p. 30-46, jan./jun. 2011; SANTOS, André Leonardo Copetti. Decisões judiciais e estado democrático de direito: da necessidade de fundamentação das decisões do tribunal do júri. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito - RECHTD*, Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 131-143, jul./dez. 2012. Como poderá ver o leitor, afora uma ou outra inserção feita no segundo texto, esses dois artigos são constrangedoramente iguais, embora apresentem títulos diferentes, o que já se constitui em um bom indicativo da *postura filosófica* de seu autor.

43 SANTOS, André Leonardo Copetti. A incompatibilidade das decisões do conselho de sentença do tribunal do júri com o estado democrático de direito: uma interpretação da legitimidade das decisões judiciais a partir de uma interseção entre filosofia e direito. Ob. cit., p. 35.

Ao invocar o seu *modo-de-ser filosófico*, a intenção de Copetti Santos é desmerecer não só as posições sustentadas que não são de seu agrado, mas também menosprezar quem as sustenta. A mensagem que procura dar é que seus *adversários acadêmicos* são menos preparados que ele, justamente por não apresentarem um nível intelectual e de conhecimento que ele - pretensamente - possui, o que lhe permite atingir a essência de tudo o que sustenta como correto.

Pois bem, antes de invocar a Filosofia como argumento para encobrir flagrantes deficiências técnicas nas áreas do conhecimento onde irá aventurar-se, todo pretendente a ser um cientista e/ou filósofo precisa saber do que ela - a Filosofia - se ocupa.

Virtude e vício são palavras incansavelmente repetidas pelos filósofos clássicos, e elas nos remetem à necessária separação entre o acerto e o erro. É por isso que a equivalência entre *acerto* e *verdade* é uma constante nos fundamentos da Filosofia⁴⁴, pois somente quando se alcança a verdade sobre algo é que se pode dizer que se tem *conhecimento* sobre o objeto que mereceu sua atenção. Por consequência, qualquer processo mental ou de investigação que se contente com o *mais ou menos* acaba por refutar a própria validade da invocação da Filosofia como um *instrumento* posto na mão do (pseudo)cientista, à hora de fundamentar suas conclusões sobre determinado assunto.

Quando alguém abraça a Filosofia como um *modo-de-ser* - nas pró-

44 ARISTÓTELES. *Ética eudemia*. Tradução de Carlos Megino Rodríguez. Madrid: Alianza, 2009. Livro I, IV, 1215b, p. 48. (Clásicos de Grecia y Roma); CÍCERO, Marco Túlio. *Do sumo bem e do sumo mal*. Tradução de Carlos Ancêde Nougé. São Paulo: Martins Fontes, 2005. Livro XXI, p. 117-118; CÍCERO, Marco Túlio. *Acadêmicas*. Edição Bilingue. Tradução de José R. Seabra. Belo Horizonte: Nova Acrópolis, 2012. p. 169; SCHOPENHAUER, Arthur. *Sobre a filosofia universitária*. Ob. cit., p. 23-14. Em outra passagem, Cícero deixa ainda mais clara essa equivalência, ao dizer: “esta é a regra de toda filosofia: a determinação do verdadeiro, do falso, do conhecido, do desconhecido; porquanto adotassem esse método e quisessem ensinar quais representações conviesse aceitar, quais repudiar, certamente terem eles devido perceber esta mesma, da qual procedesse todo critério do verdadeiro e do falso; efetivamente serem estes os dois problemas principais na filosofia: o critério da verdade e o grau supremo dos bens, e não poder ser sábio quem ignore ou haver o princípio do conhecimento ou o fim último do desejar, de modo que não saiba ou donde parte ou aonde deva chegar” (ob. cit., p. 207). No mesmo sentido vai Schopenhauer, quando diz que “a filosofia pura não conhece outro fim a não ser a verdade; donde se poderia concluir que qualquer outro fim visado por seu intermédio é para ela pernicioso” (SCHOPENHAUER, Arthur. *Sobre a filosofia universitária*. Ob. cit., p. 17).

prias palavras de Copetti Santos -, isso não significa, é bom que se diga, que deva ler os autores clássicos e aderir às posições sustentadas por eles sem maiores questionamentos. Isso seria, como bem disse René Descartes, não aprender ciência, mas História.⁴⁵ Objetivamente, quem se propõe a adotar esse *modo-de-ser* precisa seguir a técnica filosófica ao se dedicar a alguma questão, e isso significa realizar um estudo profundo e completo antes de pensar em abrir a boca para falar sobre algo.⁴⁶ Em suma, deveria duvidar de tudo que diga respeito ao tema que se propôs a fazer o papel de crítico.⁴⁷ Não por outro motivo, Aristóteles define o modo de vida filosófico - que, sem maiores problemas, pode ser equiparado ao *modo-de-ser filosófico* daquele outro autor - como aquele em que o sujeito se ocupa da sensatez e da contemplação da verdade, que só pode ser alcançada a partir do questionamento.⁴⁸

Se tivesse adotado essa postura primária, aquele autor deveria, como mínimo, haver se questionado quanto à origem e base doutrinária da teoria da gestão da prova, as formas como histórica e atualmente foram regulados os sistemas acusatório e inquisitivo, e as posições doutrinárias existentes nos mais diversos países sobre esse tema. Estudos nesse sentido já haviam sido publicados aqui mesmo no Brasil, e eram de seu pleno conhecimento⁴⁹, mas ele preferiu o caminho fácil do *é assim porque eu quero*, que é a base do dogmatismo.

Embora venhamos a tocar nesse tema com maior profundidade mais

45 DESCARTES, René. *Regras para a orientação do espírito*. Regra III. Ob. cit., p. 12.

46 Conforme ensina Olavo de Carvalho: “Por onde quer que você entre numa questão filosófica, não importando qual seja, vai desembocar direto no centro mesmo da encrenca. Nada poderá ajudá-lo senão o domínio da técnica filosófica. Técnica filosófica é saber rastrear um tema, um problema, uma ideia, até suas raízes na estrutura mesma da realidade. Trata-se de pensar um assunto até que o pensamento encontre seus limites e a própria realidade comece a falar. ‘Pensar’, aí, não é falar consigo mesmo, combinar palavras ou argumentar tentando provar alguma coisa. Não é nem mesmo construir deduções lógicas, por mais elegantes que pareçam (a atividade construtiva da mente pertence às matemáticas e não à filosofia)” (CARVALHO, Olavo de. *Notas para uma introdução à filosofia*. In: *A filosofia e seu inverso & outros estudos*. Campinas: Vide Editorial, 2012. p. 161).

47 Ensina Soren Kierkegaard: “Eis as três proposições: 1) A filosofia começa pela dúvida; 2) É preciso ter duvidado para poder filosofar; 3) A filosofia moderna começa pela dúvida”. (KIERKEGAARD, Soren. *É preciso duvidar de tudo*. Ob. cit., p. 35).

48 ARISTÓTELES. *Ética eudemia*. Libro I, IV, 1215b. Ob. cit., p. 48.

49 Isso fica claro em razão da própria bibliografia apresentada por ele no texto em questão.

adiante, a teoria da gestão da prova já foi desmascarada no meio acadêmico, em razão de haver sido criada a partir da invocação da doutrina de um autor italiano que simplesmente não disse o que atribuem a ele. Na verdade, sua posição é exatamente outra, o que torna ainda mais vexatória a invocação daquele autor estrangeiro para justificar tal teoria.⁵⁰ Mais que isso, a análise dos sistemas acusatório e inquisitivo não nos permite referendar os pressupostos apresentados pela teoria da gestão da prova.⁵¹ E a passividade judicial, na fase probatória, já era apontada, desde a antiguidade, como decorrência da falta de interesse público nos rumos do que se discutia em âmbito judicial.⁵² Em outras palavras, seja sob o ângulo que for, a teoria da gestão da prova está marcada - para dizer o mínimo - pela mais evidente artificialidade.

O que sobrava, então, como argumento para a sustentação daquela teoria? A invocação da Filosofia, como forma de justificar que a correção de seus postulados estaria em um plano não alcançado por quem dela dissente. No entanto, como já tivemos oportunidade de dizer em outra oportunidade, nenhum caráter filosófico há na invocação de conhecidos nomes - como Descartes, Spinoza, Leibniz e Dworkin - para justificar a correção daquela teoria. Além de eles não tratarem especificamente sobre o tema em questão, a Filosofia não se presta a sustentar a veracidade de algo que nunca foi dito. Ou, pior ainda, algo que foi dito em sentido completamente diverso do que se publica em nosso país.⁵³

Enfim, quando alguém dá demonstração pública de desconhecimento sobre o que professa, não se aprofunda em sua investigação e, para piorar, ainda invoca a condição de filósofo - a si próprio e a quem defende o indefensável -, tais posturas somente têm o condão de denegrir a Filosofia. Melhor dito, isso é a negação da Filosofia, pois ela não se

50 ANDRADE, Mauro Fonseca. Teoria da gestão da prova: um confronto consigo mesma. *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*, Porto Alegre, a. 10, n. 18, p. 141-200, 2010.

51 ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas processuais penais e seus princípios reitores*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013. p. 197-239.

52 PLATÓN. Fedro. 272d. In: *Diálogos*. Tradução de C. García Gual, M. Martínez Hernández e E. Lledó Iñigo. Madrid: Gredos, 2000. v. 26, t. III, p. 394.

53 ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas processuais penais e seus princípios reitores*. Ob. cit., p. 476-478.

presta a encobrir preconceitos e falta de profundidade no trato de qualquer tema.

Se observarmos bem, a postura de Copetti Santos seguiu todos os passos necessários para a mais explícita aderência ao dogmatismo no tema que tentou abordar: aderiu à teoria da gestão da prova como uma verdade absoluta e indiscutível, não se deu ao trabalho de questioná-la e averiguar suas bases doutrinárias, e elegeu um dos nomes que a defende para elevá-lo à condição de doutrinador infalível e emissor da última palavra sobre o tema. Isso não tem nada de *modo-de-ser filosófico*. Na verdade, não passa do mais puro dogmatismo, mas travestido com a invocação da Filosofia, como forma de aquele autor se postar frente aos seus leitores como alguém que possui uma visão crítica diferenciada frente a quem pensa diferentemente dele. Relembrando William James, foi só deixar aquele autor aos seus institutos, que ele dogmatizou como *papa infalível*.⁵⁴

É por essa soma de fatores que é preciso deixar algo muito claro: autointitular-se filósofo exige certas responsabilidades, e não o afastamento delas, que são facilmente notadas quando o *sedizente* abre a boca.⁵⁵ Também exige certas práticas, e uma delas é duvidar, pois, já disse Kierkegaard, “era duvidando que deveria se preparar para ser filósofo”.⁵⁶

Isso nos motiva a perguntar, com Marco Túlio Cícero: “Quem há, com efeito, que ouse dizer-se filósofo quando não examina nenhum pre-

54 JAMES, William. *A vontade de crer*. Tradução de Cecília Camargo Bartalotti. São Paulo: Loyola, 2001. p. 25.

55 Nesse sentido, é impecável a lição deixada por Boécio, ao se referir aos sujeitos que se intitulam filósofos por pura vaidade, e que não perdem a oportunidade de mostrar que não apresentam as mínimas condições de justificarem tal qualificativo. Em sua última contribuição à Filosofia, disse o autor citado: “Aprendeí como certo homem divertiu-se um dia ridicularizando esse gênero de arrogância. Esse homem cobriu de injúrias um indivíduo que, sem sê-lo de fato, intitulava-se filósofo, não para praticar a verdadeira virtude, mas por vaidade e desejo de glória vã. Pois bem, esse homem disse ao outro que reconheceria sua qualidade de filósofo se ele se mostrasse capaz de aguentar, sem se desesperar nem se enervar, uma torrente de injúrias. O pretenso filósofo conseguiu por algum tempo ter paciência, mas, após ter-se contido diante dos insultos, descarregou ele próprio sua ira: ‘E então reconheces agora que sou filósofo?’ E o outro lhe respondeu: ‘Estava prestes a reconhecê-lo, se não tivesse dito coisa alguma’” (BOÉCIO. *A consolação da filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 1998. Livro II, 13, p. 48).

56 KIERKEGAARD, Soren. *É preciso duvidar de tudo*. Ob. cit., p. 92.

ceito do dever?”⁵⁷

A resposta é encontrada na expressão *filosofastro*, amplamente utilizada em Atenas⁵⁸, e repetidas vezes citada por Arthur Schopenhauer⁵⁹, para representar aquele sujeito que se autoproclamava *filósofo* (ou *pensador*), mas que não tinha a mínima condição de sustentar esse qualificativo. Ou, então, *filósofos de diversão*⁶⁰, dada a falta de qualidade do que produziam, derivada da superficialidade com que abordavam seus temas.

O que essa classe de *filósofo* ou *pensador* faz de melhor é dar atualidade a uma frase de Abade Dinouart, em obra de 1771, quando disse: “A filosofia, hoje, não passa de um abuso da palavra”.⁶¹

3.2. A doutrina de resultado no País do Espelho

Lewis Carroll ficou mundialmente conhecido por um texto que se transformou em clássico da literatura universal: *Alice no País das Maravilhas*. Demonstrando não ser autor de um título só, posteriormente ele nos brindou com outra obra-prima, onde Alice já aparece como uma adolescente, mas ainda com lembranças da aventura que havia vivido no país maravilhoso que visitara. Veio a público, então, *Alice no País do Espelho*.

Nessa obra, tudo aparece ao contrário para Alice, quando ela compara a realidade do País do Espelho com aquela vivida em seu país de origem. Nada foge a essa regra, que consegue atingir até mesmo os livros existentes naquele estranho país onde ela se encontra. Em dado momento, Alice chega a dizer, espantada: “Os livros parecem muito

57 CÍCERO, Marco Túlio. *Dos deveres*. Tradução de Angélica Chiapeta. São Paulo: Martins Fontes, 1999. Livro I, II, 5, p. 5-6.

58 ALCIFRÓN. De Autocleto a Hetemaristo. 19, 9. Libro III. Cartas de Parásitos: In: *Cartas*. Tradução de Elisa Ruiz García. Madrid: Gredos, 2000. v. 37, p. 243.

59 SCHOPENHAUER, Arthur. *A arte de insultar*. Tradução de Eduardo Brandão, Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 83; SCHOPENHAUER, Arthur. *Sobre a filosofia universitária*. Ob. cit., p. 38 e 42.

60 SCHOPENHAUER, Arthur. *Sobre a filosofia universitária*. Ob. cit., p. 55.

61 ABADE DINOUART. *A arte de calar*. Tradução de Luis Filipe Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 4.

com os nossos livros, mas acontece que as palavras estão todas erradas, todas as letras estão ao contrário”.⁶² Por que fazemos essa lembrança? Porque essa é a exata sensação que temos quando lemos as publicações feitas pelos integrantes da *Nova Ordem*.

Como visto até aqui, a interdisciplinaridade sempre foi apontada, ao longo da história da humanidade, como o caminho mais adequado para que todo e qualquer profissional - em especial, o profissional do Direito - alcançasse a completude em sua formação. No entanto, a *Nova Ordem* deu outra significação à sua importância, a partir da seletividade do que pretendia *interdisciplinar* e também do que poderia vir a público, pois lhe interessa(va) marcar muito bem a posição ideológica que assumiu, onde, na esfera processual penal, o Estado e seus representantes são os verdadeiros inimigos do cidadão.

Por certo que o resultado dessa interdisciplinaridade seletiva levou à publicação de diversos textos para reforçar e propagar sua ideologia. Assim, o caminho natural foi a veiculação de uma literatura alegadamente técnica, mas voltada a um objetivo muito claro, que era a disseminação de seu pensamento e alcance do convencimento das novas gerações de profissionais do Direito.

Era preciso sair do *laboratório*, onde a interdisciplinaridade estava inserida. Outras estratégias de atuação deveriam estar ligadas a ela. Foi aí que surgiu a preocupação com a formação das bases teóricas da *Nova Ordem*. Nasceu, então, a *doutrina de resultado*.

Doutrina de resultado nada mais é que a apresentação de certas proposições no meio acadêmico nacional, em geral, apontando a necessidade de uma mudança radical no trato de certas práticas internas ou de certos institutos, em razão da forma como essas mesmas práticas ou institutos seriam encarados pelo Direito Comparado ou doutrina estrangeira. O *resultado* por ela perseguido é muito claro, consistente em alcançar os propósitos que estão no coração de seus proponentes⁶³,

62 CARROLL, Lewis. *Alice no País do Espelho*. Tradução de William Lagos. Porto Alegre: L&PM, 2010. p. 24.

63 SCHOPENHAUER, Arthur. *Sobre a filosofia universitária*. Ob. cit., p. 70.

esteja ele - o coração - em seu devido lugar ou em algum outro ponto mais sensível do corpo humano.

Para chegar a esse *resultado*, doutrina, jurisprudência e legislação internacionais passaram a frequentar a base argumentativa desse tipo de doutrina. No entanto, a forma como a *doutrina de resultado* apresenta sua base argumentativa nem sempre corresponde ao que está contido naquela mesma doutrina, jurisprudência ou legislação internacionais. Sendo mais claro, o que importa é obter o convencimento de alguém, o que faz com que o que se diz que ocorre *lá fora* seja uma coisa; outra, completamente distinta, é o que *realmente ocorre lá fora*.

Essa prática provoca um grande espanto em quem procura checar as fontes invocadas pelos publicadores da *doutrina de resultado*. É impossível compreender como é que determinado resultado ou proposição foram apresentados a partir da palavra de um autor, de uma lei ou de julgados internacionais que, quando são lidos no original, não dizem nada daquilo que a eles é atribuído. Algo está errado, e não são os textos estrangeiros...

A resposta talvez possa ser encontrada na fala de Humpty Dumpty, personagem daquele segundo livro de Lewis Carroll. Dirigindo-se a Alice, disse ele, em tom de grande sarcasmo: “Quando eu utilizo uma palavra [...] ela significa exatamente o que quero que signifique, sem mais, nem menos”.⁶⁴ É o *País do Espelho* fazendo escola no Brasil, em nome dos sentimentos que brotam do *coração*.

O método utilizado é o seguinte: primeiro, deve haver a definição de qual objetivo se quer alcançar; depois, buscam-se no Direito Comparado alguns textos (doutrina, jurisprudência ou legislação) que, de alguma forma, possam ser aproveitados para embasar o objetivo que se quer alcançar; por fim, recorta-se algo desses textos, de modo a dar a entender ao leitor que eles dizem respeito exatamente ao que se tem por objetivo alcançar. Eis a arte, como disse Rousseau, de “transformar as coisas de branco em preto”.⁶⁵

64 CARROLL, Lewis. *Alice no País do Espelho*. Ob. cit., p. 114.

65 ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Os devaneios de um caminhante solitário*: nona caminhada. Ob. cit.,

É claro que esse procedimento não é novo, já tendo chamado a atenção da Filosofia.

Aristóteles falava que a forma mais fácil de enganar a mente - e, por consequência, a formação de nossa convicção sobre algo - é realizar a junção de algumas coisas que levariam a um resultado aparentemente verdadeiro. Ou seja, o que importa é nossa adesão à ideia final, ainda que sua montagem tenha ocorrido a partir de pressupostos falsos.⁶⁶

Por sua vez, o nome que Marco Túlio Cícero dava a esse procedimento era *sorites* (palavra que, em grego, significa *monte* ou *pilha*), quando empregado na construção de um discurso ou argumento.⁶⁷ Como diz esse autor: “A isso chamam ‘sorites’ porque, adicionados os grãos um a um, formam um acervo”.⁶⁸ E vai além, qualificando esse procedimento como “Gênero, sem dúvida vicioso e capcioso!”⁶⁹, “lugar sem dúvida lúbrico e perigoso”⁷⁰.

Plotino falava da *teoria das proposições*, que, na sua visão, “não passa de um amontoado de palavras”.⁷¹ O que importa é apresentar proposições de solução para tudo aquilo que alguém entende como um problema. O objetivo é superar o entrave que só o autor vê, não importando se seus argumentos estão corretos ou há alguma conectividade entre eles.

Por último, na nossa lembrança sempre aparecem as palavras irreverentes de Schopenhauer, para quem essa montagem artificial de

p. 118.

66 Textualmente: “Eis o que pensam os seres humanos: quando uma coisa existe e uma determinada outra também, ou que um fato se produzindo, um outro se produz, se o segundo é real, também o primeiro o é ou se torna - o que é falso. Assim, se a coisa antecedente é falsa, mas é verdadeiro que alguma coisa necessariamente existe ou acontece, essa última é adicionada. Simplesmente por conhecer a verdade da consequente, nossa mente infere falsamente a verdade igualmente da antecedente” (ARISTÓTELES. *Poética*. 24.20. Tradução de Edson Bini. São Paulo: EdiPro, 2011. p. 88).

67 Segundo Diôgenes Laértios, o filósofo Eubíledes de Mileto dedicou um argumento dialético, em forma de interrogativa, intitulado *Sorites* (LAÉRTIOS, Diôgenes. Euclides. Capítulo 10, 108. Livro II. In: *Vidas e doutrina dos filósofos ilustres*. 2. ed. Tradução de Mário da Gama Kury. Brasília: UnB, 2008. p. 73).

68 CÍCERO, Marco Túlio. *Acadêmicas*. Ob. cit., p. 241.

69 CÍCERO, Marco Túlio. *Acadêmicas*. Ob. cit., p. 241.

70 CÍCERO, Marco Túlio. *Acadêmicas*. Ob. cit., p. 313.

71 PLOTINO. *Tratado das Enéadas*. Tradução de Américo Sommerman. São Paulo: Polar, 2007. p. 50.

teses frágeis nada mais representava que a construção de castelos de cartas⁷² ou pedras de dominó⁷³, combinados eventualmente a partir do que “disse este, aquele, um outro e mais um outro, e então procuram chegar a alguma compreensão do assunto”.⁷⁴

Pelo lado do Direito Processual, tal procedimento também mereceu sua devida crítica.

Francesco Carnelutti mostrava toda sua indiferença a essa (im)postura acadêmica, consistente em alguém realizar recortes do que lhe agrada ou desagrade, e, com isso, montar uma proposição à qual pretende dar ares de cientificidade. Sua opinião, frente a situações como essa, era que qualquer debate em torno de uma proposição assim construída seria inútil, em razão de não envolver o todo.⁷⁵ No entanto, ousamos divergir do mestre italiano, pois é mais que necessário ingressar no debate para, como mínimo, fazer o alerta sobre o que vem sendo feito, e a obrigatoriedade de se conferir o que é invocado como base argumentativa por setores muito específicos de nossa doutrina.

Se a estratégia, então, é realizar essa verdadeira bricolagem jurídica, por qual motivo há a invocação de textos estrangeiros, já que esse *recorta-e-cola* poderia ser feito com a literatura nacional?

Ora, já disse Erasmo de Rotterdam que somos propensos a aceitar mais facilmente as proposições feitas por um desconhecido, dando a ele uma autoridade que, em realidade, não sabemos se merece.⁷⁶ Melhor ainda se esse desconhecido apresentar uma nacionalidade diversa da nossa, o que nos tornará, nas palavras de Voltaire, escravos desse estrangeiro, caso não conheçamos efetivamente o que ele prega.⁷⁷

Essas poderiam ser motivações mais sofisticadas, buscadas na compreensão da psique humana, mas, às vezes, as razões para a invocação

72 SCHOPENHAUER, Arthur. *Sobre a filosofia universitária*. Ob. cit., p. 25.

73 SCHOPENHAUER, Arthur. *Sobre a filosofia universitária*. Ob. cit., p. 36.

74 SCHOPENHAUER, Arthur. *Sobre a filosofia universitária*. Ob. cit., p. 37-38.

75 CARNELUTTI, Francesco. *Arte del diritto*. Padova: Cedam, 1941. p. VI e VII.

76 Textualmente: “Deixando de lado a polêmica sobre a autoria, há de reter que nenhuma autoridade vale tanto a ponto de impedir a adoção daquilo que é melhor só porque proposto por algum desconhecido” (ROTTERDAM, Erasmo. De pueris (Dos meninos). Capítulo III, 6. Ob. cit., p. 57).

77 VOLTAIRE. *O ateu e o sábio*. Tradução de Antônio Geraldo da Silva. São Paulo: Escala, 2006. p. 25.

de um desconhecido autor estrangeiro podem ser muito mais singelas. Esse, ao menos, foi mais um aprendizado que a *Nova Ordem* nos proporcionou em uma situação que vivenciamos.

Certa feita, fomos convidados para ministrar uma palestra a juizes federais, e lá também se encontrava o introdutor de uma das proposições mais conhecidas da *Nova Ordem*, qual seja, a teoria da gestão da prova. Após a conclusão de nossa exposição, foi dada a palavra a essa pessoa, que, ciente de texto por nós publicado - onde desconstituímos sua teoria de forma integral⁷⁸ -, aproveitou a oportunidade para defender suas ideias e rebater nossa posição sobre a insustentabilidade do que ele pregava.

Para nossa surpresa, a defesa de sua tese insustentável se deu sob o argumento de que o livro-base, de onde retirou as premissas de sua teoria⁷⁹, era uma obra de difícil aquisição, e que poucas pessoas a possuíam em nosso país. O que esse expositor estava dizendo é que, se basicamente só ele tinha tal obra, então, só ele sabia o que realmente o autor invocado havia dito sobre a teoria da gestão da prova. Ou seja, ele estava se autoproclamando detentor do *monopólio da verdade*, pois só ele sabia o que tal obra realmente continha. O problema é que também a temos, e, em nosso exemplar, mesmo sendo a mesma edição e ano, consta outra realidade...

Enfim, o que queremos deixar dito é que, dentre as estratégias da *Nova Ordem*, também está a invocação de textos estrangeiros que não são localizados facilmente pela grande maioria dos operadores do Direito no Brasil. A ela, por consequência, resta um único caminho, que é acreditar nas afirmações feitas em determinada obra ou artigo publicados em nosso país, já que é quase impossível a conferência ou checagem do que é sustentado.

Mas já falamos demais. Vamos à exemplificação.

78 ANDRADE, Mauro Fonseca. *Teoria da gestão da prova: um confronto consigo mesma*. Ob. cit.

79 Este livro é: CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*. Torino: Utet, 1986.

a. A visão espelhada da doutrina

A teoria da gestão da prova, já referida acima, aportou no Brasil com a pretensão de definitivamente esclarecer ou apontar qual o critério correto para se fazer a distinção entre os sistemas acusatório e inquisitivo. De acordo com o que prega, o papel do juiz na fase probatória seria o espaço onde essa diferenciação ocorreria: nos processos em que o juiz teria liberdade para atuar de ofício, ali encontraríamos um processo regido pelo sistema inquisitivo; nos processos em que o juiz teria o dever de permanecer inerte, ali encontraríamos um processo regido pelo sistema acusatório.

A base doutrinária empregada pelos ícones dessa teoria é a obra de Franco Cordero, autor italiano que, em determinado momento, afirmou que o juiz do sistema inquisitivo desenvolveria “quadri mentali paranoidi”.⁸⁰ A partir daí, conhecidos meios acadêmicos e institutos voltados - ao menos, teoricamente - ao estudo das ciências criminais passaram a difundir a seguinte ideia: se o juiz do sistema inquisitivo apresenta quadros paranoicos contra o réu, e se a atividade probatória de ofício está vinculada ao sistema inquisitivo, então o juiz que produz prova de ofício é paranoico contra o réu.

Pronto, estava construída a base de sustentação da - então - mais nova tese brasileira quanto ao papel do juiz no processo: o juiz completamente inerte. Sua adesão, nos mais diversos meios, foi espantosa, muito em razão de quem a sustentava, a ponto de haver sido referida, ao menos, uma vez em acórdão do Superior Tribunal de Justiça (doravante, STJ), no ano de 2009.⁸¹

O alvo da teoria da gestão da prova é o reconhecimento da inconstitucionalidade de todo e qualquer dispositivo de nossa legislação processual penal que permite ao juiz suprir eventual dúvida. Isso traz, por consequência óbvia, a nulidade de toda e qualquer decisão judicial onde o magistrado assim tenha agido, ao amparo de um permissivo legal que jamais teve sua constitucionalidade sequer arranhada por qualquer de-

80 CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*. Ob. cit., p. 51.

81 STJ, 6ª Turma, RHC 23.945-RJ, min. Jane Silva (desembargadora convocada), j. em 05-02-2009.

cisão do Supremo Tribunal Federal (doravante, STF).⁸² Ao final, ela não passa de uma estratégia defensiva voltada à alteração da regra do jogo com ele já em curso, colocando o juiz criminal na condição de um perverso opressor estatal contra os interesses do réu oprimido.

O problema não está na proposição em si, pois já tivemos oportunidade de sustentar que não nos importa o papel que o juiz irá exercer na fase probatória. O que importa - e aqui está a chave da questão - é o argumento apresentado para sustentar a ideia.

Nesse caso em particular, a teoria da gestão da prova não passa de um *nada jurídico*, visto que a própria base doutrinária utilizada para sua construção não compartilha da proposição daquela teoria. Mais grave que isso, aquela base doutrinária prega algo completamente oposto ao que a ela é atribuído no Brasil.

Quiçá por algum erro de compreensão da língua original - esperamos que tenha sido isso -, um sem-número de publicações no Brasil atribuem a Franco Cordero a necessidade de o juiz ser inerte na fase probatória, sob pena de estar vinculado ao sistema inquisitivo. No entanto, se reproduzirmos integralmente a frase invocada como justificadora da teoria da gestão da prova, veremos a seguinte afirmação: “La solitudine in cui gli inquisitori lavorano, mai esposti al contraddittorio, fuiri da griglie dialettiche, può darsi che giovi al lavoro poliziesco ma svillupa quadri mentali paranoidi”.⁸³

Essa é a verdadeira lição pregada por ele, e vincula os tais *quadros mentais paranoicos* a um juiz que exerce um papel policialesco na fase probatória, ao coletar a prova sozinho, sem participação das partes e sem a concessão do contraditório para que elas possam se manifestar sobre o material arrecadado. Para que não se diga que essa é uma posição isolada de Franco Cordero, o também italiano Luigi Ferrajoli segue o mesmo entendimento.⁸⁴

82 Ao contrário, o STF já apontou a compatibilidade da atividade probatória judicial com o sistema acusatório. Nesse sentido: STF, HC 109.713, 1ª Turma, rel. min. Rosa Weber, julgado em 19-02-2013.

83 CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*. Ob. Cit., p. 51.

84 Diz ele: “llamaré inquisitivo a todo sistema procesal donde el juez procede de oficio a la búsqueda,

Se o nosso CPP não autoriza o juiz a atuar da forma como foi descrita por Franco Cordero e Luigi Ferrajoli, então não há como vingar qualquer tentativa de vinculação do nosso juiz ao sistema inquisitivo, como o faz a teoria da gestão da prova. Mas, o que é pior, a seletividade no que invocar da doutrina de Franco Cordero é escandalosa, a ponto de nada referirem quanto à posição que esse mesmo autor sustenta sobre o papel que o juiz deve exercer na fase probatória de um processo vinculado ao sistema acusatório.

Em obra publicada em 2000, e de conhecimento de diversos autores que defendem e propagam a teoria da gestão da prova, ninguém menos que Franco Cordero afirma que o processo penal italiano aderiu ao sistema acusatório, e que a atividade probatória de ofício do juiz é *necessária*. Em outros termos, esse mesmo autor admite a possibilidade - de resto, admitida pela imensa maioria dos autores europeus contemporâneos - de convivência do sistema acusatório com a atividade probatória *ex officio judicis*, dentro, por óbvio, de certos limites.⁸⁵

Em suma, a posição de Franco Cordero foi colocada frente a um espelho, onde se sustenta algo em seu nome, apesar de ele lecionar exatamente o contrário. Palavras não ditas foram colocadas em sua boca, e sua real posição sobre o tema jamais foi esclarecida pelos seguidores

recoleción y valoración de las pruebas, llegándose al juicio después de una instrucción escrita y secreta de la que están excluidos o, en cualquier caso, limitados la contradicción y los derechos de defensa” (FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 5. ed. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillo Basoco y Rocio Cantarero Bandrés. Madrid: Trotta, 2001. p. 565).

85 Para que não fique nenhuma dúvida quanto a isso, diz Franco Cordero textualmente, ao se referir ao CPP italiano em vigor: “*Stile italiano*. Definiamo sommariamente i modelli angloamericani: azioni esercitate a discrezione (dove non siano addirittura private) e ritrattabili, monopolio delle parti sulla prova, un giudice spettatore-arbitro, alternative decisorie fissate dai petiti. Meccanismi simili implicano giudizi a tema disponibile. Ora, tali non essendo i casi penali (querela esclusa), lo stile accusatorio italiano appare diverso sotto aspetti importanti: azione obbligatoria nonché irrettabile, proscioglimento extra petita (art. 129), supplenza istruttoria ex officio (artt. 506 sg.). Erano varianti necessarie” (CORDERO, Franco. *Procedura penale*. 5. ed. Milano: Giuffrè, 2000. p. 101) (grifo nosso). Mais adiante, diz: “*Interventi ex officio*. Il potere istruttorio del giudice sopravvive in alcuni contesti. [...] Sono un residuo necessario questi poteri d’intervento diretto, coordinati al sistema penale italiano: azione obbligatoria nonché irrettabile; processo a oggetto indisponibile e non sarebbe più, almeno de facto, se a chi giudica fosse negato ogni accesso alla prova. Gli artt. 507 e 603 risolvono l’equazione” (CORDERO, Franco. *Procedura penale*. Ob. Cit., p. 602) (grifo nosso).

da teoria da gestão da prova no Brasil.⁸⁶

Um segundo autor, que também foi alvo de uma forte *licença poética* - por assim dizer -, é James Goldschmidt. Em obra publicada em 1935, esse autor tratou dos princípios da política processual, ocasião em que manifestou seu entendimento sobre os princípios acusatório e inquisitivo.

Em relação ao primeiro, vinculou-o à existência de um tribunal popular, o que acarretaria a impossibilidade de ele, *ex officio*, estar envolvido na instauração da ação penal condenatória e na obtenção do material probatório. Em relação ao segundo, vinculou-o a um tribunal de magistrados profissionais, o que, na sua visão, naturalmente o levaria a atuar de ofício, seja na instauração do processo, seja na busca daquele mesmo material probatório.

Fruto das definições apresentadas, James Goldschmidt parte para uma análise crítica daqueles princípios, e direciona seu foco de atenção para o que considera o *fim* do procedimento penal, que seriam a averiguação da verdade e a verificação da justiça.

Em se tratando de princípio inquisitivo, tal fim seria atingido com a atuação *ex officio* do órgão julgador em duas frentes, consistentes na abertura do processo e na obtenção das provas que entendesse pertinentes ao julgamento. O processado deveria ser obrigado a depor, em razão de ser a melhor fonte de cognição judicial. Qualquer limitação àquelas formas de atuação *ex officio*, em razão da inatividade das partes envolvidas, *aborreceria* a configuração inquisitiva do processo.

Por outro lado, em se tratando de princípio acusatório - que levaria a um processo de configuração acusatória -, aquele mesmo fim seria atingido com a limitação do juiz criminal aos pedidos das partes e ao material probatório por elas produzido, pois aí estaria preservada sua

86 Esse procedimento nos faz lembrar, novamente, de Schopenhauer, quando disse: “Isso vai tão longe, que citam falsamente os títulos dos escritos kantianos e, às vezes, põem na boca de Kant exatamente o contrário do que ele disse, mutilando seus *termini technici* até a perda de sentido e usando, sem nenhum critério, o que foi por ele designado” (SCHOPENHAUER, Arthur. *Sobre a filosofia universitária*. Ob. cit., p. 51) (grifo nosso).

imparcialidade e respeitada a dignidade do acusado como cidadão.⁸⁷ Em razão disso, a atividade judicial deveria “resignarse a las consecuencias de una actividad incompleta de las partes y ha de reconocer también el material defectuoso como base de la decisión”.⁸⁸

Pois bem, esse trecho da lição de James Goldschmidt foi acolhido integralmente por um setor de nossa doutrina, que passou a reproduzi-lo como sua base teórica para também defender a necessidade da inércia judicial na fase probatória.⁸⁹ No entanto, uma leitura mais atenta e completa do texto deixado por esse autor alemão nos permite chegar a uma conclusão diversa da que, no Brasil, é defendida sob a invocação de seu nome.

Assim dizemos porque uma leitura menos emocional daquele texto nos permite ver que James Goldschmidt vincula o princípio inquisitivo a uma plena liberdade probatória *ex officio judicis*.⁹⁰ No entanto, ao tratar do processo penal espanhol, esse mesmo autor o define como dominado pelo princípio acusatório. E, quando trata de sua fase probatória⁹¹, faz referência expressa ao artigo 728 do CPP espanhol⁹², que não admite outras provas, a não ser aquelas propostas pelas partes. Todavia, sua honestidade científica lhe impôs que também fizesse referência ao artigo 729 daquele mesmo código, que versa sobre as exceções àquela vedação probatória *ex officio judicis*.⁹³

87 GOLDSCHMIDT, James. *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*. Barcelona: Bosch, 1935. p. 67-69.

88 GOLDSCHMIDT, James. *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*. Ob. cit., p. 69.

89 LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao processo penal (fundamentos da instrumentalidade garantista)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 154.

90 Literalmente, diz ele: “Aborrece toda limitación que la ley pondría al libre arbitrio del Juez con respecto a los presupuestos de su intervención o a la recogida o al aprovechamiento del material procesal, y, por tanto, no puede nacer ningún defecto en estas actuaciones a consecuencia de la inactividad de una parte o de la vinculación legal del Juez” (Ob. cit., p. 69).

91 GOLDSCHMIDT, James. *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*. Ob. cit., p. 72.

92 Art. 728. No podrán practicarse otras diligencias de prueba que las propuestas por las partes, ni ser examinados otros testigos que los comprendidos en las listas presentadas.

93 Art. 729. Se exceptúan de lo dispuesto en el artículo anterior:

1º. Los careos de los testigos entre sí, o con los procesados o entre éstos, que el Presidente acuerde de oficio, o a propuesta de cualquiera de las partes.

2º. Las diligencias de prueba no propuestas por ninguna de las partes, que el Tribunal considere necesarias para la comprobación de cualquiera de los hechos que hayan sido objeto de los escritos de calificación.

Melhor explicando, James Goldschmidt admitiu que o princípio acusatório pode ser congruente com a atividade probatória de ofício pelo juiz, desde que ela ocorra a título de exceção. Foi por isso que ele, textualmente, afirmou que o princípio acusatório está no processo penal espanhol, apesar da redação, ainda hoje em vigor, do artigo 729 já referido.

O caráter excepcional dessa possibilidade probatória judicial é que a retiraria da configuração do princípio inquisitivo - e, portanto, da configuração inquisitiva do processo -, pois este mesmo princípio exige, na opinião do autor alemão, que não haja *qualquer limitação* à atividade judicial na fase de produção de provas, sob pena de aquela configuração de processo ficar *aborrecida*. Contudo, aborrecido fica quem lê James Goldschmidt de forma integral e no original, sem influência de qualquer espelho que produza *licenças poéticas*...

b. A visão espelhada da legislação

Inegavelmente, o alvo preferido da *Nova Ordem* é a figura do juiz e o papel que entende que ele deve desempenhar na fase probatória.

Com o intuito de reforçar a teoria da gestão da prova, um setor de nossa doutrina afirmou que também a legislação de alguns países havia sido modificada, a fim de que o juiz estivesse impossibilitado de obrar de ofício na fase probatória. Nesse particular, foi invocada a realidade presente na legislação da Alemanha, Portugal, Itália e Espanha.

Mais propriamente, foi dito que: “Sempre que se atribuem poderes instrutórios ao juiz, destrói-se a estrutura dialética do processo, o contraditório, funda-se um sistema inquisitório e sepulta-se de vez qualquer esperança de imparcialidade”. Para corroborar tal afirmativa, o autor dessa afirmação buscou exemplos no Direito Comparado, afirmando: “Não só diversos modelos contemporâneos demonstram isso (basta estudar as reformas da Alemanha em 1974, Itália e Portugal em 1987/88 e também as mudanças levadas a cabo na Espanha pela LO 7/88, feita às pressas para adequar-se à Sentença do Tribunal Constitu-

cional 145/88)”.⁹⁴

Já tivemos oportunidade de rebater com muito maior profundidade tais afirmações, para onde, de momento, remetemos o leitor, dadas as limitações que um ensaio deste porte permite.⁹⁵ O que o presente espaço nos permite dizer, isso sim, é que aquela posição incide em erro ao tratar a fase de instrução criminal na Europa como se fosse a mesma coisa no Brasil, e pelo flagrante descompasso entre o que afirma haver ocorrido em termos de reformas legislativas nos países citados e o que essas mesmas legislações preveem na verdade.

A instrução criminal na Europa pode ser compreendida em seu duplo aspecto: instrução preliminar e instrução definitiva. Quanto à primeira, ela diz respeito à fase de investigação, anterior, portanto, ao ajuizamento da ação penal de caráter condenatório. Quanto à segunda, ela diz respeito à fase probatória, posterior, portanto, ao ajuizamento daquela mesma ação penal. Por sua vez, no Brasil não temos a tradição de designar a fase de investigação como sendo de instrução preliminar, mas nossa fase probatória é também representada sob o nome de fase de instrução.

As mudanças legislativas ocorridas na Alemanha, Portugal e Itália atingiram fortemente a fase de instrução preliminar nesses países, oportunidade em que a figura do juiz de instrução (juiz investigador, que fazia o papel de delegado de polícia) foi substituído pela figura do Ministério Público como condutor da investigação criminal. Nenhuma alteração houve na fase probatória - também chamada de fase de instrução definitiva -, pois os juízes daqueles países continuam podendo superar suas dúvidas através da atividade probatória *ex officio judicis*, mediante certos requisitos. Não é outra a conclusão que se chega com a

94 LOPES JÚNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal (fundamentos da instrumentalidade garantista)*. Ob. cit., p. 173.

95 ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas processuais penais e seus princípios reitores*. Ob. cit., p. 204-210.

simples leitura dos CPPs da Alemanha⁹⁶, Portugal⁹⁷ e Itália⁹⁸.

Quanto à alteração ocorrida na Espanha, a Sentença do Tribunal Constitucional 145/88 e a Ley Orgánica 7/88 se ocuparam de outra questão: a separação do juiz que investiga em relação ao juiz que julga. Noutros termos, a Espanha, até hoje, preferiu manter a figura do juizado de instrução, onde o magistrado faz o papel de delegado de polícia.

Até 1988, a legislação daquele país admitia que o juiz que havia presidido a investigação criminal fosse o mesmo a também julgar o fato. No entanto, aquela decisão do Tribunal Constitucional espanhol, seguindo diretriz traçada pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, entendeu por rever tal permissão, criando regra de incompetência que excluía da fase de julgamento o juiz que houvesse realizado atos de investigação na fase de instrução preliminar.

E o que a fase de instrução definitiva, por nós chamada de fase probatória, tem a ver com isso? Nada! Que o digam as disposições legais da Ley de Enjuiciamiento Criminal espanhola, que segue, no que diz respeito à possibilidade de o juiz atuar de ofício na fase probatória, com as previsões originais de 1882, ano de sua entrada em vigor.⁹⁹

Em síntese, nenhuma das reformas legislativas ocorridas nos países citados ocorreu da forma como afirmado. Suas legislações processuais penais seguem permitindo que o juiz atue de ofício na fase probatória, caso tenha alguma dúvida a suprir, o que pode ser facilmente comprovado com uma simples consulta aos buscadores informáticos de hoje em

96 StPO, § 214 (4). O Ministério Público aporta os objetos que servem como provas. Isso também pode realizar o juízo.

StPO, § 244. (1) Depois do interrogatório do acusado, procede-se à prática das provas. (2) Para a indagação da verdade, o juízo estende de ofício a prática das provas a todos os fatos e meios de prova que sejam importantes para a decisão.

97 CPP, art. 340.

1. O tribunal ordena, oficiosamente ou a requerimento, a produção de todos os meios de prova cujo conhecimento se lhe afigure necessário à descoberta da verdade e à boa decisão da causa.

2. Se o tribunal considerar necessária a produção de meios de prova não constantes da acusação, da pronúncia ou da contestação, dá disso conhecimento com antecedência possível, aos sujeitos processuais e fá-lo constar em acta.

98 CPP, art. 190.

1. Le prove sono ammesse a richesta di parte. (...).

2. La legge stabilisce i casi cui le prove ammesse di ufficio (70, 195, 224, 237, 507, 508, 511, 603).

99 Artigos 728 e 729, já reproduzidos acima.

dia.

c. A visão espelhada da jurisprudência

Embora o Brasil esteja submetido à Corte Interamericana dos Direitos do Homem (doravante CIDH), a jurisprudência mais invocada pela *Nova Ordem* é a produzida pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (doravante TEDH). Isso se explica não só pelo maior tempo de existência deste último, mas também pelo volume de produção que apresenta, fruto de uma maior provocação por parte dos cidadãos europeus.

Dentro dessa realidade, dois são os acórdãos que mais frequentemente são invocados para justificar situações que a eles não são aplicadas, quais sejam, o Caso Piersack vs. Bélgica (1982) e o Caso De Cubber vs. Bélgica (1984).

O primeiro versou sobre um membro do Ministério Público que havia presidido a investigação criminal, mas que, posteriormente, assumiu o cargo de juiz, e foi encarregado de julgar o próprio caso que ele havia investigado anteriormente. A decisão do TEDH foi no sentido de não admitir essa possibilidade, pois estaria ferindo o princípio da imparcialidade judicial. Em outros termos, aquele tribunal chegou à mesma conclusão que nosso CPP estampa no artigo 252, inciso II, quando trata das causas de impedimento judicial.¹⁰⁰

O segundo versou sobre um juiz que havia presidido a investigação criminal (juizado de instrução), mas que, posteriormente, também foi encarregado de julgar o fato que ele mesmo havia investigado.

Pois bem, em que pesem tais acórdãos haverem estabelecido a proibição de o juiz do julgamento haver atuado como investigador, setores da *Nova Ordem* não se cansam de dar àqueles julgados uma abrangência que eles simplesmente não comportam. Ou, o que é pior, uma abrangência que o próprio TEDH rejeita.

Nesse sentido, há quem procure usar tais acórdãos como fundamen-

100 Artigo 252. O juiz não poderá exercer jurisdição no processo em que:

I - tiver funcionado seu cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, como [...] órgão do Ministério Público, autoridade policial [...];

II - ele próprio houver desempenhado qualquer dessas funções ou servido como testemunha.

to para o juiz não poder atuar de ofício na fase probatória¹⁰¹, embora eles digam respeito a outro tema, envolvendo, como já dissemos, a vedação de o juiz atuar como responsável pela investigação criminal e, posteriormente, vir a ser o mesmo encarregado do julgamento. Não por outro motivo, foram esses julgados que motivaram, em última análise, a alteração legislativa ocorrida na Espanha, que se deu pela Ley Orgánica 7/88.¹⁰²

Além disso, também há quem invoque aqueles mesmos acórdãos à hora de justificar que o juiz que atua na fase de investigação (mas como garantidor da legalidade dos atos nela praticados) não pode ser o mesmo da fase processual. Em outros termos, o Caso Piersack vs. Bélgica e o Caso De Cubber vs. Bélgica são apresentados como justificativas para a incorporação do *juiz das garantias* à nossa legislação.¹⁰³

O que os representantes dessa corrente doutrinária não fazem é esclarecer aos seus leitores/seguidores que a realidade jurisprudencial do TEDH é absolutamente outra. Para que se tenha uma ideia, diversos são os acórdãos desse tribunal que permitem que o juiz da fase de investigação seja o mesmo da fase processual, bastando, para isso, que ele não haja decretado nenhuma quebra de direito fundamental que exija, por requisito, uma análise mais aprofundada da autoria, tal como existente em alguns países da Europa. O que não pode haver, portanto, é que o critério de análise para o decreto de uma quebra de direito fundamental seja muito próximo ao critério de análise feito para se condenar alguém.

Nesse sentido, encontramos o Caso Hauschildt vs. Dinamarca (1989),

101 LOPES JÚNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal (fundamentos da instrumentalidade garantista)*. Ob. cit., p. 174.

102 Embora, em âmbito interno, a pressão pela reforma da legislação espanhola tenha se dado pela Sentença do Tribunal Constitucional 145/1988, tal decisão foi toda construída a partir das razões de decidir destes dois julgados do TEDH, quais sejam, o Caso Piersack vs. Bélgica (1982) e o Caso De Cubber vs. Bélgica (1984). Isso ratifica o fato de que seu conteúdo está integralmente voltado para a impossibilidade de o juiz atuar nas funções do que conhecemos como polícia judiciária e, ao depois, também vir a atuar na condição de julgador do mesmo fato.

103 Uma análise mais detalhada desse argumento, com a indicação de outros acórdãos que também são invocados pelos defensores do juiz das garantias, pode ser encontrada em: ANDRADE, Mauro Fonseca. *Juiz das garantias*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 19-35.

que serviu de paradigma para outros tantos julgados que vieram a abordar a mesma problemática. Entre eles, encontramos o Caso Saint-Marie vs. França (1992), o Caso Padovani vs. Itália (1993), o Caso Northier vs. Países Baixos (1993), Caso Jasinski vs. Polônia (2005) e Caso Gultyayeva vs. Rússia (2010). Mais que isso, o Caso Hauschildt vs. Dinamarca foi citado por ninguém menos que a Organização das Nações Unidas, em seu *Manual de normas internacionais sobre prisão preventiva*¹⁰⁴, como o modelo de perfil de juiz a tratar de temas envolvendo prisão preventiva.

3.3. Produção massificada e aderência acrítica

Com o papel da História e Filosofia redefinidos, e a visão espelhada das manifestações que verdadeiramente são defendidas no Direito Comparado, era preciso, então, que as posições da *Nova Ordem* chegassem ao grande público, como forma de alcançar a construção, difusão e concretização da figura do Estado-vilão e seus agentes autoritários.

O passo inicial foi se dar conta de que havia chegado o momento de a *Nova Ordem* voltar seus olhos para a estruturação do que viria a ser seu *braço publicitário*. Era preciso delimitar aqueles autores que seriam reproduzidos ao limite do esgotamento. Aqueles mesmos encarregados de *produzir as novidades*, mas que, como disse Abade Dinouart, produziram muitas inépcias, fruto não só da ânsia em apresentá-las¹⁰⁵, mas também do processo de construção característico da *doutrina de resultado*.¹⁰⁶

104 UNITED NATIONS. *Human rights and pre-trial detention: a handbook of international standards relating to pre-trial detention professional training series n° 3*. New York, Genebra, 1997. 92 p.

105 ABADE DINOUART. *A arte de calar*. Ob. cit., p. 55.

106 Esse processo de afirmação de autores novos não apresenta nada de novo no meio universitário, como bem deixou claro Schopenhauer na seguinte passagem: “Nas ciências, todo aquele que quer se afirmar traz algo de novo ao mercado: frequentemente, isso consiste apenas em derrubar o que até então valia por correto, pondo no lugar suas patranhas; uma vez ou outra tem-se êxito por um breve período, e depois se retorna ao que era antes correto. Para os inovadores, nada no mundo merece ser considerado, exceto sua valorosa pessoa: querem afirmá-la” (SCHOPENHAUER, Arthur. *Sobre o ofício do escritor*. Ob. cit., p. 11). Curiosamente, nem mesmo a psicanálise, referida algumas vezes por Coutinho, passou imune a essa subversão na produção pseudocientífica. Dando-nos conta da realidade nessa área do conhecimento, Calligaris desabafa, dizendo: “esses artigos e livros não nasceriam propriamente como contribuições a uma disciplina, e sim como esforços para conquistar um espaço mais ensolarado na hierarquia (imaginária ou real) da instituição.

Só que isso não importava. A pobreza franciscana da doutrina processualista penal da época foi muito bem explorada, o que fez com que qualquer escritor com algum diferencial passasse a ser simplesmente endeusado. O entusiasmo tomou conta de um público ávido por informações que lhe trouxessem algum benefício profissional.

Deu-se, então, um segundo passo, que foi a mitificação de alguns nomes que, como sói ocorrer em todo processo dessa natureza, não sofreram qualquer tipo de questionamento quanto à correção do que apresentavam como novidades ou proposições. Até mesmo os Tribunais Superiores brasileiros incidiram nesse erro, não poupando esforços nessa omissão para, nas palavras de Montaigne, “dar autoridade até para a liderança mais inepta”.¹⁰⁷ O entusiasmo, como já havia testemunhado Carnelutti a seu tempo, “cedeu lugar a uma avaliação mais justa dos merecimentos e dos defeitos”.¹⁰⁸

Os totens foram criados, a aderência acrítica se transformou em fé¹⁰⁹, e a *credulidade irrefletida*¹¹⁰ fez surgir o fenômeno da produção bibliográfica em massa. A *doutrina da fé*¹¹¹ foi alavancada, sobretudo, por PPGDs que precisavam se consolidar no mercado do ensino, estruturados a partir - por óbvio - das bases teóricas firmadas pela *doutrina de resultado*. O fato de essa publicação massificada estar dirigida à louvação de certos nomes e à reprodução do pseudomodelo científico proposto fez, e ainda faz, com que muitas dessas publicações, lembrando Guevara, *até para o inferno sejam ruins*.¹¹² E assim foi dado o terceiro passo: era preciso conquistar o futuro, já que o presente havia

Eram como a roupa da semana da moda de São Paulo ou Rio: *fashion* para dar lustre à marca, vestimentas só para a passarela, não para usar” (CALLIGARIS, Contardo. *Cartas a um jovem terapeuta: reflexões para psicoterapeutas, aspirantes e curiosos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 86). E finaliza: “A produção psicanalítica deste período (com as exceções que são sempre devidas, claro) é fundamentalmente uma vasta e desordenada máquina de propaganda. [...] o objeto da propaganda deste período não era a psicanálise, eram as instituições (as marcas) e as pessoas (os modelos)” (ob. cit., p. 88).

107 MONTAIGNE, Michel de. Sobre a arte de conversar. In: *Sobre a amizade*. Tradução de Caroline Selvatici. Rio de Janeiro: Tinta Negra, 2011. p. 98.

108 CARNELUTTI, Francesco. *Arte del diritto*. Ob. cit., p. 66.

109 SCHOPENHAUER, Arthur. *A filosofia universitária*. Ob. cit., p. 10.

110 DESCARTES, René. *Regras para a orientação do espírito*. Regra III. Ob. cit., p. 11.

111 SCHOPENHAUER, Arthur. *A filosofia universitária*. Ob. cit., p. 18.

112 GUEVARA, Luis Vélez de. *O diabo coxo*. Ob. cit., p. 46.

sido dominado.

Por certo que os totens não poderiam ser muitos, até porque o processo de construção da *doutrina de resultado* exige um bom tempo de dedicação e pesquisa, embora com a mácula de o material utilizado dever ser lido no reflexo daquele espelho onde Alice esteve em sua nova aventura. Aí entra o papel importantíssimo daqueles PPGDs, em não só reproduzirem em massa a *doutrina de resultado*, mas, sobretudo, despejarem, em um mercado educacional em ascensão¹¹³, um sem-número de novos professores forjados na ideologia do Estado-vilão e seus representantes autoritários.

O *País dos Espelhos* chegava às salas de aula da graduação, e o *abuso intelectual de menores*¹¹⁴ passou a ser uma constante silenciosa em conhecidos centros de ensino.

4. A CONCRETIZAÇÃO DE UM OBJETIVO: DE GUARDIÃO DA SOCIEDADE A AGENTE DA REPRESSÃO

Corretamente já disse Coutinho que o professor é “um bruxo/mago que conjuga as funções paterna e materna”, e que passa a ser “um grande objeto de identificação”.¹¹⁵

Essa realidade foi muito bem explorada por aqueles que, conhecedores da advertência de Erasmo de Rotterdam - “nada enraíza tão tenazmente como aquilo que destila num espírito desarmado”¹¹⁶ -, direcionaram seus esforços àquela juventude crédula¹¹⁷ e sem malícia¹¹⁸. Ao afastarem a visão platônica de ensino, que prega a necessidade de ensinar os dois lados de uma questão¹¹⁹, a intenção da *Nova Ordem*,

113 Sobre o incremento no número de Faculdades de Direito no Brasil, ver: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O ensino do direito no Brasil*. Ob. cit., p. 237-239.

114 CARVALHO, Olavo de. *Quem é filósofo e quem não é*. Ob. cit., p. 172.

115 COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Sonhocídio: estragos neoliberais no ensino do direito ou “la búsqueda del banquete perdido”*, como diria Enrique Mari. Ob. cit., p. 101.

116 ROTTERDAM, Erasmo. *De pueris (dos meninos)*. Capítulo I, 34. Ob. cit., p. 38.

117 SCHOPENHAUER, Arthur. *A filosofia universitária*. Ob. cit., p. 26.

118 SCHOPENHAUER, Arthur. *A filosofia universitária*. Ob. cit., p. 47.

119 PLATÃO. Carta VII. De Platão aos amigos e parentes de Dion. In: *Cartas*. Tradução de Conceição Gomes da Silva; Maria Adozinda Melo. 4. ed. Lisboa: Estampa, 2002. p. 77.

aparentemente, não era formar pessoas, mas formar aliados, futuros soldados para suas fileiras.

Os frutos desse *magistério compromissado* são facilmente identificados por quem frequenta o meio acadêmico, seja no âmbito da graduação, seja no âmbito dos mais diversos cursos destinados aos alunos já (de)formados com base na *doutrina de resultado* difundida pela *Nova Ordem*. Basta comparecer a um curso de especialização em Direito Processual Penal para ver que, praticamente, ninguém teve contato com as linhas doutrinárias que procuram definir os sistemas processuais penais que conhecemos (pois só lhes foi repassada aquela visão monolítica e deturpada defendida pela teoria da gestão da prova). Também se dará conta de que ninguém admite a possibilidade de o juiz atuar de ofício na fase probatória (embora com as limitações naturais a ela aplicáveis), e que não sabem que, no Brasil, o juiz pode investigar criminalmente em determinados casos.

Esses são exemplos corriqueiros, entre tantos outros, das convenientes omissões feitas por quem ministra em aula o que quer, para obter os resultados que almeja. Mas o que mais nos choca é a visão que diversos alunos hoje apresentam daquela instituição que, na Constituição Federal de 1988, recebeu do legislador o maior grau de confiança possível, a ponto de ser questionado se ela seria, ou não, um quarto poder. Referimo-nos ao Ministério Público.

Até a chegada da *Nova Ordem* no meio acadêmico, grande parte dos alunos de graduação aspiravam ingressar nos quadros da magistratura, Ministério Público ou polícia judiciária. De lá para cá, a sensação que temos é que, qualquer um que admita essa aspiração, pode não ser bem visto em seu meio, por serem atividades profissionais dotadas de um conceito atual claramente depreciativo. Pretender a carreira de delegado de polícia ou de membro do Ministério Público, então, quase beira à admissão antecipada de prepotência na forma de pensar e agir.

Para que não se diga que estamos *exagerando na dose*, vale a pena lembrar uma situação que vivenciamos numa Faculdade de Direito de uma Universidade Federal.

O centro acadêmico havia organizado suas jornadas de discussão, onde diversos temas seriam tratados ao longo de uma semana de debates e palestras envolvendo conhecidos e desconhecidos nomes no meio jurídico. Em um desses encontros, o tema envolveu a discussão sobre a (im)possibilidade de o Ministério Público realizar sua própria investigação criminal.

Os painelistas expuseram suas posições em altíssimo nível - um, representando o Ministério Público; outro, representando a polícia judiciária -, justificando o convite para ali estarem presentes. E aí vieram os debates, com a participação dos alunos, alguns dos quais já haviam sido devidamente doutrinados por um dos símbolos da *Nova Ordem*.

Em dado momento, um dos integrantes do centro acadêmico - organizador do evento - saiu com a seguinte pérola: o Ministério Público não poderia investigar criminalmente porque era um *agente da repressão*. Isso mesmo, Ministério Público apontado como *agente da repressão* por um grupo de alunos que se orgulha de estudar em uma Universidade Federal, e figurar entre a nata da intelectualidade discente de nosso país.¹²⁰ Mais que isso, alunos que, dada a idade que apresentavam, não tinham a mínima ideia do que significou *repressão* em nosso país, e convenientemente se omitia em reconhecer que a polícia judiciária nela esteve fortemente envolvida.

Por certo que não valia a pena lembrar os motivos pelos quais o inquérito policial foi o instrumento de investigação criminal eleito pela Era Vargas (ou seja, não se adotou o juizado de instrução à época - conforme se pretendia -, porque o juiz era independente, e o delegado de polícia não o era, tendo a obrigação de ser obediente aos mandos e desmandos do poder central). Também não valia a pena lembrar que o Ministério Público, por expressa previsão constitucional, passou a representar a sociedade, e não o Poder Executivo, ao longo de toda a perseguição penal. Muito menos que o papel do acusador público é re-

120 Posteriormente a isso, pudemos constatar que aquela afirmação não era fruto de uma visão isolada sobre o papel do Ministério Público na perseguição penal, pois diversos outros alunos, em momentos acadêmicos diferentes, compartilhavam da mesma posição que ouvi naquele encontro acadêmico.

presentar o ofendido no processo criminal, a fim de que ele não seja novamente vitimizado por seu agressor - caso quisesse levá-lo perante os tribunais -, tal como acontecia na Idade Antiga, antes do surgimento da figura de um acusador estatal. Nada disso importava.

O que importava é que aos alunos foi repassada a doutrina do ódio e defendida a imagem de um Estado-vilão, cujos agentes - Ministério Público, polícia judiciária e juízes criminais não aderentes à *Nova Ordem* - eram prepotentes, despreparados tecnicamente e inferiores intelectualmente, se comparados aos totens. Ou, numa expressão para resumir tudo, eram *agentes da repressão*.

A doutrina oriunda da *falsa sapiência*, referida por Schopenhauer¹²¹, atingira o seu ápice.

5. DE OMNIBUS DUBITANDUM EST (É PRECISO DUVIDAR DE TUDO)

Em uma mais que apertada síntese, o que vimos até agora é que a processualística penal brasileira, principalmente entre os anos 70 e 80 do século passado, simplesmente estagnou em relação à qualidade do produto por ela produzido. Em uma verdade mais dura, ela deixou de lado sua primeira e principal missão, que era - e segue sendo - a busca do aperfeiçoamento da área de conhecimento em que atua.

Essa inércia deu margem ao surgimento de um movimento que buscou sua justificação na melhoria da qualidade do ensino do Direito Processual Penal. A melhoria deveria passar por uma necessária inserção de outras disciplinas que nos ajudariam - era essa a intenção - a entender os institutos e os comportamentos pessoais de certos sujeitos que atuavam no âmbito processual. O movimento era promissor, já que pregava um arejamento mais que necessário junto ao ensino do Direito Processual Penal. No entanto, passada a euforia, tal movimento mostrou sua verdadeira cara.

121 SCHOPENHAUER, Arthur. *A filosofia universitária*. Ob. cit., p. 49.

Houve uma seletividade entre o que importava e o que não importava esclarecer ao seu público leitor, e palavras foram retiradas e re-colocadas em textos estrangeiros que lhe serviram de instrumento para a formação de sua *doutrina de base*. Também houve uma reprodução massificada do que se considerou a *verdade oficial*, lançada aos quatro ventos pelos totens desse movimento, e sustentada ferreamente pelos *defensores fidei*.¹²² A artificialidade passou a ser considerada verdade pela repetição, e quem não concordasse com a *doutrina da fé*¹²³ passou a ser execrado publicamente, seja pela utilização de designações pejorativas até hoje conhecidas, seja pela imposição de um isolamento acadêmico. Questionar a *doutrina da fé* passou a ser visto como heresia. A busca pela uniformidade acadêmica foi uma premissa, e a perseguição aos hereges foi sua consequência.

Um giro educacional, que poderia haver buscado inspiração no Movimento Iluminista ou de Ilustração da sociedade europeia do século XVIII, acabou por seguir os mesmos passos da ideologia reacionária que Montesquieu, Voltaire, Locke, Verri, Beccaria e tantos outros se esforçaram em dar fim. Tal como no ensino da Filosofia do período de Schopenhauer, o atual estágio do ensino do Direito Processual Penal também nos autoriza a dizer com ele: “*Idade Média*, esse milênio da rudeza e ignorância, cuja moda e estilo nossos nobres do ‘tempo do agora’ se esforçam em imitar”.¹²⁴

Frente a tal realidade, como podemos superar essa situação? A resposta é simples: questionando. E como se faz isso? Duvidando.

Todos os grandes pensadores, seja lá qual for o período da história da humanidade, sempre se caracterizaram por não aceitar as verdades postas e impostas, partindo, eles mesmos, para a busca do conhecimento. O primeiro passo para isso foi justamente *questionar*, não aceitando

122 SCHOPENHAUER, Arthur. *Sobre a filosofia universitária*. Ob. cit., p. 81.

123 O que entendemos como *doutrina da fé* pode ser buscado na lição de Tomás de Aquino, quando disse que “se alguém, ao ensinar, propõe coisas que não decorrem dos princípios evidentes, ou deles decorrem, mas isto não fica claramente visível, então não estão produzindo nele saber, mas, talvez, opinião ou fé” (AQUINO, Tomás de. *Sobre o ensino*. Artigo 1, Solução. In: *Sobre o ensino: os sete pecados capitais*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 33).

124 SCHOPENHAUER, Arthur. *Sobre a filosofia universitária*. Ob. cit., p. 60.

algo como verdadeiro simplesmente porque foi dito por alguém que terceiros ajudaram a construir sua reputação, nem sempre merecida. Afastar esse cuidado não significa só displicência; para Santo Agostinho, essa omissão chega a ser *perigosa*.¹²⁵

E hoje? Como começar a fazer isso?

De início, todo estudante - seja ele graduando ou já graduado - deve se dar conta da realidade que o cerca. Mais precisamente, deveria se questionar sobre o porquê de haver uma divisão maniqueísta bem definida na doutrina processualística penal, que aponta para resultados tão diferentes. Ele deve recordar a advertência já feita por Willian James - “Se formos a nossas bibliotecas, quanta divergência descobriremos”¹²⁶ - e se questionar sobre os motivos que levam a isso.

Se houver esse questionamento, o passo seguinte é realizar a conferência de todo o texto invocado como base de sustentação das inovações feitas. A análise da fonte primária é essencial para a descoberta da verdade sobre o que um autor, um acórdão ou uma lei realmente diz. É claro que alguns textos podem ser de difícil localização, tal como nos disse o *senhor da verdade*, em episódio que acima já relatamos. Mas, se essa dificuldade ocorrer, é preciso que se passe a exigir que os autores reproduzam todo o texto invocado para a sustentação de suas proposições, sob pena de não acolhimento da proposição e perda da credibilidade do próprio autor.

Não nos esqueçamos que os maiores bens que podemos dar a um formador de opinião - leia-se, o doutrinador do nosso meio - são a nossa confiança e credulidade no que ele diz. No entanto, ele deve demonstrar ser merecedor disso; do contrário, ele continuará vendo seu público-alvo como simples massa de manobra, a serviço dos interesses que ele reputou convenientes a si mesmo ou ao grupo que integra.

Sem duvidar, seguiremos dando razão àqueles verdadeiros pensadores que consideraram pessoas com esse perfil como sendo torpes¹²⁷,

125 SANTO AGOSTINHO. *O mestre*. Tradução de Antônio Soares Pinheiro. Porto: Editora Porto, 1995. Capítulo X, p. 88.

126 JAMES, Willian. *A vontade de crer*. Ob. cit., p. 27.

127 CÍCERO, Marco Túlio. *Acadêmicas*. Ob. cit., p. 135.

peças de mente estreita¹²⁸, crenças¹²⁹, ovelhas¹³⁰, negligentes pensadores¹³¹ ou, ainda, como uma *geração frenética entregue ao furor de seus guias*¹³². Em suma, é duvidando que todo e qualquer operador do Direito poderá identificar quem são os verdadeiros inimigos do Direito Processual Penal.¹³³

CONCLUSÃO

Até a entrada em vigor da atual Constituição Federal, nosso ensino universitário, na esfera processual penal, carecia de professores com uma formação mais qualificada, e que apresentassem um aprofundamento nos temas tratados em sala de aula e em suas publicações. Posteriormente àquela Carta, uma mudança brutal ocorreu no meio acadêmico, não mais havendo espaço para o professor *leitor de códigos*. Agora, o professor necessita apresentar uma qualificação razoável para o exercício do magistério superior, regra geral, medida pela obtenção do título de mestrado.

Em que pese essa aparente melhora na qualidade do ensino, a processualística penal universitária vive um momento extremamente delicado, fruto, justamente, do processo de (de)formação dessa *nova linhagem* de professores, que provoca reflexos óbvios junto aos alunos de graduação. É possível dizer que, na última década, houve uma troca do despreparo pelo *excesso de preparo* no magistério superior ligado ao ensino do Direito Processual Penal, em razão de um ramo dessa *nova linhagem* estabelecer o que pode e o que não deve ser ensinado aos alunos.

Sob o pretexto de dar novos ares ao ensino do Direito Processual Penal, um movimento - que designamos como *Nova Ordem* - assumiu o

128 PICO DELLA MIRANDOLA, Giovanni. *Discurso sobre a dignidade do homem*. Tradução de Maria de Lurdes Sirgado Ganho. Lisboa: Edições 70, 2006. p. 93.

129 KIERKEGAARD, Soren. *É preciso duvidar de tudo*. Ob. cit., 83.

130 SCHOPENHAUER, Arthur. *A arte de ter razão*. Tradução de Alexandre Krug e Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 58.

131 JAMES, Willian. *A vontade de crer*. Ob. cit., p. 25.

132 ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Os devaneios de um caminhante solitário*: sétima caminhada. Ob. cit., p. 107.

133 SCHOPENHAUER, Arthur. *Sobre a filosofia universitária*. Ob. cit., p. 81.

protagonismo dessa mudança de perfil, mas seus métodos e objetivos não se encaixam propriamente às necessidades que o Direito Processual Penal apresenta para o seu avanço científico.

Para superar essa derrocada no ensino do Direito Processual Penal, o meio acadêmico/doutrinário deve desenvolver a verdadeira vocação para a pesquisa, e deixar de lado a inclinação para a repetição acrítica e submissão à palavra dos outros. É preciso aprender a questionar, em lugar de obedecer e reproduzir o que querem que seja reproduzido. Em última instância, é preciso que haja uma verdadeira preocupação com o avanço científico do Direito Processual Penal, deixando outros interesses - que a ele não dizem respeito - para serem buscados em seu lugar adequado.

Enquanto isso não ocorrer, seguiremos encontrando afirmações descompromissadas com a seriedade no estudo do Direito Processual, alargando ainda mais o abismo que existe entre a doutrina nacional e a doutrina estrangeira.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

ABADE DINOART. *A arte de calar*. Tradução de Luis Filipe Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Proceso, autocomposición y autodefensa*. México: UNAM, 2000.

ALCIFRÓN. *Cartas*. Tradução de Elisa Ruiz García. Madrid: Gredos, 2000. v. 37.

ANDRADE, Mauro Fonseca. *Inquisição espanhola e seu processo criminal: as instruções de Torquemada e Valdés*. Curitiba: Juruá, 2006.

ANDRADE, Mauro Fonseca. *Juiz das garantias*. Curitiba: Juruá, 2011.

ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas processuais penais e seus princípios reitores*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013.

ANDRADE, Mauro Fonseca. Teoria da gestão da prova: um confronto consigo mesma. *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*, Porto Alegre, a. 10, n.

18, p. 141-200, 2010.

AQUINO, Tomás de. Sobre o ensino. In: *Sobre o ensino: os sete pecados capitais*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 23-62.

ARISTÓFANES. *La asamblea de las mujeres*. Tradução de José Javier Viana. Madrid: Ediciones Clásicas, 2011.

ARISTÓTELES. *Ética eudemia*. Tradução de Carlos Megino Rodríguez. Madrid: Alianza, 2009. (Clásicos de Grecia y Roma).

ARISTÓTELES. *Ética nicomáquea*. Tradução de Julio Pallí Bonet. Madrid: Gredos, 2000. v. 32.

ARISTÓTELES. *La constitución de Atenas*. 3. ed. Tradução de Antonio Tovar. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

ARISTÓTELES. *Poética*. Tradução de Edson Bini. São Paulo: EdiPro, 2011.

AULO GELIO. *Noches áticas: antología*. Tradução de Francisco García Jurado. Madrid: Alianza, 2007.

BOÉCIO. *A consolação da filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

CALLIGARIS, Contardo. *Cartas a um jovem terapeuta: reflexões para psicoterapeutas, aspirantes e curiosos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

CARNELUTTI, Francesco. *Arte del diritto*. Padova: Cedam, 1941.

CARROLL, Lewis. *Alice no país do espelho*. Tradução de William Lagos. Porto Alegre: L&PM, 2010.

CARVALHO, Olavo de. *A filosofia e seu inverso & outros estudos*. Campinas: Vide Editorial, 2012.

CHOUKR, Fauzi Hassan. As faces de eco: apontamentos sobre o ensino do processo penal. *Atuação: revista Jurídica do Ministério Público Catarinense*, Florianópolis, v. 3, n. 7, p. 145-152, set./dez. 2005.

CÍCERO, Marco Túlio. *Acadêmicas*. Edição Bilingue. Tradução de José R. Seabra. Belo Horizonte: Nova Acrópolis, 2012.

CÍCERO, Marco Túlio. *Do sumo bem e do sumo mal*. Tradução de Carlos Ancêde Nougé. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

- CÍCERO, Marco Túlio. *Dos deveres*. Tradução de Angélica Chiapeta. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- CICERÓN, Marco Tulio. En defensa de Aulo Cluencio. In: *Discursos*. Tradução de Jesús Aspa Cereza. Madrid: Gredos, 2000. v. 48, t. III, p. 161-277. (Coleção Los Clásicos de Grecia y Roma).
- CICERÓN, Marco Tulio. Verrinas: la pretura de Roma. In: *Discursos*. Tradução de José María Requejo Prieto. Madrid: Gredos, 2000. v. 46, t., I, p. 105-188. (Coleção Los Clásicos de Grecia y Roma).
- CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*. Torino: Utet, 1986.
- CORDERO, Franco. *Procedura penale*. 5. ed. Milano: Giuffrè, 2000.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. As reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo. *Boletim IBCCrim*, Rio de Janeiro, a. 16, n. 188, p. 11-13, jul. 2008.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O ensino do direito no Brasil. *Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, v. 10, n. 01, p. 231-242, jun. 2005.
- COUTINHO, Jacinto José de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: *Direito Alternativo: seminário nacional sobre o uso do direito alternativo*. Rio de Janeiro: ADV, 1993.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Um novo ensino do Direito Processual penal. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 33, p. 132-140, 1994.
- DESCARTES, René. *Regras para a orientação do espírito*. Tradução de Maria Ermanita de Almeida Prazo Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 5. ed. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillo Basoco y Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Trotta, 2001.
- GIACOMOLLI, Nereu José. *Reformas (?) do processo penal: considerações críticas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- GOLDSCHMIDT, James. *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*. Barcelona: Bosch, 1935.

- GRECO, Luís; LEITE, Alaor. O que é e o que não é teoria do domínio do fato sobre a distinção entre autor e partícipe no direito penal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 933, p. 61-92, jul. 2013.
- GUEVARA, Luis Vélez de. *O diabo coxo*. Tradução de Liliana Raquel Chwat. São Paulo: Escala, 2006.
- HAMILTON, Sérgio Demoro. A ortodoxia do sistema acusatório no processo penal brasileiro: uma falácia. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 12, p. 191-206, 2000.
- JAMES, William. *A vontade de crer*. Tradução de Cecília Camargo Bartalotti. São Paulo: Loyola, 2001.
- KIERKEGAARD, Soren. *É preciso duvidar de tudo*. Tradução de Sílvia Saviano Sampaio; Álvaro Luiz Montenegro Valls. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- LAËRTIOS, Diôgenes. *Vidas e doutrina dos filósofos ilustres*. 2. ed. Tradução de Mário da Gama Kury. Brasília: UnB, 2008.
- LAGO, Cristiano Álvares Valladades do. Sistemas processuais penais. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 774, p. 441-473, abr. 2000.
- LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- MARQUES, José Frederico. Do processo penal acusatório. In: *Estudos de Direito Processual penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1960. p. 21-29.
- MONTAIGNE, Michel de. Sobre a arte de conversar. In: *Sobre a amizade*. Tradução de Caroline Selvatici. Rio de Janeiro: Tinta Negra, 2011. p. 63-126.
- MORELLET, André. *Sobre a conversação*. Tradução de Maria Ermatina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- OLIVEIRA, Gilberto Callado de. *A verdadeira face do direito alternativo*. 4. ed. Juruá: Curitiba, 2006.
- PICARDI, Nicola. La formazione di base del giurista. *Rivista di Diritto Processuale*, Milano, v. 60, n. 2, p. 355-376, abr./jun. 2005.
- PICO DELLA MIRANDOLA, Giovanni. *Discurso sobre a dignidade do homem*. Tradução de Maria de Lurdes Sirgado Ganho. Lisboa: Edições 70, 2006.

- PLATÃO. *Cartas*. Tradução de Conceição Gomes da Silva; Maria Adozinda Melo. 4. ed. Lisboa: Estampa, 2002.
- PLATÓN. Apología de Sócrates. In: *Diálogos*. Tradução de J. Calonge Ruiz, E. Lledó Iñigo e C. Garcia Gual. Madrid: Grados, 2000. v. 24, t. I, p. 13-51.
- PLATÓN. Fedro. In: *Diálogos*. Tradução de C. García Gual, M. Martínez Hernández e E. Lledó Iñigo. Madrid: Gredos, 2000. v. 26, t. III, p. 305-409.
- PLOTINO. *Tratado das Enéadas*. Tradução de Américo Sommerman. São Paulo: Polar, 2007.
- PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade das leis processuais penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.
- PROJETO de Código Processual Penal-Tipo para Ibero-América (4ª parte). *Revista de Processo*, São Paulo, a. 96, n. 64, p. 108-144, 1991.
- RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- ROBERT, Henri. *O advogado*. 2. ed. Tradução de Rosemary Costhek Abílio. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- ROTTERDAM, Erasmo. De pueris (dos meninos). In: *De pueris (dos meninos): a civilidade pueril*. Tradução de Luiz Feracini. São Paulo: Escala, 2005. p. 21-105.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Os devaneios de um caminhante solitário*. Tradução de Julia da Rosa Simões. Porto Alegre: L&PM, 2010.
- SANTO AGOSTINHO. *O mestre*. Tradução de Antônio Soares Pinheiro. Porto: Editora Porto, 1995.
- SANTOS, André Leonardo Copetti. A incompatibilidade das decisões do conselho de sentença do tribunal do júri com o estado democrático de direito: uma interpretação da legitimidade das decisões judiciais a partir de uma interseção entre filosofia e direito. *Sistema Penal & Violência*, Porto Alegre, v. 3, n. 1, p. 30-46, jan./jun. 2011.
- SANTOS, André Leonardo Copetti. Decisões judiciais e estado democrático de direito: da necessidade de fundamentação das decisões do tribunal do júri. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito - RECHTD*,

Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 131-143, jul./dez. 2012.

SCHOPENHAUER, Arthur. *A arte de insultar*. Tradução de Eduardo Brandão, Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

SCHOPENHAUER, Arthur. *A arte de ter razão*. Tradução de Alexandre Krug e Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

SCHOPENHAUER, Arthur. *Sobre a filosofia universitária*. Tradução de Maria Lúcia Mello Oliveira Cacciola e Márcio Suzuki. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

SCHOPENHAUER, Arthur. *Sobre o ofício do escritor*. Tradução de Luiz Sérgio Repa e Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

SÊNECA. *A brevidade da vida*. Tradução de Luiz Feracine. São Paulo: Escala, 2007.

TORNAGHI, Hélio. *Curso de processo penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 1.

TORQUEMADA, Tomás de. *Inftruciones fechas en Seuilla año de 1484 por el prior de fancta Cruz. Copilacion delas Inftruciones del Officio dela fancta Inquificion hechas por el muy Reuerendo feñor Thomas de Torquemada Prior del monafterio de fancta cruz de Segouia, primero Inquifidor general delos reynos y feñorios de Efpaña, 1532*.

UNITED NATIONS. *Human rights and pre-trial detention: a handbook of international standards relating to pre-trial detention professional training series n° 3*. New York, Genebra, 1997. 92 p.

VALDÉS, Fernando de. *Copilación delas Inftruciones del Officio dela fancta Inquificion, fechas en Toledo, año de mil y quinientos y fefenta y un años*.

VOLTAIRE. *O ateu e o sábio*. Tradução de Antônio Geraldo da Silva. São Paulo: Escala, 2006.

A TRANSPARÊNCIA E O DEVER DE INFORMAÇÃO NA LEI ANTICORRUPÇÃO BRASILEIRA¹

TRANSPARENCY AND DUTY INFORMATION IN BRAZILIAN LAW ANTI-CORRUPTION

DENISE BITTENCOURT FRIEDRICH²

FABIO ROQUE SBARDELOTTO³

RESUMO: A pergunta que motivou este trabalho foi: em que medida o dever de transparência e de informação vinculam as empresas que estabelecem vínculos contratuais com o Estado? Essa indagação nasce da necessidade de se pensarem instrumentos para assegurar a ética nas contratações públicas, notadamente ao setor privado, que faz parte da relação jurídica contratual. Para responder essa indagação, recorreu-se à análise da Lei Anticorrupção (Lei 12.846/13), haja vista que ela tem uma notória preocupação com a gestão ética das empresas que contratam com o poder público. Porém, quer-se investigar como essa ferramenta jurídica, bem como o decreto que a regulamentou, tratou a questão da transparência na gestão de tais empresas. Percebe-se que a regulamentação da corrupção dirigi-

1 Artigo produzido no grupo de pesquisa “Patologias Corruptivas”, vinculado ao Centro de Estudos e Pesquisas em Políticas Públicas, da Unisc, e do PPGD da mesma instituição, coordenado pelo prof. dr. Rogério Gesta Leal. Trabalho apresentado e selecionado no I Seminário Nacional Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis, realizado nos dias 22 e 23 de outubro de 2015, na Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público.

2 Professora doutora do PPGD e da Graduação da Unisc - d-friedrich@hotmail.com.

3 Diretor da Escola de Direito da Fundação do Ministério Público do RS. Doutorando em Direito na Unisc - fabiosabardelotto@gmail.com.

da à iniciativa privada foi um avanço inegável, mas não se pode deixar de concluir que, quanto ao objeto deste trabalho, o tratamento dado pela Lei Anticorrupção foi carente, situação que se manteve no decreto que a regulamentou.

PALAVRAS-CHAVE: Transparência. Informação. Contratos públicos.

ABSTRACT: *The question that motivated this study was to what extent the duty of transparency and information are binding on the enterprises which establish contractual relations with the State? His question arises from the need to think ways of ensuring ethics in public contracts, especially to the private sector is part of the contractual legal relationship. To answer this question, we used the analysis of anti-corruption law (Law 12,846 / 13), considering that she has a notable concern for the ethical management of the companies that contract with the government, but he would investigate how this legal tool as well as the decree which regulated, addressed the issue of transparency in the management of such companies. It can be seen that the regulation of corruption directed at private initiative was an undeniable step forward, but one can not escape the conclusion that as the object of this work, the treatment given by the Anti-Corruption Law was lacking, a situation that remained in the decree which regulated*

KEYWORDS: *Transparency. Information. Public contracts.*

I. INTRODUÇÃO

O tema do presente ensaio é a forma como o princípio da transparência e o dever de informação aplicam-se ao setor privado, especialmente para aqueles que constantemente recebem recursos dos cofres públicos, seja pela construção de uma obra, seja pela venda de algum produto ou serviço ao Estado, seja porque são concessionários ou permissionários de serviços públicos. Na verdade, o que se pretende fazer é ampliar o alcance dos referidos princípios às pessoas jurídicas que, de alguma forma, estabeleçam relações jurídicas de natureza contratual com o poder público. Acredita-se que, por meio dessa medida, se estará caminhando na direção de assegurar a sustentabilidade ética das relações jurídicas nas quais o Estado seja parte.

O texto original da Lei de Contratos e Licitações Públicas (Lei Federal 8.666/93) não previa, dentre os princípios básicos das licitações, o desenvolvimento sustentável; porém, em 2010 foi incluído no texto legal uma norma de conteúdo valorativo como forma de lhe dar notoriedade, bem como impor que a licitação preste-se tanto a garantir a

seleção da proposta mais vantajosa para a administração como também a promoção do desenvolvimento nacional sustentável. Ocorre que o sentido que a lei atribui a “sustentável” é de caráter ambiental, ou seja, a proposta mais vantajosa não deve ser apreciada apenas sob o critério econômico-financeiro, mas também sob os ditames ambientais, de forma que o poder público contrate com pessoas que tenham a preocupação de oferecer produtos e serviços em consonância com o desenvolvimento sustentável.

O sentido que se quer dar a “sustentabilidade” no presente trabalho refere-se a valores morais indispensáveis para assegurar que, de fato, se alcance a proposta mais vantajosa, evitando manobras antes e durante a execução do contrato, que acabam onerando os cofres públicos. Ocorre que, para a implementação de sistemas de integridade (ou *compliance*), as empresas precisam fazer investimentos em recursos humanos, os quais demandam investimentos que levam a um custo final mais elevado dos bens e serviços oferecidos. Sendo assim, a ideia é que haja vantagens para empresas que tenham implementado sistemas de integridade.

Para garantir a integridade moral das empresas, acredita-se que o princípio da transparência e o dever de informação devem alcançá-las sempre que estiverem envolvidos recursos públicos, pois, em tais casos, a sociedade civil tem o direito de fiscalizar a conduta das pessoas que se beneficiam com verbas públicas.

Haja vista os dois pontos acima referidos (sistemas de integridade e dever de transparência e informação para as empresas), quer-se analisar inicialmente um e outro. Na sequência, entende-se adequado investigar como a Lei Anticorrupção (Lei Federal 12.846/13) e seu posterior decreto (Dec. 8.420/15) trataram do dever de transparência e informação. Ao final, algumas considerações serão traçadas à guisa de conclusões.

2. DEVER DE TRANSPARÊNCIA E INFORMAÇÃO PARA O SETOR PRIVADO

De início, cabe tecer alguns comentários acerca da informação que chega ao conhecimento da sociedade por meio da sua veiculação através das ferramentas e tecnologias colocadas a serviço da publicidade. Como destaca Dowbor⁴, o melhor sistema não é nem o autoritário, pois neste o Estado decide pelo cidadão, nem o liberal, no qual o cidadão tem total liberdade para fazer suas escolhas, porém o Estado não se preocupa em fornecer-lhe informações para que decida, conscientemente, as causas e consequências de sua escolha. Assim, o melhor sistema é aquele no qual o Estado tem a preocupação de oferecer informações para que o cidadão faça suas escolhas ciente dos riscos e benefícios que delas decorrem. Além disso, diz o autor que não faltam informações; pelo contrário, há muita informação, mas o que se percebe é sua irracionalidade, de forma que:

O problema resulta não da ausência da informação, mas de sua irracionalidade. Somos inundados de informações e de fotos sobre crimes horrendos que acontecem na cidade, passamos a nos trancar em casa, e compramos mais grades. Quando todos compram grades, a vantagem comparada é nula, e continuamos inseguros. As soluções, evidentemente, estão nas raízes do problema, nas periferias miseráveis, nas crianças que abandonam a escola, e outros processos sobre os quais continuamos dramaticamente mal informados. Precisamos de informação socialmente organizada que permita ação informada do cidadão, da empresa, do funcionário público, da organização da sociedade civil.⁵

Então, não basta apenas ter um grande volume de informações a

4 DOWBOR, Ladislau. *Informação para a cidadania e o desenvolvimento sustentável*. Disponível em: <<http://dowbor.org>>. Acessado em: 4 jun. 2014.

5 Ibidem, p. 2.

que facilmente se tem acesso (afinal de contas a sociedade atual é denominada como a sociedade da informação), deve sim haver a gestão desse volume imensurável, de modo que sirva de base para escolhas racionais, ou seja, a racionalidade das decisões depende da racionalidade das informações. Nesse sentido, deve-se investigar em que medida o excesso de informação contribui para uma sociedade mais articulada, ciente de suas obrigações e direitos.

Adverte Dowbor⁶ que o excesso de informação deixa a sociedade confusa, e a boa e necessária informação acaba se perdendo neste universo imenso. Em contextos como esse, “o grande desafio que se coloca, é o da organização da informação segundo as necessidades práticas dos atores sociais que intervêm no processo de desenvolvimento social”.⁷ Assim, a tarefa é organizar a informação que é relevante para a cidadania e para o desenvolvimento sustentável.⁸

Dessa forma, a informação é uma condição-chave para a construção dos processos democráticos e envolve, entre outras coisas, a transparência, não apenas das decisões do governo, mas também das empresas, das organizações sociais etc. Mais importante se faz essa observação quando o assunto é controlar a corrupção, na medida em que as empresas também se tornam alvo de preocupação devido às relações com o poder público. Muitas vezes essas relações, que aparentemente são um simples contrato de construção ou fornecimento de bens, em verdade são contratos de natureza político-ideológica que ocupam um espaço central na agenda política, influenciando nas escolhas das políticas públicas.

Diante da necessidade de informações organizadas e de fácil compreensão, percebe-se, por exemplo, que, ao se publicarem as leis orça-

6 Ibidem.

7 DOWBOR, 2003, p. 4.

8 Sob esta perspectiva, o autor destaca um avanço em áreas como saúde, educação, economia, porém, identifica a falta de informação organizada e de fácil acesso para as questões de democratização dos processos decisoriais. Apontam os critérios traçados por Robert Putnam: 1. Medidas do nível de organização da vida comunitária; 2. Medidas de engajamento em assuntos públicos; 3. Medidas de participação em ações de voluntariado; 4. Medidas de sociabilidade informal; 5. Medidas de confiança social (DOWBOR, 2003, p. 7).

mentárias, estas raramente serão compreendidas pelos cidadãos, tendo em vista a complexidade das informações divulgadas. Então, a transparência do Estado, do setor econômico e da sociedade civil passa necessariamente pela boa e organizada informação que lhe é passada, o que leva, inexoravelmente, à inteligibilidade dos dados veiculados.

A construção da confiança nas instituições democráticas depende, entre outras coisas, de trazer a público a gestão dos interesses públicos, e estes podem ser geridos pelo próprio Estado, ou pelo setor privado. Assim, todos que atuam, direta ou indiretamente, na esfera pública têm parcela da gestão desse interesse, de modo que todos devem sujeitar-se a esse princípio constitucional, ressalvados os âmbitos de intimidade consagrados no texto constitucional brasileiro. Não há como falar em Estado Democrático sem que haja uma cultura de publicidade em todos os âmbitos que se refiram ao interesse público.

Ao tratar do tema da informação, as expressões transparência e publicidade aparecem com muita frequência, por isso cabe advertir que entre elas existe uma relação de gênero e espécie, sendo a publicidade uma espécie do gênero transparência. A publicidade, enquanto princípio, comporta muitas nuances, como a publicidade dos processos administrativos contemplados na Lei 9.784/99; a publicidade, salvo casos de sigilo, dos processos judiciais; o dever de publicar as leis na imprensa oficial (ou em outros jornais, para os municípios que não tenham imprensa oficial); a publicidade das seções dos Legislativos; o dever de tornar públicos os gastos com o pessoal e demais despesas, esta regulada pela Lei da Transparência (Lei Federal nº 12.527/11).

Importa dizer que esses valores estão intrinsecamente ligados à ideia de *accountability*, tendo em vista que a prestação de contas precisa de um arcabouço jurídico e técnico que lhe permita veicular as informações referentes à gestão pública, de forma que, ao fiscalizá-la, a sociedade civil controle o Estado e a si mesma. Percebe-se disso que o controle social precisa de informações, sem as quais não teria o que controlar.

No Brasil, a publicidade vem assumindo papel central, desde a Cons-

tuição Federal de 1988, que em vários momentos contempla a publicidade⁹, e a partir de 2011, com a chamada Lei de Transparência (Lei Federal nº 12.527/11). Porém, ainda se percebe o pouco envolvimento dos cidadãos nas informações veiculadas. Vários fatores podem estar criando essa situação, mas se quer destacar um problema bastante comum que diz respeito ao fato de que tais informações acabam sendo usadas apenas pela mídia, com o objetivo de fomentar escândalos políticos (FILGUEIRAS, 2011). Essa lógica de divulgação da gestão pública desencadeia um processo de apatia política no cidadão decorrente da baixa confiança que deposita nas instituições.

Isso ocorre porque a mídia, especialmente a televisiva, luta por pontos no Ibope (Instituto Brasileiro de Opinião Pública e Estatística) e, para tanto, vale apresentar ao espectador qualquer acontecimento que chame sua atenção. Aquele, por sua vez, ao ter acesso a notícias de escândalos políticos, tem apenas a percepção selecionada e elaborada pela reportagem. O desfecho do caso quase sempre é dado pela mídia, sem que ela tenha a preocupação em mostrar como foi solucionado, quais sanções foram aplicadas, entre outras medidas. Por isso, não raro, a notícia fica nos espaços midiáticos poucos dias, sem que as autoridades tenham tempo suficiente para apurar os fatos de acordo com os limites impostos pelo Estado Democrático de Direito. E, como é preciso manter o espectador envolto em novos acontecimentos, a mídia procura, encontra e veicula mais escândalos políticos.¹⁰ Essa situação, comum no Brasil, dificulta, para não dizer inviabiliza, a construção da confiança necessária para a solidificação da democracia brasileira.

É claro que a atuação investigativa da imprensa contribui para a democracia, revelando acontecimentos a partir dos quais nascem investigações por parte das autoridades. Porém, o que não é democráti-

9 Explicitamente no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal.

10 Apenas para citar um exemplo, uma revista de grande circulação nacional que vai às bancas aos domingos gerou a perda de cargos políticos de nível nacional, como de ministros, tão logo seus exemplares saíram às ruas. Isso gerou uma situação tal que se esperava quem referida revista iria denunciar sabendo que perderia o cargo, para que a presidente do país não tivesse sua reputação abalada.

co são as autoridades públicas adequarem suas agendas de trabalho às denúncias da imprensa. Isso, em vez de solidificar a democracia, acaba gerando um ambiente de descrédito, no qual parece que a corrupção tomou conta do Estado. Pior ainda, o cidadão se vê impotente diante de uma casuística tão grande e deixa de confiar nos mecanismos democráticos como forma de controlar o poder. Também não é democrático deixar que a transparência seja apropriada apenas pela imprensa, pois a razão de ser da transparência é informar a sociedade civil como que o interesse coletivo está sendo gerido. Por isso, cabe a ela tomar posse dessas informações e avaliar os resultados e ações concretas.

Ocorre que a mídia também é um espaço pouco democrático, de forma que muitas das informações veiculadas camuflam ideologias e outros interesses que não são revelados. Por isso, uma medida viável seria implementar um sistema de recebimento automático de informações, semelhante ao sistema *push* do STF e STJ, o que parece atender perfeitamente como instrumento para democratizar o acesso à informação. Além disso, deve-se buscar facilitar a compreensão da informação recebida, deixando de lado a linguagem técnica e optando por usar uma linguagem compreensível ao cidadão comum.

Sob essa perspectiva, Martí¹¹, ao tratar da importância da informação para viabilizar espaços democráticos deliberativos, adverte para os riscos da deliberação informal (não institucional), na medida em que, ainda que ela possa contar com a participação mais efetiva dos cidadãos, está muito sujeita à influência de agentes que dispõem de recursos econômicos e intelectuais usados para manipular a opinião pública em seu próprio favor. Por meio de tal influência, conseguem fazer com que as políticas públicas sejam direcionadas em favor de grupos hegemônicos, e ainda levam o selo da legitimidade, pois contam com o apoio da sociedade, sem que esta perceba a ideologia que tais políticas escondem. Nesse sentido, conclui: “*La manipulación de preferências que se produce a través de los discursos de los medios de comunicación*

11 MARTÍ, José Luis. *La república deliberativa: una teoría de la democracia*. Madrid: Marcial Pons, 2006.

tiene peores consecuencias en una sociedad democrática que no regula los aspectos de la comunicación política [...]”.¹² Admite que todos os modelos democráticos estão sujeitos a manipulações ideológicas, mas a mídia exerce uma manipulação mais nefasta.

Filgueiras¹³ defende a existência de uma relação importante entre publicidade e confiança. Diz que, embora não se exija do homem comum e dos atores políticos a qualidade de serem virtuosos, e no âmbito da esfera privada admita-se o sigilo (e o público não pode invadir esse âmbito), em relação aos assuntos da coletividade, estes devem ser tratados publicamente, pois é a ampla divulgação que faz viável a confiança nas instituições e o engajamento nas ferramentas oferecidas ao controle social, razão pela qual afirma que:

[...] porquanto ela se torna um elemento central para aferir as virtudes das instituições políticas. Isto é, instituições virtuosas são aquelas que conseguem estabelecer, frente à sociedade, um contexto de confiança construído, fundamentalmente, em cima do princípio da publicidade e da proteção da autonomia privada. [...]

A função contraposta da confiança em relação à publicidade serve para manter intacta a existência das sociedades secretas e de padrões de sociabilidade que dão a noção de pertencimento a uma comunidade formal.¹⁴

É típico de um Estado Democrático de Direito a tensão entre interesses antagônicos, situação que fica muito evidente na publicidade, pois no âmbito privado almeja-se sigilo e privacidade, fato que diminui as chances de construir uma relação de confiança interpessoal; o contrário ocorre no setor público, em que a publicidade precisa atingir graus ainda maiores. Mas, para definir o público e o privado, não basta

12 Ibidem, p. 115.

13 FILGUEIRAS, Fernando. República, confiança e sociedade. *Dados: Revista de Ciências Sociais*, v. 50, n. 4, p. 863-897, 2007.

14 Ibidem, p. 879

utilizar, por exemplo, a definição que o Código Civil de 2002 oferece quando trata das pessoas jurídicas¹⁵, pois ela é simplista demais, haja vista as pessoas jurídicas da administração pública indireta, as quais, ainda que o artigo 173¹⁶ da Constituição Federal de 1988 determine que sejam tratadas pelo regime jurídico privado, sabe-se que na verdade trata-se de um regime jurídico híbrido, pois, por exemplo, elas são obri-

15 Art. 40. As pessoas jurídicas são de direito público, interno ou externo, e de direito privado.

Art. 41. São pessoas jurídicas de direito público interno:

I - a União;

II - os Estados, o Distrito Federal e os Territórios;

III - os Municípios;

IV - as autarquias, inclusive as associações públicas;

V - as demais entidades de caráter público criadas por lei.

Parágrafo único. Salvo disposição em contrário, as pessoas jurídicas de direito público, a que se tenha dado estrutura de direito privado, regem-se, no que couber, quanto ao seu funcionamento, pelas normas deste Código.

Art. 42. São pessoas jurídicas de direito público externo os Estados estrangeiros e todas as pessoas que forem regidas pelo direito internacional público.

Art. 43. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.

Art. 44. São pessoas jurídicas de direito privado:

I - as associações;

II - as sociedades;

III - as fundações.

IV - as organizações religiosas;

V - os partidos políticos.

VI - as empresas individuais de responsabilidade limitada

16 Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade; II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública; IV - a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários; V - os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores.

§ 2º As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.

§ 3º A lei regulamentará as relações da empresa pública com o Estado e a sociedade.

§ 4º - lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

§ 5º A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.

gadas a licitar, bem como a realizar concurso público para a contratação de empregados. Esse exemplo evidencia a insuficiência do tratamento dado pela legislação civilista. Para além da definição civilista, deve-se buscar identificar a existência do interesse público e, mais, a sua prevalência, de modo que, mesmo quando se está diante de uma empresa, se ela é prestadora de um serviço público, ou se ela contrata com o poder público, ela estará sujeita a alguns imperativos de Direito Público, dentre os quais destaca-se o dever de prestar contas à sociedade civil, o dever de ser transparente e fornecer informações que digam respeito a tais contratos e convênios. Agindo assim, diminuem-se as possibilidades de práticas corruptivas, haja vista que se permite que a sociedade civil fiscalize tais contratos, também que a própria concorrência faça um controle, na medida em que as empresas preteridas na disputa terão interesse em fiscalizar e denunciar quando souberem de desvios morais na contratação. Então, há de se ter presente que as pessoas jurídicas da iniciativa privada que têm acesso a recursos públicos sujeitam-se com mais rigor ao princípio da moralidade pública do Direito Administrativo.

Segundo Taborda¹⁷, a publicidade dos atos administrativos converteu-se, no Estado moderno, em “condição indispensável para a legitimação moral da política e da democracia a partir da unidade de interesses entre governantes e governados”. Nesse sentido, só pode ser chamado de democrático o regime político que se apresente perante a sociedade desvencilhado de obscuridades, sigilos, segredos. Adverte a autora que, para Kant, o princípio da publicidade é mais que um princípio ético cujo lugar é a virtude, mas é também um princípio jurídico que pertence ao Direito. Diante da publicidade que a política exige, afirma a autora que o uso público da razão é o que possibilita o entendimento entre os homens/cidadãos sobre as questões da república. Além disso, para a soberania popular é imprescindível o uso público da razão, tendo em vista que os limites a sua liberdade pela atuação política estatal

17 TABORDA, Maren Guimarães. *O princípio da publicidade e a participação na administração pública*. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006. p. 66. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/7472/000545875.pdf?sequence=1>>.

terão sempre o conhecimento dos cidadãos e sua aceitação, pois terão conhecimento suficiente para se rebelar contra ou concordar. Embora a autora fale desse princípio para o Estado, para fins do presente artigo, aplica-se também àquelas empresas que contratam com o poder público.

Sob essa perspectiva, o princípio da publicidade é corolário do princípio republicano, pois os representantes eleitos não atuam em proveito próprio, atuam sim para o bem coletivo e na tutela de bens coletivos. Assim, dar publicidade aos atos que digam respeito ao interesse público é uma forma de prestação de contas, por isso, a *accountability* depende diretamente da publicidade, pois só pode existir a prestação de contas se o Estado e todos que atuam na área pública se comprometerem com a publicidade de seus atos.

Como o cidadão não atua diretamente sobre a gestão do Estado, o controle social só pode ser realizado se ele tiver as informações de como esta atividade vem sendo desempenhada por quem a representa. Aumentar as chances reais de controle social é importante, pois as formas de participação social são restritas diante de toda a gama de atribuições estatais, e, mesmo que se esteja diante de formas de participação, também deve recair sobre ela o controle social, pois a sociedade civil decide e precisa fiscalizar se suas decisões estão sendo implementadas e avaliar se os resultados são positivos, inclusive para poder corrigir eventuais erros nas decisões coletivamente tomadas.

Parafraseando Kant¹⁸, a política passa a ser moral a partir de sua publicidade e quando se coloca aberta à avaliação e ao crivo discursivo dos seus destinatários/autores, pois, com raríssimas exceções, apenas os atos de conteúdo que atentem contra a moralidade pública são mantidos em sigilo. A publicidade, enquanto dever do Estado e das empresas que contratam com ele, dever de transparência, não pode depender de solicitações dos cidadãos, devendo ser oferecida, ficar à disposição de quem queira informar-se, sem entraves, de forma clara e de fácil com-

18 Apud TABORDA, 2006.

preensão para o cidadão comum.

O princípio de proteção da confiança é inconciliável com surpresas advindas do Estado. Então, nada mais justificável que a publicidade e a transparência sejam implementadas no mais alto grau, sempre pensando em formas mais eficazes de assegurá-las. Paralelamente a isso, devem-se pensar formas de que esses conteúdos sejam apropriados pela sociedade civil e ela mesma faça o controle, pois pouco ou nada contribui para consolidar a democracia quando o controle fica a cargo da burocracia ou sob responsabilidade da mídia. Por isso a necessidade de se pensarem mecanismos sociais de controle.

Kant¹⁹ defende uma relação necessária entre ética e política por intermédio do Direito.²⁰ Nessa relação, a publicidade “está contida em toda pretensão jurídica, porque sem ela não haveria nenhuma justiça (que só pode ser pensada como *publicamente divulgável*), por conseguinte tampouco haveria direito algum, que só se outorga por ela” (grifo no original).²¹ A publicidade, para Kant, é um dever do Estado republicano, de forma que aquilo cujo teor deva ser escondido, por medo de represália dos cidadãos, infringe a lei moral pública, e por isso destoa dos valores consagrados pela república preconizada por ele. Decorre disso o seguinte imperativo categórico: “*Todas as ações relativas ao direito de outros homens cuja máxima não se conciliar com a publicidade são injustas*” (grifo no original).²² A partir daí, Kant passa a dar exemplos, no âmbito do Direito interno e internacional, para demonstrar a racionalidade e universalidade desse imperativo, o que não cabe aqui analisar. Porém, destaca-se que o próprio Kant defendia de maneira bastante ampla o dever de publicidade ao falar em “todas as ações relativas ao direito de outros homens”²³; assim, quando empresas contratam com o poder público, suas ações alcançam o direito de outros

19 KANT, Emanuel. *À paz perpétua*. Tradução de Marco Zingano. Porto Alegre: L&PM, 2010.

20 Ibidem, p. 57: “[...] não pode haver nenhum conflito da política, como doutrina aplicada do direito, com a moral, como doutrina do direito, mas teórica (por conseguinte, nenhum conflito da prática com a teoria)”.

21 Ibidem, p. 75.

22 Ibidem, p. 76.

23 KANT, 2010, p. 89.

homens.

Então, a ideia defendida aqui é de que o Estado, e quem com ele contrate, não pode agir na tutela de interesses privados dissociados do interesse público, devendo pautar-se pela máxima da transparência, tornando seus atos públicos, pois a publicidade é uma forma de harmonizar a política com a moral pública, de forma que o sigilo e o segredo servem para esconder ações que infringem a moralidade pública, e, por isso, para fugir da reprovação social, não podem ser divulgadas.

Percebe-se, assim, que apenas condutas reprováveis são omitidas e escondidas, situação que não pode ser aceita em ambientes republicanos e democráticos. Por isso, a publicidade (no sentido que Kant lhe atribui) aparece como um princípio transcendental que permite conciliar a política com a moral, valor tão nobre para Estados democráticos e republicanos.

O momento atual reservou ao Estado e à sociedade a difícil tarefa de conciliar a privacidade com a publicidade: na mesma medida que a atividade estatal tem que ser transparente, aberta ao conhecimento, criticável, vigiável pela sociedade, na esfera privada o sigilo e o segredo imperam. Por isso, a publicidade como corolário da moralidade que aqui se defende é a pública. Porém, na vida privada, o homem tem liberdade de pautar sua conduta pelos valores que o fazem feliz, de modo que suas escolhas sexuais, familiares, profissionais estão protegidas pelo sigilo e pela liberdade.

Para que se tenha uma política pública de controle e combate à corrupção, que conta com o engajamento social (sendo que o engajamento nasce da crença na participação como forma de melhorar a condição humana e social), há de se ampliar os espaços de deliberação e controle público, mas, para tanto, a informação veiculada pelo dever de transparência é condição indispensável, haja vista que, a partir da apropriação da sociedade civil de tais informações, ela poderá julgar a ação governamental, as decisões políticas e como as empresas que contratam com o poder público estão gerindo os recursos. Diante desse panorama, acredita-se que o controle da corrupção passará para as

mãos da sociedade civil, deixando de ficar a cargo prioritariamente da burocracia estatal, pois acredita-se que o incremento e aumento da atividade estatal de controle aumentam as possibilidades corruptivas, razão pela qual essa situação deve ser evitada.

A partir do enfoque amplo que aqui se defendeu da transparência, o controle social poderá recair sobre a sustentabilidade ética das empresas. Porém, cabe ao Direito o papel importante para alcançar esse ideal na medida em que deve criar deveres para a iniciativa privada atuar de forma transparente. Com o intuito de apreciar em que medida isso vem ocorrendo, a seguir será feita uma abordagem sobre a Lei Anticorrupção e sua regulamentação.

3. A LEI ANTICORRUPÇÃO E SUA REGULAMENTAÇÃO FRENTE AO DEVER DE TRANSPARÊNCIA E DE INFORMAÇÃO PARA A INICIATIVA PRIVADA

Tradicionalmente a atividade de controle da corrupção dirige-se predominantemente ao Estado, especialmente na figura de agentes administrativos e agentes políticos. Porém, esse enfoque unidimensional vem sofrendo mudanças, tendo como horizonte a percepção de que as práticas corruptivas dependem da conjugação de duas ou mais vontades: uma é externada pelo agente privado que quer otimizar seu lucro e acelerar os procedimentos administrativos, e para tanto se dispõe a burlar as leis dos Estados; e de outro lado encontra-se o agente público, que, intencionalmente ou não, dispõe-se a colaborar com o agente privado.

Ocorre que esse sistema desentruva e auxilia a expansão do capital apenas em um primeiro momento, enquanto o *modus operandi* dessas práticas é desconhecido, e apenas um grupo bastante restrito tem acesso privilegiado a elas. Superada essa fase inicial, a iniciativa privada passou a identificar os prejuízos da corrupção, que, após expandir-se e sendo de fácil acesso, deixa de ser um facilitador dos negócios com o poder público e passa a ser um negócio bastante caro, de resultados

incertos.²⁴ De certa forma, a percepção desse fato age como um desestimulante às práticas corruptivas, pois vai ao encontro do que Corrêa defende: “O objetivo do estabelecimento de um sistema nacional de integridade é fazer com que a corrupção - e práticas ilícitas relacionadas - seja de alto risco e baixo retorno”.²⁵

Assim, o mercado passa a lutar contra ela, pois, ao combatê-la, diminui o custo das transações com o poder público. Sob o enfoque econômico, a corrupção se torna uma vilã não só dos recursos públicos como também dos privados, uma vez que as transações corruptas possuem um custo que não pode ser declarado, cria um ambiente de insegurança e instabilidade para os investidores, trabalha com leis obscuras e pouco conhecidas, entre outros prejuízos. Daí surge, também para os investidores, a necessidade de pensar medidas para coibi-la. Porém, não pode a iniciativa privada realizar essa tarefa sem ter a seu lado um forte aliado: o Estado.

Com o intuito de lutar contra a corrupção, os Estados Unidos foram um dos primeiros países a lançar-se na luta contra a corrupção, através de uma política de criminalização da corrupção. Em 1977, esse país promulgou a lei Foreign Corrupt Practices Act (FCPA), que proíbe as empresas sujeitas a ela de pagarem suborno a funcionários do governo estrangeiro e outros agentes, com a finalidade de realizar negócios com tais Estados.²⁶ O descumprimento dessa lei impõe medidas civis e pe-

24 ROSE-ACKERMAN, Susan. *La corrupción y los gobiernos: causas, consecuencias y reforma*. Madrid: Siglo Veinteuno, 2001. A autora destaca que o interesse em si mesmo é um fator motivador humano universal, e a corrupção endêmica sugere um fracasso generalizado em aproveitar esses interesses em prol de objetivos produtivos, especialmente porque a corrupção reduz a efetividade das políticas industriais e muitas vezes impõe às empresas atuarem no setor não oficial, gerando assim um *deficit* de arrecadação e empregos formais, e, por conseguinte, redução nos recursos para implementar políticas públicas. Percebe-se daí que não é apenas o *quanto* a corrupção “desvia de dinheiro público”, mas vários outros efeitos que, direta ou indiretamente, acabam por repercutir na limitação financeira do Estado em atender às demandas sociais constitucionalmente amparadas.

25 CORRÊA, Isabela Morreira. Sistema de integridade: avanços e agenda de ação para a administração pública federal. In: AVRITZER, L.; FILGUEIRAS, F. (Orgs.). *Corrupção e sistema político no Brasil*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011. p. 165.

26 WORLD COMPLIANCE. Foreign Corrupt Practices Act (FCPA). Disponível em: <<http://www.worldcompliance.com/en/resources/white-papers/foreign-corruption-practices-act.aspx>>. Acesso em: 01 jun. 2014.

nais. Ocorre que essa medida acabou gerando um efeito inesperado: as empresas americanas deixaram de poder competir em alguns mercados, especialmente naqueles em que os níveis de corrupção são altos. Por isso, os Estados Unidos propuseram uma campanha internacional de combate à corrupção tendo como principal alvo coibir a corrupção através da iniciativa privada.

Assim, passaram a fazer pressão sobre a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), que tem como um de seus objetivos: “Contribuir com uma expansão econômica saudável nos países membros, assim como nos países não membros”.²⁷ Além disso, criou-se a Convenção da OCDE²⁸ com o objetivo de implementar aquele objetivo específico.

O artigo 2º da Convenção determina: “Cada parte deverá tomar todas as medidas necessárias ao estabelecimento das responsabilidades de pessoas jurídicas pela corrupção de funcionário público estrangeiro, de acordo com seus princípios jurídicos”. Em cumprimento a esse dispositivo, o Brasil promulgou a Lei Federal 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização civil e administrativa de pessoas jurídicas que incidirem na prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira. Essa lei foi fruto da recomendação que a OCDE fez ao Brasil.

Vale salientar que a partir daí a iniciativa privada deverá domesticar sua ânsia por lucros (a razão que leva a corromper sistemas legais e utilizar de condutas antiéticas), para guiar suas condutas pela ética e pelo respeito às normas administrativas nacionais e internacionais. Tem-se, assim, a vinculação a valores éticos e morais tanto do setor público como do setor privado. Ou seja, não só o gestor público, cujo agir pauta-se na perseguição do interesse público, deve perseguir a moralidade administrativa; essa vinculação também alcançou os agentes da iniciativa privada, que, na busca pelos seus interesses privados e econômicos,

27 CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. OCDE. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/ocde/sobre/informacoes/index.asp>>. Acesso em: 09 jun. 2014.

28 Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais.

não podem visar ao fim (o lucro) sem observar os meios socialmente aceitáveis pautados pela moralidade administrativa.

Esse novo paradigma veio acompanhado de uma outra tendência: a *compliance*, ou sistemas de integridade, como a lei brasileira chamou. Esta se ocupa de criar mecanismos a serem implantados nas empresas, visando prevenir e combater condutas ilícitas em desacordo com as indicações acima descritas. Para Maeda, os programas de *compliance* refletem os “esforços adotados pela iniciativa privada para garantir o cumprimento de exigências legais e regulamentares relacionados às suas atividades e observar princípios de ética e integridade corporativa”.²⁹

De forma geral, os programas de conformidade corporativa assentam-se sobre sete elementos indispensáveis:

(1) o estabelecimento de normas e procedimentos de conformidade, (2) liderança de gestão de alto nível e supervisão do programa de conformidade e ética, (3) delegação de poderes para a autoridade responsável pelo programa, (4) medidas para comunicar normas e procedimentos, (5) monitoramento, auditoria e práticas de avaliação para atingir a conformidade e assegurar a suficiência do programa, (6) disciplina, incentivos e ações de fiscalização aplicados de forma a promover o cumprimento, e (7) respostas organizacionais à má conduta com vistas à prevenção futura de má conduta e deficiências do programa de correção. As orientações também exigem que os sete elementos sejam ajustados e implementados à luz de uma avaliação periódica de riscos. (Tradução livre)³⁰

Esses elementos dirigem-se a qualquer programa, independen-

29 MAEDA, Bruno Carneiro. Programa de compliance anticorrupção: importância e elementos essenciais. In: ADEBBIO, A. D.; MAEDA, B. C.; AURES, C. H. da S. (Orgs.). *Temas de anticorrupção & compliance*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 167.

30 MCGUFFEY, Kristen; SOLDAN, Thomas C. *Right-sizing: customizing compliance to the small corporation*. Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:vAZGMtFOh7YJ:www.pli.edu/emktg/compliance_coun/Right_Sizing19.doc+&cd=2&hl=pt-BR&ct=clnk> Acesso em: 21 ago. 2014. p. 9-10.

temente do tamanho da empresa. Ocorre que, inicialmente, os programas de integridade (como também são chamados os programas de *compliance*) foram pensados para as grandes corporações, pois são as que ocupam os maiores espaços na mídia internacional sempre que se envolvem em escândalos. Basta lembrar a grande repercussão dos casos deflagrados de corrupção envolvendo a multinacional alemã Siemens.³¹ Porém, os programas de integridade não são dirigidos apenas a grandes corporações, pois, como destacam os americanos McGuffey e Soldan³², devem ser desenvolvidos programas na *medida certa* para o tamanho da empresa. Assim, propõem um programa compatível com o tamanho e os recursos que cada empresa dispõe, pois não pode ser desprezado o custo que tais programas demandam.

A justificativa de pensar programas adequados para empresas menores, segundo os autores, repousa neste dado: “Entre 2000 e 2005, por exemplo, a grande maioria das organizações condenadas foram aqueles com menos de 200 funcionários” (Tradução livre).³³ Os principais ajustes para as empresas menores estão nos seguintes aspectos: disseminar a cultura de cumprimento dentro da organização e lembrar que organização de pequeno e médio porte é muito mais dependente de sua

31 Segue trecho de reportagem: “Na semana passada, a Siemens teve o seu selo ético cassado. A multinacional alemã era uma das quatro primeiras empresas no Cadastro Empresa Pró-Ética, e por isso possuidora do selo dado pela Controladoria-Geral da União (CGU), no ano de 2011. A decisão foi em função das denúncias de formação de cartel no setor metroferroviário de São Paulo e do Distrito Federal. A Siemens teve ainda o seu nome incluído na lista de empresas inidôneas e suspensas, mantido pela controladoria.” Disponível em: <<http://www.jb.com.br/pais/noticias/2014/03/17/corruptao-caso-siemens-e-as-propinas-do-metro-paulista/>>. Acesso em: 19 set. 2014. Além do caso envolvendo o Brasil, em 2006 a empresa havia se envolvido em outro escândalo, como relata a seguinte reportagem: “Em novembro de 2006, um grande esquema de pagamento de propinas veio à tona, levando ao afastamento de praticamente toda a diretoria no primeiro semestre de 2007. Em resposta ao problema, a empresa adotou um programa anticorrupção, e a nova gestão, sob o presidente Peter Löscher, garantiu que preferiria abrir mão de negócios lucrativos a ter novamente que lançar mão de práticas ilícitas. Mas um novo caso no Brasil parece expor a dificuldade que a empresa sediada em Munique tem em transformar palavras em atos. Na última semana, a Siemens notificou as autoridades antitruste brasileiras sobre uma formação de cartel, com participação da multinacional alemã, para fraudar licitações para a compra de equipamento ferroviário e para a construção e manutenção de linhas de trem e de metrô em São Paulo e em Brasília.” Disponível em: <<http://www.dw.de/esc%C3%A2ndalo-no-brasil-p%C3%B5e-em-d%C3%BAvida-esfor%C3%A7os-anticorrupt%C3%A7%C3%A3o-da-siemens/a-16961389>>. Acesso em: 19 set. 2014.

32 MCGUFFEY; SOLDAN, op cit.

33 Ibidem, p. 8.

gestão de topo porque tem menos níveis de gestão, fato que aumenta a transparência das decisões tomadas pela alta administração. Em vez de uma organização *sem rosto*, funcionários de organizações menores tendem a conhecer a alta administração e sua ética de negócios e estilo de gestão.

Os programas de *compliance* não são impostos a nenhuma empresa, porém algumas legislações têm criado mecanismos de atenuação dos efeitos das sanções, podendo chegar até a total exclusão da responsabilidade das pessoas jurídicas, quando tiverem implantado bons sistemas de fomento da ética nas relações com o poder público.

Exemplo disso é a lei inglesa UK Bribery Act, em vigor desde 2010. Essa lei responsabiliza as empresas que cometeram práticas consideradas corruptas, porém, se a empresa comprovar que tinha implantado um programa de *compliance*, a responsabilidade da pessoa jurídica, a quem se vinculava o sujeito autor do ato ilegal, poderá ser perdoada. Percebem-se dois efeitos da lei inglesa: torna mais severas as penas às pessoas jurídicas que, no anseio de negociar com o poder público, acabam oferecendo vantagens para os agentes públicos; e, por outro lado, atenua as sanções se a infratora (pessoa jurídica) demonstrar que possuía programas adequados para inibir seus empregados e representantes de agir segundo padrões éticos e legais regulados em normas internas, como, por exemplo, códigos de ética.³⁴

No Brasil, a “cultura anticorrupção ainda não está difundida”³⁵, mas avanços significativos vêm sendo alcançados. Em tal contexto, para se comprometer com a comunidade internacional em colaborar com a política de combate à corrupção, entre outras medidas, editou-se no país a Lei Anticorrupção em 2013, regulamentada em 2015, cumprindo assim a orientação internacional.

Primeiramente, a referida lei não avançou, como ocorre na Inglaterra-

34 MAEDE, 2013.

35 CLAYTON, Mona. Entendendo os desafios de compliance no Brasil: um olhar estrangeiro sobre a evolução do compliance anticorrupção num país emergente. In: ADEBBIO, A. D; MAEDA, B. C; AURES, C. H. da S. (Orgs.). *Temas de anticorrupção & compliance*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 153.

ra, Espanha e Estados Unidos, em relação à responsabilidade penal. A lei brasileira preferiu não penalizar criminalmente as pessoas jurídicas infratoras de seus enunciados. Isso tem sido alvo de críticas, pois para alguns³⁶ deveria ter sido seguida a tendência internacional. Porém, para outros, poucos efeitos práticos teria, pois as principais sanções penais são as restritivas de liberdade, as quais são impossíveis de ser aplicadas a pessoas jurídicas. As demais sanções, como multas, a responsabilidade administrativa e a civil dão conta de promover. Segundo Capanema³⁷, os processos administrativo e civil são mais céleres, e por isso a possibilidade de responsabilidade penal poderia entrar os outros dois processos.

A lei dirige-se tanto às pessoas jurídicas nacionais como às estrangeiras que tenham qualquer atividade no Brasil. O artigo 2^a da lei contempla a responsabilidade objetiva de tais pessoas, ou seja, independe de provar culpa ou dolo na prática dos atos. Nesse sentido, basta que seja comprovada a ação ou omissão (nesse aspecto a *compliance* terá efeito importante), o dano, material ou não, ao Estado e a ligação entre a ação/omissão ao dano, ou seja, o nexu causal, para as sanções serem aplicadas. A responsabilidade imposta pela lei pode ser apurada ainda que não tenham sido identificados os autores do fato. E caso esteja sendo investigada sua autoria no âmbito judicial, isso não interrompe nem suspende o andamento do processo administrativo imposto pela Lei Anticorrupção. Referente aos autores das infrações, a incidência da Lei Anticorrupção não exclui a responsabilidade pessoal dos autores, pessoas físicas, em outras esferas de responsabilidade. Dessa forma, os autores poderão ser responsabilizados civil, penal e administrativamente. Isso faz com que a pessoa jurídica não tenha vantagem em omitir os

36 COSTA, K. A.; FERNANDES, J. U. J. Breves comentários à lei da responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional e estrangeira. In: NASCIMENTO, M. D. do (Org.). *A lei anticorrupção empresarial: aspectos críticos à lei nº 12.846/2013*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 29-58.

37 CAMPANTE, Rubens Goyatá. O patrimonialismo em Faoro e Weber e a sociologia brasileira. *Revista Dados*, Rio de Janeiro, v. 46, n. 1, p. 153-193, 2003. Disponível em: <<http://www.scielo.br/cgi-bin/wxis.exe/iah/>>. Acesso em: 28 dez. 1012.

agentes suspeitos de terem infringido a lei; pelo contrário, se colaborar com as investigações, poderá ser beneficiada com a redução das sanções previstas.

Referente ao sistema de integridade, a Lei Anticorrupção perdeu a oportunidade de regular melhor os instrumentos de *compliance*, uma vez que apenas trouxe no artigo 7º, inciso VIII, que a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditorias e denúncias de irregularidades pode atenuar as sanções administrativas. Deveria ter descrito essas medidas levando em conta que não basta alegar a existência de um programa de *compliance* se este for insuficiente ou apenas existir formalmente. O parágrafo único desse artigo dispõe que o regulamento do Poder Executivo federal irá descrever os parâmetros para o cálculo das sanções administrativas. Em cumprimento a essa imposição, em março de 2015 o Decreto 8.420 entrou em vigor, o qual também dedicou insuficiente tratamento e detalhamento aos programas de *compliance*, que ainda precisam ser melhor compreendidos no Brasil, pois se trata de novo instrumento e, devido aos benefícios que possuem, podem ser usados como forma de fugir do rigor das sanções previstas na Lei 12.846/2013. Eles são importantes instrumentos para implementar uma cultura ética no campo privado, haja vista aquilo que anteriormente foi trabalhado.

Uma das falhas importantes, sob a ótica deste trabalho, refere-se ao fato de não ter previsto maior publicidade nos processos investigativos. Se o processo judicial está coberto pelo manto da publicidade, deveria o processo administrativo também submeter-se a ele. Nesse sentido a Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/13), no artigo 6º, cumpre, em certa medida, essa orientação. No inciso segundo, impõe a obrigação de “publicação extraordinária da decisão condenatória”, que ocorrerá a expensas da pessoa jurídica, em meios de comunicação de grande circulação na área da prática da infração e de atuação da pessoa jurídica ou, na sua falta, em publicação de circulação nacional, bem como por meio de afixação de edital, pelo prazo mínimo de 30 (trinta) dias, no próprio estabelecimento ou no local de exercício da atividade, de modo visível

ao público, e no sítio eletrônico na rede mundial de computadores. Essa imposição permite que a sociedade civil tenha conhecimento das infrações que a empresa cometeu e a partir daí possa ficar mais atenta em controlar outros contratos que o poder público venha a fazer com ela. No artigo 24 do Decreto 8.240/15³⁸ ficou melhor detalhado o prazo e o número de vezes que ocorrerão essas publicações.

Para fazer esse controle, a lei também criou o Cadastro Nacional de Empresas Punidas (Cnep). Referente aos órgãos cadastrais, o decreto regulamentou no artigo 43 o Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (Ceis), destinado a assuntos pertinentes a contratos e licitação; e o Cadastro Nacional de Empresas Punidas (Cnep), que conterà informações referentes às empresas punidas em processo administrativo de responsabilização (PAR), previsto na Lei Anticorrupção. Porém, os dois instrumentos legais em análise perderam a oportunidade de dar maior publicidade às informações referentes às empresas punidas e demais informações que comprometem a moral pública que vem à tona no PAR, haja vista que nem a Lei Anticorrupção tampouco seu decreto regulamentador previram a possibilidade de a população acompanhar o andamento dos processos ou solicitar informações referentes a ele. Apenas a fim de demonstrar essa afirmativa, o artigo 48 do decreto determina: “O fornecimento dos dados e informações de que tratam os art. 43 a art. 46, pelos órgãos e entidades dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário de cada uma das esferas de governo, será disciplinado pela Controladoria-Geral da União”. Dessa forma, as informações necessárias para as escolhas racionais e a sustentabilidade ética não

38 Art. 24. A pessoa jurídica sancionada administrativamente pela prática de atos lesivos contra a administração pública, nos termos da Lei no 12.846, de 2013, publicará a decisão administrativa sancionadora na forma de extrato de sentença, cumulativamente:

I - em meio de comunicação de grande circulação na área da prática da infração e de atuação da pessoa jurídica ou, na sua falta, em publicação de circulação nacional;

II - em edital afixado no próprio estabelecimento ou no local de exercício da atividade, em localidade que permita a visibilidade pelo público, pelo prazo mínimo de trinta dias; e

III - em seu sítio eletrônico, pelo prazo de trinta dias e em destaque na página principal do referido sítio.

Parágrafo único. A publicação a que se refere o *caput* será feita a expensas da pessoa jurídica sancionada.

serão apropriadas pela sociedade civil, a maior interessada em fazer o controle da corrupção.

Perdeu-se, assim, uma grande oportunidade para impor o dever de transparência e de informação para as empresas que contratam com o poder público, valores tão nobres para construir uma cultura de moralidade pública extensiva tanto ao Estado como à iniciativa privada. Essa situação limita a participação, fazendo com que as informações importantes, como, por exemplo, de um processo de investigação de envolvimento de pessoa jurídica, não sejam divulgadas. Corre-se o risco, por meio dessa sistemática, de que os controles institucionais se transformem em uma forma de violência estrutural, na qual apenas aparentam assegurar a participação social, sem, contudo, haver essa participação.

Feitos esses apontamentos, parte-se, a seguir, às considerações finais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Defende-se a ideia de haver uma política que estimule a implementação de sistema de integridade eficiente no interior das empresas, por acreditar que a *compliance* é uma importante ferramenta de sustentabilidade ética que precisa ser ampliada. Além disso, os processos de responsabilização previstos na Lei Anticorrupção precisam ter uma visibilidade maior do que a regulamentação que hoje recebem, de modo a permitir que a sociedade civil tenha informações referentes ao PAR, para atuarem como fiscais da moralidade pública. Assim, viabilizar-se-á uma política de sustentabilidade ética, que demanda maior transparência na gestão das empresas que contratam com o poder público.

REFERÊNCIAS

CAMPANTE, Rubens Goyatá. O patrimonialismo em Faoro e Weber e a sociologia brasileira. *Revista Dados*, Rio de Janeiro, v. 46, n. 1, p. 153-193, 2003. Disponível em: <<http://www.scielo.br/cgi-bin/wxis.exe/iah/>>. Acesso em: 28 dez. 2012.

CLAYTON, Mona. Entendendo os desafios de compliance no Brasil: um olhar estrangeiro sobre a evolução do compliance anticorrupção num país emergente. In: ADEBBIO, A. D.; MAEDA, B. C.; AURES, C. H. da S. (Orgs.). *Temas de anticorrupção & compliance*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 149-166.

CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. OCDE. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/ocde/sobre/informacoes/index.asp>>. Acesso em: 09 jun. 2014.

CORRÊA, Isabela Morreira. Sistema de integridade: avanços e agenda de ação para a administração pública federal. In: AVRITZER, L.; FILGUEIRAS, F. *Corrupção e sistema político no Brasil*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011. p. 163-190.

COSTA, K. A.; FERNANDES, J. U. J. Breves comentários à lei da responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional e estrangeira. In: NASCIMENTO, M. D. do (Org.). *A lei anticorrupção empresarial: aspectos críticos à lei nº 12.846/2013*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 29-58.

DOWBOR, Ladislau. *Informação para a cidadania e o desenvolvimento sustentável*. Disponível em: <<http://dowbor.org>>. Acesso em: 4 jun. 2014.

FILGUEIRAS, Fernando. República, confiança e sociedade. *Dados: Revista de Ciências Sociais*, v. 50, n. 4, p. 863-897, 2007.

_____. Transparência e controle da corrupção no Brasil. In: AVRITZER, L. et al. (Orgs.). *Corrupção e sistema político no Brasil*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011. p. 133-162.

KANT, Emanuel. *À paz perpétua*. Tradução de Marco Zingano. Porto Alegre: L&PM, 2010.

MAEDA, Bruno Carneiro. Programa de compliance anticorrupção: importância e elementos essenciais. In: ADEBBIO, A. D.; MAEDA, B. C.; AURES, C. H. da S. (Orgs.). *Temas de anticorrupção & compliance*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 167-201.

MARTÍ, José Luis. *La república deliberativa: una teoría de la democracia*. Madrid: Marcial Pons, 2006.

MCGUFFEY, Kristen; SOLDAN, Thomas C. *Right-sizing: customizing compliance*

to the small corporation. Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:vAZGMtFOh7YJ:www.pli.edu/emktg/compliance_coun/Right_Sizing19.doc+&cd=2&hl=pt-BR&ct=clnk> Acesso em: 21 ago. 2014.

ROSE-ACKERMAN, Susan. *La corrupción y los gobiernos: causas, consecuencias y reforma*. Madrid: Siglo Veinteuno, 2001.

TABORDA, Maren Guimarães. *O princípio da publicidade e a participação na administração pública*. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/7472/000545875.pdf?sequence=1>>.

WORLD COMPLIANCE. Foreign Corrupt Practices Act (FCPA). Disponível em: <<http://www.worldcompliance.com/en/resources/white-papers/foreign-corruption-practices-act.aspx>>. Acesso em: 01 jun. 2014.

¿COOPERACIÓN ANTICORRUPCIÓN EN EL MERCOSUR? UN ANÁLISIS DEL PERÍODO 2003-2015¹

LEONARDO GRANATO²

RESUMEN: El estudio de las políticas públicas anticorrupción es un fenómeno relativamente nuevo en América Latina. Atento a que las Convenciones Interamericana y de Naciones Unidas de combate a la corrupción, de 1996 y 2003, respectivamente, establecen la necesidad de profundizar la cooperación de forma complementaria y convergente a los esfuerzos nacionales en la materia; en este trabajo se propone un estudio sobre el lugar ocupado por la lucha contra la corrupción en la agenda del Mercosur en el período 2003-2015, y de sus expresiones en la institucionalidad del bloque. En la primera sección, se llevará a cabo un abordaje histórico de la gestación y desarrollo del proceso que culminó en la aprobación de los mencionados instrumentos internacionales, mientras que, en la segunda parte, serán presentados los resultados de la investigación conforme el objetivo trazado inicialmente. Finalmente, se concluye acerca de los desafíos a ser enfrentados por el Mercosur en lo relativo a esta temática.

PALABRAS-CLAVES: Políticas públicas. Corrupción. Mercosur.

Resumo: O estudo das políticas públicas anticorrupção é um fenômeno relativamente novo na América Latina. Atento ao fato de que as Convenções Interamericana e das Nações Unidas de combate à corrupção, de 1996 e 2003, respectivamente, têm estabelecido a necessidade de aprofundar a cooperação de forma comple-

1 Artigo produzido no grupo de pesquisa “Patologias Corruptivas”, vinculado ao Centro de Estudos e Pesquisas em Políticas Públicas, da Unisc, e do PPGD da mesma instituição, coordenado pelo prof. dr. Rogério Gesta Leal. Trabalho apresentado e selecionado no I Seminário Nacional Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis, realizado nos dias 22 e 23 de outubro de 2015, na Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público.

2 Professor doutor do Centro de Estudos e Pesquisas em Políticas Públicas, da Unisc, e do PPGD da mesma instituição.

mentária e convergente aos esforços nacionais nessa matéria, neste trabalho propõe-se um estudo sobre o lugar do combate à corrupção na agenda do Mercosul, no período 2003-2015, e de suas expressões na institucionalidade do bloco. Na primeira seção deste trabalho, será feita uma abordagem histórica da gênese e do desenvolvimento do processo que terminou com a aprovação dos mencionados instrumentos internacionais, enquanto que, na segunda parte, serão apresentados os resultados da pesquisa conforme o objetivo traçado inicialmente. Finalmente, conclui-se acerca dos desafios enfrentados pelo Mercosul nessa temática.

PALAVRAS-CHAVE: Políticas públicas. Corrupção. Mercosul.

ABSTRACT: *The study of anti-corruption public policy is a relatively new in Latin America. The Inter-American Convention against Corruption (1996) and the United Nations Convention against Corruption (2003) recognize the international reach of corruption and the need to promote and facilitate cooperation between states in order to fight against it. This paper aims to analyze and discuss the place occupied by the fight against corruption on the Mercosur's agenda in the period 2003-2015. A historical overview will be provided starting at the US FOREIGN CORRUPT PRACTICES ACT (FCPA) of 1977, to the present, describing the main features of the origins and negotiation process of the Conventions. Later, the results of the investigation will be discussed. The article concludes with some brief final considerations.*

KEYWORDS: *Public policies. Corruption. Mercosur.*

INTRODUCCIÓN

Entre las diversas problemáticas que enfrentan las sociedades modernas se encuentra la corrupción, afectando a todos los países por igual, sin distinguir por región geográfica, nivel de desarrollo o riqueza, sistema político, o por cualquier otro criterio posible. Tal como ha sido concebida por Leal (2013, 2015) y Leal & Silva (2014), la corrupción es un fenómeno de naturaleza compleja y de carácter multidimensional que genera serias consecuencias para los países y sus ciudadanos, afectando la gobernabilidad, debilitando el Estado Democrático de Derecho y la legitimidad de las instituciones, y quebrantando la integridad nacional y la confianza en los poderes públicos.³

El adoptar un enfoque plural y multidisciplinar de la corrupción permite pensarla y estudiarla a través de sus diferentes aristas, matices y expresiones. En este trabajo, la corrupción es pensada como un proble-

³ Sobre estos conceptos, véase Leal (2006); Berthin Seles (2008); Granato & Oddone (2010).

ma público global, de lo cual deviene necesariamente su carácter de asunto “interméstico” (PUTNAM, 1996) o de “preocupación internacional” (FERREIRA & MOROSINI, 2013), en el que se justifica la participación del Estado, las políticas y recursos públicos, por sobreentenderse que, a diferencia del resto de los problemas, no existen remedios o soluciones privadas, y menos aún, estrictamente nacionales. De esta forma, este encuadre permite comprender por qué ante este fenómeno transnacional, que desconoce fronteras y que erosiona los más básicos elementos constitutivos de las relaciones entre el Estado y la sociedad, hace poco más de quince años los esfuerzos internacionales, de cooperación intergubernamental, vienen orientándose a la construcción y definición de parámetros comunes de lucha a partir de la armonización de las legislaciones nacionales.

Así como para otros países y continentes, para América Latina en particular, conjuntamente con la transición de regímenes autoritarios para sistemas más democráticos, tales esfuerzos de cooperación se han revelado como procesos inductores de nuevas medidas para el combate contra la corrupción y para el perfeccionamiento de las existentes, garantizándose la multilateralización, *aún en construcción*, de un mínimo estándar normativo en el continente.

Si bien los resultados de este proceso que se inició con las discusiones sobre el soborno en el ámbito de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) a fines de la década de los años '80, y que continuaron, a nivel hemisférico, en la Organización de Estados Americanos (OEA), y a nivel global, en la propia Organización de Naciones Unidas (ONU), solo podrán ser evaluados con el pasar tiempo; conforme señala Berthin, estos esfuerzos “ya forman parte de una plataforma básica desde donde se pueden lanzar y proyectar otras iniciativas de mediano y largo aliento, quizá más estratégicas y dentro del marco del ciclo de las políticas públicas en pro de la transparencia y en contra de la corrupción” (BERTHIN SILES, 2008, p. 148).

En este contexto cooperativo anticorrupción, cuyas más importantes expresiones son la Convención Interamericana y la Convención de

Naciones Unidas en la materia, el objetivo de este trabajo es analizar el lugar ocupado por este tema en la agenda del Mercosur⁴, así como sus manifestaciones institucionales, en el período de 2003 a 2015, entendiendo que el combate a la corrupción debe dejar de ser pensando como un *fin en sí mismo*, para pasar a ser componente estratégico de la gobernabilidad regional, debido a que los esfuerzos para llevar adelante esta lucha promueven el perfeccionamiento de los controles internos de las administraciones públicas de los países integrantes del proceso de integración regional.

Este objetivo se justifica, en primer lugar, porque todos los países miembros (plenos y asociados) también son partes signatarias de las convenciones internacionales antes mencionadas; en segundo lugar, con relación al período a estudiar, porque podría esperarse que a partir de 2002/2003 los países miembros del Mercosur comenzasen a dar cuenta de los esfuerzos anticorrupción emprendidos nacionalmente en el marco del Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción (MESICIC) y en función de la propia Convención de la ONU; y en tercer lugar, porque solamente a partir de la “reformulación” operada en el bloque mercosureño a partir de 2003, se hizo presente la adopción de nuevos temas desafiantes del esquema mercantilista adoptado durante la etapa neoliberal, en los que podría enmarcarse la lucha contra la corrupción.

Con relación a la descripción del trabajo, el mismo está conformado por cuatro apartados, que incluyen esta introducción y las conclusiones. En la segunda sección será abordado, desde una perspectiva histórica, la evolución del proceso de construcción de espacios comunes de combate a la corrupción, materializados en las Convenciones de la OEA, de 1996 y de la ONU, de 2003. La tercera sección está destinada a analizar el lugar ocupado por el tópico anticorrupción en la agenda regional del Mercosur, así como sus manifestaciones en el ámbito de la estructura

4 Acrónimo de “Mercado Común del Sur”, proceso intergubernamental de integración regional, integrado actualmente por Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay y Venezuela, en carácter de miembros plenos. Bolivia se encuentra en proceso de adhesión.

institucional del bloque. Finalmente, serán efectuados los comentarios finales a partir de una reflexión sobre los desafíos en la materia a ser enfrentados por los países del Mercosur.

EL COMBATE CONTRA LA CORRUPCIÓN EN LAS AGENDAS HEMISFÉRICA E INTERNACIONAL

Hasta inicios de la década de 1990, momento en el cual se afirmó la búsqueda de un estándar internacional contra el soborno y la corrupción, la lucha contra el flagelo de la corrupción no integró la agenda internacional debido al entendimiento por parte de muchos países de que ese asunto debía ser tratado dentro del contexto de cada realidad nacional.

Tal como se desprende de la lectura de Kochi (2002), la génesis de tal afirmación de búsqueda puede ser encontrada en los Estados Unidos, particularmente en la *Foreign Corrupt Practices Acts of 1977* (FCPA), que penalizaba el pago de sobornos de firmas estadounidenses a funcionarios públicos extranjeros. Según el autor, la FCPA nació como medida para restaurar la confianza de las empresas y el gobierno de los Estados Unidos, tras una serie de investigaciones que tuvieron lugar en la década de setenta y que revelaron que más de 400 compañías estadounidenses habían efectuado pagos ilegales a funcionarios públicos, políticos y partidos políticos extranjeros por un monto superior a los 300 millones de dólares (KOCHI, 2002).

Como en la gran mayoría de los países el soborno constituía un delito solo cuando era practicado con funcionarios nacionales, y no cuando involucraba a funcionarios extranjeros (pudiendo deducir de la declaración de impuestos el monto del soborno entregado fuera de las fronteras nacionales), desde la entrada en vigor de la FCPA, muchas empresas estadounidenses alegaron la existencia de una desventaja competitiva con relación a sus rivales de Europa y Japón, principalmente. Por esta razón, a petición del sector privado, el gobierno de los Estados Unidos comenzaría, según Vargas (2004), a presionar para incluir el tema del

soborno internacional en la agenda de los principales foros multilaterales de la época, entre ellos, en la OCDE y en la ONU. De cualquier forma, como para varios países llegar a un acuerdo sobre este particular constituía un intento más de extender la política unilateral estadounidense fuera de su territorio, la falta de consenso al interior de ambas organizaciones hizo con que los borradores de un eventual acuerdo en la materia fueran dejados sin efecto, y consecuentemente, con que el tema quedara sepultado durante casi dos décadas.

A fines de la década de 1980 el contexto internacional parecía dar señales de cambio con relación a tratar temas como el soborno y la corrupción. Glynn, Kobrin & Naím (1997) mencionan como ejemplos de ese cambio, la aprobación de la Convención de Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988, y el inicio de las discusiones y negociaciones en el ámbito de la OCDE de un acuerdo que prohibiese y sancionase el soborno efectuado por empresas nacionales a los funcionarios públicos extranjeros.

Ya a partir de la asunción del presidente Clinton en 1993, la lucha contra el soborno y la corrupción, entendida esta como la internacionalización de las reglas de la FCPA, se convirtió en una de las áreas prioritarias de la acción internacional de los Estados Unidos. Según autores como Elliot (1997) y Kochi (2002), la principal preocupación del gobierno, en un contexto de desregulación y liberalización del comercio y las inversiones, era la de propiciar un marco más “justo” donde las empresas estadounidenses pudieran competir, suprimiendo cualquier “desventaja competitiva” que la FCPA pudiera ocasionar a las empresas del país del Norte frente a sus rivales del extranjero.

De esta forma, hacia 1994, producto de múltiples debates y negociaciones, fue aprobada, en el ámbito de la OCDE, la Recomendación para que todos los Estados miembros tomaran las medidas necesarias a los fines de detectar, prevenir y combatir el soborno de funcionarios públicos extranjeros que estuvieran ligados con las transacciones comerciales internacionales. El paso a seguir fue, en diciembre de 1997, la aprobación de la Convención para la Represión del Cohecho en las

Transacciones Comerciales Internacionales⁵ que penaliza ofrecer, prometer o dar sobornos a los funcionarios públicos extranjeros con el fin de obtener o retener transacciones comerciales internacionales.

Paralelamente al proceso de negociación de las directrices anticorrupción de la OCDE, en el ámbito hemisférico, la OEA también dará inicio a un camino semejante. En 1992, la Asamblea General de la OEA encomendó al Consejo Interamericano Económico y Social que incorporase el tema de las prácticas corruptas en el comercio internacional en la agenda sobre los desafíos económicos y sociales para la década de los años '90 y que elaborase un estudio sobre los efectos nocivos de las prácticas corruptas.⁶ Hacia 1994, una serie de discusiones al interior del organismo fueron preparando las condiciones necesarias para que la Asamblea General instruyera al Consejo Permanente el establecimiento de un nuevo Grupo de Trabajo, llamado de “Probidad y Ética Cívica”, que tendría entre sus cometidos iniciales, el de elaborar recomendaciones sobre mecanismos jurídicos para controlar el problema de la corrupción con pleno respeto a la soberanía de los Estados miembros.⁷

Otro paso importante en la institucionalización del combate a la corrupción en el ámbito interamericano se dio a partir de la inclusión de este tema en la agenda de la Primera Cumbre de las Américas que se celebró en Miami, Florida, en diciembre de 1994. En la propia Declaración de Principios de esta Cumbre se estableció que “la democracia efectiva requiere que la corrupción sea combatida de manera integral, toda vez que constituye un factor de desintegración social y de distorsión del sistema económico que socava la legitimidad de las instituciones políticas”.⁸

Esta Cumbre aprobó 59 mandatos basados en 23 temas, entre ellos, la lucha contra la corrupción. Se reconoció que “el problema de la cor-

5 Para ampliar informaciones, véase George, Lacey & Birmele (2000).

6 Véase Resolución no. 1159 (XXII-0/92) de la Asamblea General de la OEA. Disponible en: <<http://www.oas.org/juridico/spanish/ag-res97/Res1159.htm>>. Acceso en: 08 set. 2015.

7 Véase Resolución no. 1294 (XXIV-0/94) de la Asamblea General de la OEA. Disponible en: <<http://www.oas.org/juridico/spanish/ag-res97/Res1294.htm>>. Acceso en: 08 set. 2015.

8 Declaración de Principios de la Primera Cumbre de las Américas, de 1994. Disponible en: <http://www.summit-americas.org/i_summit/i_summit_dec_sp.pdf>. Acceso en: 01 set. 2015.

rupción es hoy día un asunto de primordial interés no solamente en este Hemisferio, sino también en todas las regiones del mundo”.⁹ Durante la Cumbre se formuló el Plan de Acción en el cual se dedica un capítulo a la problemática de la corrupción. En este capítulo los jefes de estado se comprometieron, entre otros puntos, a desarrollar en la OEA, con la debida consideración de los tratados y las leyes nacionales pertinentes, un enfoque hemisférico sobre los actos de corrupción en los sectores público y privado, a través de la negociación de un nuevo acuerdo hemisférico o de nuevos arreglos dentro de los marcos existentes para la cooperación internacional.¹⁰

En referencia al último punto sobre desarrollar en la OEA un “enfoque hemisférico” sobre los actos de corrupción, un proyecto de convención fue presentado a un grupo de expertos del citado organismo que, conjuntamente con el Comité Jurídico Interamericano, efectuaron sus consideraciones que permitieron, a partir de una serie de reuniones sucesivas en Washington, arribar a la versión final y posterior aprobación, en 1996, de la Convención Interamericana contra la Corrupción, un instrumento vinculante por medio del cual los países signatarios se comprometieron a impulsar cambios en sus legislaciones nacionales para coordinar de forma plurilateral el combate contra el flagelo en cuestión (MANFRONI, 1997; HUBER, 2002).

La Convención Interamericana contra la Corrupción entró en vigencia en 1997¹¹, convirtiéndose en el primer tratado internacional de su tipo. Ese mismo año, la OEA aprobó la creación del Programa Interamericano de Cooperación para Combatir la Corrupción¹² que, según López (2003), le daría un sentido orgánico y funcional a la lucha contra el mencionado flagelo en el ámbito de la organización, y en 2002 entró en

9 Plan de Acción de la Primera Cumbre de las Américas. Disponible en: <http://www.summit-americas.org/i_summit/i_summit_poa_sp.pdf>. Acceso en: 01 set. 2015.

10 Plan de Acción de la Primera Cumbre de las Américas. Disponible en: <http://www.summit-americas.org/i_summit/i_summit_poa_sp.pdf>. Acceso en: 01 set. 2015.

11 El estado de firmas y ratificaciones puede ser consultado en: <<https://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-58.html>>. Acceso en: 30 ago. 2015.

12 Véase Resolución no. 1477 (XXVII-0/97) de la Asamblea General de la OEA. Disponible en: <<http://www.oas.org/juridico/spanish/ag-res97/res1477.htm>>. Acceso en: 08 set. 2015.

vigencia el mecanismo para dar seguimiento a los compromisos asumidos por los Estados partes (MESICIC).

Por su parte, un año después, en 2003, fue aprobada la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, primer instrumento global legalmente vinculante a la lucha contra la corrupción, que introduce un conjunto cabal de normas, medidas y reglamentos que pueden aplicar todos los países para reforzar sus regímenes jurídicos y reglamentarios en la materia. Según López (2003), esta Convención comenzó a gestarse durante la celebración de la Asamblea General de Naciones Unidas en diciembre de 2000, momento en el cual se reconoció la necesidad de que tal entidad multilateral promoviese la adopción de un “instrumento jurídico internacional eficaz contra la corrupción”.¹³ La negociación del tratado quedó a cargo de una comisión adscripta a la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito y se desarrolló entre enero de 2002 y octubre de 2003, año en el cual se procedió a la aprobación del proyecto de acuerdo y a la apertura de firmas en la conferencia celebrada en Mérida, México, del 9 al 11 de diciembre de 2003. En el caso de los países de América Latina, únicamente Cuba y Honduras no suscribieron la Convención durante la apertura.

En suma, la trayectoria descrita revela la creciente importancia que el combate de la corrupción fue adquiriendo en la arena internacional. Como ya fue mencionado en la introducción al presente trabajo, el carácter interméstico de este fenómeno se manifestará en el mandato de las Convenciones mencionadas de establecer mecanismos de cooperación intergubernamental para combatir la corrupción de una manera más eficaz.¹⁴ De esta forma, en la próxima sección, el trabajo será orientado a investigar si la lucha contra este asunto de preocupación común ocupó un lugar en la agenda del Mercosur, en el período de 2003

13 Véase Resoluciones nos. 55/61 y 55/188, del 4 y 20 de diciembre de 2000, respectivamente. Disponibles en: <https://www.unodc.org/pdf/crime/a_res_55/res5561s.pdf>; <https://www.unodc.org/pdf/crime/a_res_55/res55188s.pdf>. Acceso en: 30 set. 2015.

14 Tal cooperación puede expresarse en diferentes formas, que pueden ir desde el intercambio de buenas prácticas, extradición, recuperación de activos, hasta asistencia judicial recíproca, entre otras.

a 2015, y de haberlo hecho cuales fueron sus resultados más expresivos en términos institucionales.

EL COMBATE A LA CORRUPCIÓN EN LA AGENDA DEL MERCOSUR

En apretada síntesis, podemos decir que el Mercosur se basa en la tradicional cooperación estratégica de Argentina y Brasil; en la conquista histórica de ambos actores de haber eliminado la hipótesis de conflicto con el país vecino. El Mercosur se inició con el retorno de las democracias en los años '80, se adaptó a la globalización neoliberal, y después de 2003, con la llegada de los gobiernos de Néstor Kirchner (2003-2007) y de Lula da Silva (2003-2006; 2007-2010), este bloque fue “reformulado”, adquiriendo un carácter mucho más amplio al meramente económico-comercial, plasmado originalmente en el Tratado de Asunción de 1991 (GRANATO, 2015).

Esa ampliación o redimensionamiento del proceso de integración encontró su norte en convertirse en una herramienta al servicio de los respectivos proyectos nacionales de desarrollo, teniendo en la inclusión social y productiva, en la profundización del proceso de aproximación de las sociedades y en la creación de una identidad común, sus principales dimensiones.

Uno de los principales objetivos del proceso de integración del Mercosur a partir de 2003 fue construir un espacio regional común que además de ampliar las oportunidades de generación de empleo, inversiones, energía, infraestructura y comercio, se constituya en una verdadera estrategia de desarrollo productivo y bienestar social. Este es, en definitiva, el modelo de inserción que ha venido impulsado la alianza argentino-brasileña, con expresivo apoyo del resto de los países miembros, y materializado en los llamados “Consenso de Buenos Aires” y “Compromiso de Puerto Iguazú”, de octubre de 2003 y noviembre de 2005, respectivamente.

De esta forma, este “cambio de visión” en la forma de concebir y

organizar el Mercosur, y las políticas consecuentes, tuvieron un fuerte impacto en la institucionalidad del bloque, creándose un nuevo patrón de cooperación e integración (SARTI, 2014). Sin dejar de lado el capítulo económico-comercial, nuevas dimensiones emergieron en el bloque favoreciendo avances en los temas más variados.

No obstante ello, en referencia al tópico objeto de estudio, una primera aproximación parecería no ser suficiente para afirmar un cierto registro de avances. De esta manera, a los fines de verificar empíricamente si la lucha contra la corrupción ocupó un lugar en la agenda del Mercosur, se corroboró, en primer lugar, la inexistencia de una convención, tratado o declaración especial en la materia a nivel subregional¹⁵; en segundo lugar, se efectuó un relevamiento de los comunicados conjuntos de los presidentes de los Estados partes y asociados del bloque¹⁶, de 2003 a 2015; y en tercer lugar, se buscó identificar si en tales comunicados se exteriorizaban y se hacían explícitas las preocupaciones con relación a este asunto.

De los 34 comunicados conjuntos analizados, solamente en 5 de ellos se hace referencia al tema de corrupción. En la primera declaración, del 17 de diciembre de 2004, los presidentes destacaron, en el punto 20, “el papel fundamental que la lucha contra la corrupción y la impunidad tienen en la consolidación y fortalecimiento de nuestras democracias”. Ya en el comunicado conjunto del 9 de diciembre de 2005,

15 Al respecto, cabe comentar que existen otras experiencias de integración regional que sí cuentan con un acuerdo de este tipo. Entre tales experiencias es posible mencionar los casos de la Unión Europea (UE), que aprobó el convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la UE, de 1997; de la Southern African Development Community, que aprobó el Protocol Against Corruption, de 2001; y de la Comunidad Andina, que aprobó, mediante Decisión no. 668, de 2007, el Plan Andino de Lucha contra la Corrupción.

16 Conforme a lo establecido en el Protocolo de Ouro Preto, el Consejo del Mercado Común (órgano superior del Mercosur al cual incumbe la conducción política del proceso de integración, integrado por los ministros de Relaciones Exteriores y de Economía) se reunirá todas las veces que lo estime oportuno, debiendo hacerlo por lo menos una vez por semestre con la participación de los presidentes de los Estados partes. Como resultado de tales reuniones (ordinarias o extraordinarias) se emiten declaraciones o comunicados conjuntos. Corresponde aclarar, también, que tales documentos fueron recopilados a partir del buscador/base de datos “Documento en línea”, disponible en el sitio oficial de la Secretaría del Mercosur: <<http://www.mercosur.int/innovaportal/v/5793/4/innova.front/documentacion-oficial-del-mercosur>>.

los mandatarios manifestaron “el decidido compromiso de sus Gobiernos en la lucha contra la corrupción, así como en promover una mayor cooperación en las áreas de asistencia judicial mutua, cuando sea apropiado, en materia de extradición, de la recuperación de activos y de los dineros provenientes de la corrupción” (punto 6).

De alguna manera, considerando la cercanía temporal de la firma y entrada en vigencia de la Convención de la ONU contra la corrupción con las declaraciones antes citadas, sería posible identificar la colocación de este asunto en la agenda regional como resultado del ímpetu y movilización generados por el citado instrumento global. Asimismo, entre 2004 y 2005, es posible identificar, además, la creación de dos instancias institucionales el Mercosur con implicancias directas en la prevención, investigación y sanción de prácticas corruptivas. Una de ellas es la Reunión Especializada de Organismos Gubernamentales de Control Interno (REOGCI), aprobada mediante Decisión CMC no. 34, de 16 de diciembre de 2004; y la segunda, es la Reunión Especializada de Ministerios Públicos del Mercosur (REMPM), aprobada por la Decisión CMC no. 10, de 19 de junio de 2005.

En referencia a la REOGCI, que solo comenzó a funcionar en 2006, la importancia de articulación de esfuerzos conjuntos por parte de los órganos de control de cada uno de los países miembros del Mercosur en la materia es indiscutible. A pesar de ello, del relevamiento y análisis de documentación relacionada a las 7 reuniones llevadas a cabo hasta el momento, entre 2006 y 2015¹⁷, surge que solamente en 2014, después de retomar las reuniones que no se realizaban desde 2009, se mostró algún avance.

En la reunión de 2014, que tuvo lugar en Buenos Aires, se acordó la creación de un Centro de Investigación, Capacitación y Desarrollo de Control Interno del Mercosur, buscando avances concretos en capacitación e intercambio de buenas prácticas; y se propuso considerar la “Revisión entre Pares” entre organismos gubernamentales de control

17 En este caso, también fue utilizado el buscador “Documentos en línea” del sitio de la Secretaría del Mercosur, así como el propio sitio de la REOGCI: <<http://www.reogci.org>>.

interno, cuestión que fue postergada en la reunión de 2015 por no considerarse oportuna su implementación en el ámbito del grupo, “debido a las distintas realidades de funcionamiento de los órganos”, dejándose abierta la posibilidad de que los países miembros del bloque entablen acciones de revisión de forma bilateral. Lamentablemente, ello refleja la falta de voluntad política de establecer relaciones maduras y de verdadera interdependencia en este ámbito, sobre todo considerando que las diferencias en el ámbito interamericano resultan mucho mayores a las diferencias entre los países del Mercosur, y sin embargo el mecanismo de seguimiento por pares ha venido funcionando sin mayores dificultades.¹⁸

Con relación a la REMPM, si bien se afirma que el combate a la corrupción es misión, función y destino prioritario de los Ministerios Públicos del Mercosur, del relevamiento de las agendas de las 22 reuniones ininterrumpidas que tuvieron lugar entre 2006 y 2015 no surgen propuestas de articulación concretas para el perfeccionamiento de la lucha contra este tema¹⁹. En este sentido, cabe mencionar que ni siquiera el “Acuerdo sobre la Orden Mercosur de Detención y Procedimientos de Entrega”, aprobado por Decisión CMC no. 48, de 16 de diciembre de 2010, para facilitar la detención de prófugos, ha sido aún implementada.

Retomando la secuencia de las declaraciones presidenciales propuesta al comienzo de esta sección, ya en el comunicado conjunto del 29 de junio de 2007, los presidentes reiteraron su compromiso en la

18 En este contexto, no resulta llamativo que la creación de un órgano superior de control público en el Mercosur sea todavía una tarea pendiente de resolución. Cabe aclarar que el Foro Consultivo Económico-Social, a través de la Recomendación no. 3, del 12 de septiembre de 2012, instó al estudio de las medidas conducentes para la creación y puesta en funcionamiento de una entidad de fiscalización superior con competencia en la auditoría y fiscalización de las cuentas y operaciones de los organismos y fondos del Mercosur. A pesar de ello, un avance que sí merece ser mencionado es la aprobación, mediante Decisión CMC no. 15, del 16 de julio de 2015, del compendio de “Normas Generales para los Funcionarios Mercosur”, que prevé un Código de Ética, con normas de conducta y un régimen disciplinario.

19 De cualquier manera, cabe agregar que el rol del Ministerio Público en el proceso penal, combate al narcotráfico y al lavado de dinero, restitución de vehículos automotores robados o hurtados, delitos informáticos, trata de personas, entre otros, son ejemplos de los temas que la REMPM han venido trabajando, y que, de alguna manera están vinculados a la lucha contra la corrupción.

lucha contra la corrupción y saludaron la incorporación del tema en la agenda del Foro de Consulta y de Concertación Política (FCCP).²⁰ Asimismo, los mandatarios señalaron la importancia “de la cooperación como medio para el combate a la corrupción”, y reafirmaron “el compromiso de combatir la corrupción como requisito indispensable para fortalecer y resguardar el sistema democrático, consolidar la legitimidad institucional y como mecanismo para potenciar el desarrollo integral de nuestras naciones” (punto 13).

Por otra parte, habiendo efectuado un relevamiento de la documentación producida en las 62 reuniones del FCCP entre 2007 y 2015²¹, surge un dato poco alentador. En diciembre de 2007, mediante Acta no. 7, fue aprobada la propuesta de la Coordinación Nacional uruguaya en ejercicio de la Presidencia Pro Tempore del FCCP de creación de una “Reunión Especializada de Autoridades competentes en materia de Lucha contra la Corrupción”, con la finalidad de fomentar el diálogo de los órganos de los Estados partes a través del intercambio de experiencias y cooperación técnica sobre las formas y métodos más efectivos para prevenir, detectar, investigar y sancionar los actos de corrupción, de modo a constituirse como una instancia de concertación de posiciones comunes en la materia. Esta propuesta fue elevada al Consejo del Mercado Común pero nunca fue aprobada, y desde ese año hasta 2015, el ímpetu inicial revelado en el Mercosur por coordinar esfuerzos conjuntos en el combate a la corrupción parece haber languidecido en el tiempo.

La única excepción registrada en este período de 2007-2015, es el comunicado conjunto del 29 de junio de 2011 en el que los presidentes reiteraron la voluntad de continuar trabajando conjuntamente en la armonización de las respectivas normativas nacionales en materia de lucha contra la corrupción y la delincuencia organizada transnacional

20 El FCCP es un órgano auxiliar del Consejo del Mercado Común, creado para contribuir a la consolidación y expansión de la dimensión política del bloque, como así también para profundizar el diálogo entre los Estados partes y entre éstos y los países asociados en temas de política externa y de la agenda política común.

21 Para ello también fue utilizado el buscador “Documentos en línea” del sitio de la Secretaría del Mercosur.

mediante la aplicación de las recomendaciones y directrices en el marco de las Convenciones de la OEA y de la ONU en la materia. De cualquier manera, esa retórica política parece no haber sido acompañada por esfuerzos e iniciativas de articulación y cooperación conjunta en el ámbito del Mercosur, a excepción del ya mencionado Acuerdo sobre la Orden Mercosur de Detención.

Finalmente, en 2015, probablemente sobre fuerte influencia de la Presidencia Pro Tempore brasileña del bloque²², en su comunicado del 17 de julio, los presidentes apoyaron la decisión de los ministros de Justicia de los Estados partes y asociados²³ de avanzar en la negociación de un protocolo sobre cooperación jurídica en procedimientos civiles y administrativos contra la corrupción, destacando el objetivo de alinearlos a las más avanzadas políticas contra la corrupción, de modo a enfrentarla con un abordaje más amplio.

En suma, a pesar del mandato de profundizar la cooperación intergubernamental en materia anticorrupción de las Convenciones Interamericana y de Naciones Unidas, así como del nuevo ímpetu integracionista inaugurado en la subregión a partir de 2003, los esfuerzos por colocar el tema del combate a la corrupción en la agenda del Mercosur se han revelado de cierta forma tímidos e insuficientes.

Si bien no se puede discutir la importancia de la creación de instancias tales como la REOGCI y la REMPM, o del establecimiento de medidas sobre cooperación judicial en la materia, el carácter multifacético y transversal de la corrupción, que atraviesa todos los aspectos del quehacer estatal, del sector privado y de la ciudadanía, fundamenta la necesidad de crear instancias especializadas que funcionen como nú-

22 En línea con la reglamentación de la nueva Ley Anticorrupción, no. 12.846 de 2013, mediante Decreto no. 8420 de 18 de marzo de 2015 (a nivel nacional), y con la Declaración Especial sobre Transparencia y Combate a la Corrupción emitida en el marco de la III Cumbre de la Comunidad de Estados de América Latina y del Caribe (CELAC) que tuvo lugar en San José de Costa Rica, en enero de 2015 (a nivel regional).

23 Para verificar si el tema de lucha contra la corrupción había sido preocupación de esta Reunión con anterioridad a la iniciativa mencionada, se efectuó un relevamiento de las agendas de las 23 reuniones realizadas entre 2003 y 2014. La falta de presencia de este tema en tales agendas es indicador, de algún modo, de la falta de prioridad otorgada por el Mercosur a la cooperación judicial en materia anticorrupción.

cleos coordinadores de la diversidad de esfuerzos que se vienen desarrollando, muchas veces de forma desconectada entre sí, en los ámbitos de prevención, investigación y sanción de los actos corruptivos.

CONCLUSIONES

Conforme se ha mencionado en la primera parte de este trabajo, la cooperación internacional a través de instituciones como la ONU o la OEA ha venido desarrollando, a lo largo de las últimas dos décadas, importantes esfuerzos en pos de articular esfuerzos conjuntos en la lucha contra la corrupción. Abordando una amplia gama de aspectos, las Convenciones especializadas en el marco de tales instituciones se han revelado como un importante insumo para la adopción de medidas anti-corrupción por parte de los países de América Latina en general.

En lo atinente al mandato de profundizar las acciones de cooperación y de coordinación contenido en estas Convenciones, el caso analizado en el presente trabajo ha mostrado pocos resultados. A través de un relevamiento y análisis documental, se ha podido comprobar que el combate a la corrupción no ha sido un tema prioritario en la agenda del Mercosur en el período 2003-2015, y que el bloque requiere de un plan de lucha de carácter complementario y convergente a los esfuerzos nacionales que los países miembros vienen realizando en línea de los compromisos asumidos en las Convenciones Interamericana y de Naciones Unidas.

En este sentido, la aprobación de un acuerdo o declaración especial que reafirme la lucha contra la corrupción como una política de carácter permanente en el ámbito subregional, y que sirva como vector, en términos axiológicos y de objetivos, para la generación de políticas específicas en la materia; así como la creación de una instancia especializada en la arquitectura institucional del bloque, deberían ser objeto de discusión en un futuro próximo.

REFERENCIAS

BERTHIN SILES, Gerardo. 2008. Fortalecimiento de la capacidad de formular e implementar políticas de transparencia y anticorrupción en América Latina. *Revista del CLAD Reforma y Democracia*, v. 41, p. 141-172.

ELLIOT, Kimberly Ann. Corruption as an international policy problem: overview and recommendations. In: ELLIOT, K. A. (Ed.). *Corruption and the global economy*. Washington D.C.: Institute for International Economics, 1997.

FERREIRA, Luciano Vaz; MOROSINI, Fabio Costa. A implementação da lei internacional anticorrupção no comércio: o controle legal da corrupção direcionado às empresas transnacionais. *Austral: Revista Brasileira de Estratégia e Relações Internacionais*, v. 02, n. 03, p. 257-277, 2013.

GEORGE, Barbara Crutchfield; LACEY, Kathleen A.; BIRMELE, Jutta. The 1998 OECD Convention: an impetus for worldwide changes in attitudes toward corruption in business transactions. *American Business Law Journal*, v. 37, n. 3, p. 485-525, 2000.

GLYN, Patrick; KOBRIN, Stephen; NAÍM, Moisés. The globalization of corruption. In: ELLIOT, K. A. (Ed.). *Corruption and the global economy*. Washington D.C.: Institute for International Economics, 1997.

GRANATO, Leonardo. *Brasil, Argentina e os rumos da integração: o Mercosul e a Unasul*. Curitiba: Appris, 2015.

_____; ODDONE, Nahuel. Una aproximación teórica a la evolución del Estado y la sociedad en el mundo contemporáneo. *Ámbitos*, v. 23, p. 99-110, 2010.

HUBER, Barbara. La lucha contra la corrupción desde una perspectiva supranacional. *Anales de la Facultad de Derecho*, v. 19, p. 95-115, 2002.

KOCHI, Shigeru. Diseñando convenciones para combatir la corrupción: la OCDE y la OEA a través de la teoría de las relaciones internacionales. *América Latina Hoy*, v. 31, p. 95-113, 2002.

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

_____. *Estado, administração pública e sociedade: novos paradigmas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. (Org.). *Patologias corruptivas: as múltiplas faces da hidra*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2015.

_____; SILVA, Ianaíê S. da (Orgs.). *As múltiplas faces da corrupção e seus efeitos na democracia contemporânea*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2014.

LÓPEZ, Jaime. *Normas y políticas internacionales contra la corrupción*. San Salvador: Probidad, CREA Internacional de El Salvador, Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional, 2003. Disponible en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_reptom_normas.pdf>. Acceso en: 08 set. 2015.

MANFRONI, Carlos. *La convención interamericana contra la corrupción: anotada y comentada*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997.

OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO - UNODC. *Hacia una primera reflexión sobre políticas anticorrupción: algunos insumos para la implementación de la convención de las Naciones Unidas contra la corrupción desde la experiencia de América Latina*. [S.l.]: PNUD - UNODC, 2013.

PUTNAM, Robert. Diplomacia y política nacional: la lógica de los juegos de doble nivel. *Zona Abierta*, v. 74, p. 69-120, 1996.

SARTI, Ingrid. Apresentação: integração sul-americana, os desafios de um projeto estratégico. In: SARTI, I.; MARTINS, J. R. V.; LESSA, M. L.; CARVALHO, G. C. (Orgs.). *Os desafios da integração sul-americana: autonomia e desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Letra e Imagem, 2014.

VARGAS, Edmundo. La lucha contra la corrupción en la agenda regional e internacional. *Nueva Sociedad*, v. 194, p. 133-148, 2004.

LEI ANTICORRUPÇÃO BRASILEIRA: BREVE ESTUDO DA RESPONSABILIDADE DA PESSOA JURÍDICA¹

BRAZILIAN ANTI CORRUPTION LAW: BRIEF STUDY OF THE LIABILITY OF LEGAL PERSON

CHAIENE MEIRA DE OLIVEIRA²

RESUMO: O presente artigo aborda a responsabilização da pessoa jurídica por atos corruptivos, estabelecidos pela Lei Anticorrupção brasileira. A referida lei permite a atribuição de punições administrativas e civis a uma empresa considerada corruptora. Obriga a empresa, na prática, a indenizar os cofres públicos, além de autorizar, em casos extremos, a sua compulsória extinção por ordem judicial. Para isso tratar-se-á, num primeiro ponto, da definição da corrupção, conceituação e dados históricos com relação a ela em nosso país. Finalmente, serão observadas

- 1 Artigo produzido no grupo de pesquisa “Patologias Corruptivas”, vinculado ao Centro de Estudos e Pesquisas em Políticas Públicas, da Unisc, e do PPGD da mesma instituição, coordenado pelo prof. dr. Rogério Gesta Leal. Trabalho apresentado e selecionado no I Seminário Nacional Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis, realizado nos dias 22 e 23 de outubro de 2015, na Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público.
- 2 Chaiene Meira de Oliveira é graduanda do curso de Direito da Unisc. Bolsista de iniciação científica sob orientação da professora doutoranda Caroline Ritt, na pesquisa “Fundamentação e formação de políticas de combate à corrupção no Brasil: responsabilidades compartilhadas entre espaço público e privado”. Eixo: Patologias corruptivas e interesses públicos indisponíveis. chaymeira@hotmail.com

questões referentes à responsabilidade objetiva e subjetiva, previstas na referida lei, destacando-se a previsão de responsabilidade objetiva às empresas consideradas corruptoras, como também o fato de a lei ter mantido a previsão de responsabilidade subjetiva para pessoas físicas se estas praticarem os atos lesivos à Administração Pública e não se sujeitarem às sanções previstas na Lei Anticorrupção.

PALAVRAS-CHAVE: Corrupção. Lei Anticorrupção. Responsabilidade objetiva. Responsabilidade subjetiva.

ABSTRACT: *The present article addresses about the responsibility of legal person for corrupt acts established at Brazilian Anti Corruption Law. That law allows the attribution of administrative and civil punishment to corruption companies. It forces the company, in practice, to compensate the public coffers, besides, in extreme cases, it allows their compulsory dissolution by court order. For this, the article will treat at a first moment, definition of corruption, its conceptualization and history data in relation to our country. Finally, it will be observed questions about strict and subjective liability, prescribed by that law, emphasizing the legal prediction about strict liability for corruption companies, as also that law still prescribing subjective law for natural person if they practice harmful acts against Public Administration and not be subject at sanctions prescribed by Anti Corruption Law.*

KEYWORDS: *Corruption. Anti corruption law. Strict liability. Subjective liability.*

I. NOTAS DE INTRODUÇÃO

O presente artigo aborda a responsabilização da pessoa jurídica por atos corruptivos, estabelecidos pela Lei Anticorrupção brasileira. Ela permite a atribuição de punições administrativas e civis a uma empresa considerada corruptora. Obriga a empresa, na prática, a indenizar os cofres públicos, além de autorizar, em casos extremos, a sua compulsória extinção por ordem judicial. Para isso tratar-se-á, num primeiro momento, da definição da corrupção, analisando a dificuldade de sua definição, por serem os atos corruptivos dinâmicos e mutáveis, de acordo com a sociedade que está inserida. Faremos uma análise histórica da corrupção no Brasil, concluindo-se que ela não é um fenômeno recente, sempre existiu, fazendo parte da história e cultura nacional. Serão também observadas questões referentes à Lei Anticorrupção, os motivos de sua aprovação, os principais pontos inovadores, de que ela foi

uma necessidade e veio para preencher uma lacuna legislativa histórica em nosso país. Finalmente, analisar-se-á a previsão de responsabilidade objetiva e subjetiva, previstas na referida lei, destacando-se a previsão de responsabilidade objetiva às empresas consideradas corruptoras, como também o fato de a lei ter mantido a previsão de responsabilidade subjetiva para pessoas físicas se estas praticarem os atos lesivos à Administração Pública e não se sujeitarem às sanções previstas na Lei Anticorrupção.

2. CORRUPÇÃO: DEFINIÇÕES E CARACTERÍSTICAS

“Corrupção” significa um ato de desvirtuamento, conceito que traz aspectos negativos, reprováveis ou de desregramento de uma regra social. O conceito de corrupção só existe porque existe um conceito antônimo. Eis a situação de fato que representa o termo “honestidade”. Um ser honesto é um ser decente, que age ou se omite conforme a regra geral ensina (SIMÃO NETO, 2014)

Observa Leal (2013) que não há na tradição do pensamento político ocidental consenso sobre o que vem a ser a corrupção. Não há uma definição nesse sentido. Também não se pode falar de uma Teoria Política da Corrupção. Existem diferentes abordagens sobre o tema, a partir de determinados marcos teóricos e filosóficos específicos.

O termo “corrupção” pode assumir vários significados, conforme os comportamentos considerados reprováveis e o ambiente que ocorre. Dependerá, inclusive, de se tratar de esfera privada ou pública. Múltiplos são seus significados. Tanto pode indicar a ideia de destruição como de mera degradação, ocasião em que assumirá uma perspectiva natural, como acontecimento efetivamente verificado na realidade fenomênica, ou meramente valorativa (GARCIA, 2013, p. 49).

Observa-se que é um fenômeno mutável e que apresenta variações conforme o ambiente social em que está ocorrendo.

Mas a doença da corrupção inclui muitos outros estirpes

e mutações, tais como as contribuições políticas legais, o compartilhamento de informações confidenciais ou secretas, a corrupção policial de vários tipos, as propinas para os funcionários encarregados das compras, a fraude no controle de qualidade e muitos outros (KLITGAARD, 1994, p. 38).

Esses comportamentos são considerados uma verdadeira “chaga” social, apresentando inúmeras consequências sociais negativas:

A luta contra a corrupção é complicada por inúmeros fatores; porém, a dificuldade básica é definir o que seja a corrupção, independentemente se sua definição legal, que varia enormemente de uma sociedade para a outra. O termo tem sido empregado para se referir a um amplo espectro de ações. Pode ser usado para designar ações ilegais ou antiéticas perpetradas por pessoas em posição de autoridade ou de confiança no serviço público, ou por cidadãos e empresas em sua relação com os agentes públicos. Consequentemente, parece claro que a luta contra esse mal não pode ser confinada ao setor público e restringir-se a medidas punitivas, penais e administrativas, dirigidas a agentes individuais, pois não há dúvida de que a corrupção interna quase sempre depende da relação entre os agentes públicos e os cidadãos (SILA, 2008, p. 575).

A corrupção tem sido um dos temas centrais no processo comunicativo de globalização, unindo esforços e energias internacionais, tanto para seu combate quanto para a implementação, difusão e fortalecimento de ferramentas preventivas e de diagnósticos precisos, visando objetivos comuns aos povos civilizados e democráticos (OSÓRIO, 2013, p. 28).

É interessante frisar que a tarefa de buscar a inclusão social das parcelas da população menos favorecidas encontra di-

ficuldades na progressiva carência de recursos financeiros, não só no nosso País, como em grandes potências mundiais, como os Estados Unidos. Mas, no Brasil, o problema é mais crônico, pois, além da grande desigualdade social com a qual convivemos, deparamo-nos com altos índices de corrupção praticada por agentes que deveriam estar a serviço da sociedade e não de interesses pessoais (BOTELHO, 2010, p. 120).

Quando a corrupção encontra-se dispersa em todo o corpo político e mesmo tolerada pela comunidade, as pessoas mais necessitadas sofrem de forma mais direta com os efeitos disso, haja vista que as estruturas dos poderes instituídos se ocupam, por vezes, mais com os temas que lhes rendem vantagens, seja de grupos, seja de indivíduos, do que com os interesses públicos vitais existentes: hospitais públicos deixam de atender pacientes na forma devida porque são desviados recursos da saúde para outras rubricas orçamentárias mais fáceis de serem manipuladas e desviadas como prática de suborno e defraudação; famílias em situação de pobreza e hipossuficiência material não podem se alimentar porque os recursos de programas sociais são desviados para setores corruptos do Estado e da sociedade civil; as escolas públicas não têm recursos orçamentários para aquisição de material escolar em face dos desvios de recursos para outros fins, e os alunos ficam sem condições de formação minimamente adequadas (LEAL, 2013).

A preocupação com a corrupção não é uma preocupação nacional. Observa-se que ao longo dos últimos anos a corrupção deixou de ser uma preocupação predominantemente nacional ou regional e se transformou em uma questão de proporções globais.

Em menos de meia década a reação mundial contra a corrupção tomou de assalto o cenário político internacional. Governos caíram. Partidos há muito no poder foram expulsos do comando. Presidentes, primeiros-ministros, parlamentares e caciques corporativos antes poderosos foram questionados/ investigados, à exaustão, por promotores, e engrossam os

registros de processos judiciais. Itália, França, Japão, Coreia do Sul, Índia, México, Colômbia, Brasil, África do Sul: nenhuma região escapou e pouquíssimos países estão imunes (GLYNN, P.; KOBRIN, S. J.; NAÍM, M., 2002, p. 27).

A corrupção tem efeitos significativos sobre a democracia. Ela rompe com os pressupostos fundamentais do regime, como a igualdade política e a participação. Reduz a influência da população no processo de tomada de decisões, seja por fraudes nos processos decisórios, como nas eleições, seja pela desconfiança e pela suspeita que ela gera entre os próprios cidadãos com relação ao governo e às instituições democráticas. Acaba minimizando a transparência das ações dos governantes (MENEGUELLO, 2011, p. 63-64).³

3. ASPECTOS HISTÓRICOS DA CORRUPÇÃO NO BRASIL

Com relação ao Brasil, a corrupção tem raízes na própria colonização. Observa-se que o estudo e interpretação do fenômeno da corrupção na época colonial exige, para sua melhor compreensão, o enquadramento sob diretrizes gerais que marcavam a cultura política, as práticas administrativas e a dinâmica da colonização mercantilista na chamada “América portuguesa” (FIGUEIREDO, 2012, p. 174).

O sistema colonial português foi erguido sobre os pilares de uma monarquia absolutista, fazendo que o Monarca e administradores se mantivessem unidos por elos eminentemente pessoais e paternalistas, o que gerou a semente indesejada da ineficiência. Não bastasse isso, tinham por objetivo comum o lucro desenfreado e, como única ação, o desfacelamento das riquezas da colônia a si subjugada, sem qualquer

³ Segundo a autora, citando Timothy J. Power e Júlio Gonzalez, a partir de dados do Índice de Percepção de Corrupção da Transparência Internacional, os altos índices de corrupção estão associados a baixos graus de desenvolvimento econômico, baixa qualidade do regime democrático, além de outras variáveis culturais, como religião e confiança interpessoal.

comprometimento com ideais éticos, deveres funcionais ou interesses coletivos. Remonta a essa época a concepção de que a coisa pública é coisa de ninguém, e sua única utilidade é satisfazer aos interesses da classe que ascendeu ao poder (GARCIA, 2013, p. 45-46).

Com base no entendimento de que não é possível estudar a corrupção sem localizar o momento histórico da colonização na chamada “América portuguesa”, alguns marcos significativos que delimitam impasses para o seu entendimento estão nas interpretações históricas dos séculos XIX e XX, que modelaram a sociedade e a administração no período colonial. Estes apresentam como principais traços característicos a dissolução, o desregramento e a desordem. Não são poucos os exemplos históricos que erigiram a corrupção na administração colonial como uma das heranças perversas da colonização (FIGUEIREDO, 2012).

Garcia (2013) observa que, no início do século XVIII, o contrabando de ouro, sempre acompanhado dos efeitos inerentes a práticas corruptivas, como evasão tributária, acabou se disseminando no meio religioso. Era prática comum, dentre os chamados “frades renegados”, o transporte de ouro em pó no interior das estátuas de madeira que portavam. Essa prática origina a conhecida expressão popular “santinho do pau oco”.

Com a chegada da família real ao Brasil, a distribuição das honrarias e títulos de nobreza foi uma das formas encontradas por D. João VI para conquistar o apoio político e financeiro da elite local, variando a importância dos títulos conforme fosse o apoio declinado à Coroa. Em apenas oito anos, D. João VI distribuiu mais títulos de nobreza que Portugal nos trezentos anteriores. Justamente essa “elite”, que era destituída de qualquer valor ético e movido pelo “espírito de troca”, no sentido de que “é dando que se recebe”, que ascendeu ao poder, sedimentando uma chaga na estrutura administrativa (GARCIA, 2013).

No início do século XIX, as distorções de comportamento não estavam ligadas somente aos detentores de poder, mas sim disseminadas no

próprio ambiente social. Observa Thomas Lindley (1969), com relação aos comerciantes baianos da época, ou seja, início do século XIX, que:

[...] em seus negócios, prevalece a astúcia mesquinha e velhaca, principalmente quando efetuadas as transações com estrangeiros, aos quais pedem o dobro do preço que acabam aceitando por sua mercadoria, ao passo que procuram desvalorizar o que terão de obter em troca, utilizando-se de todos os artifícios ao seu alcance. Numa palavra, salvo algumas exceções, são pessoas inteiramente destituídas de sentimento de honra, não possuindo aquele sendo geral de retidão que deve presidir a toda e qualquer transação entre os homens (LINDLEY, 1969, p. 173).

A proclamação da independência preservou essa mesma realidade, pois limitou-se a modificar alguns “atores”. O tráfico negreiro, apesar dos inúmeros tratados e atos normativos que foram firmados, por pressão inglesa, com objetivo de acabar com ele, passou a dominar a rotina do Império. Somente em 1850, quando os ingleses literalmente invadiram os portos brasileiros em busca de navios negreiros e ameaçaram afundar as embarcações que portassem no Brasil, é que o tráfico negreiro efetivamente foi abolido (GARCIA, 2013).

A corrupção, compreendida no sentido de malversação de recursos públicos, foi o tema principal no debate político brasileiro dos anos de 1950 e 1960, e teve eco, principalmente, na imprensa e nas disputas parlamentares (MOTTA, 2012).

Da mesma forma se abordarmos a corrupção que ocorria durante o período de Ditadura Militar, regime instaurado em 1º de abril de 1964 e que durou até 15 de março de 1985 (SILVA, 2014). A Ditadura Militar possuía caráter autoritário e nacionalista. Teve início com o Golpe Militar que derrubou o governo do então presidente, eleito de forma democrática, João Goulart, e terminou quando José Sarney assumiu o cargo de presidente, dando início ao período conhecido como Nova República

(GASPAROTTO, 2012).

Apesar das promessas iniciais de uma intervenção breve, a Ditadura Militar acabou durando 21 anos. Foram postos em prática, durante esse período, vários atos institucionais, culminando no AI-5, de 1968, que vigorou até 1978 (RODEGHERO, 2007).

A Ditadura Militar atingiu seu apogeu em 1970, com o chamado “milagre brasileiro”. No mesmo período, o regime censurava todos os meios de comunicação, torturava e exilava os seus dissidentes. A partir da década de 1980, como nos outros regimes militares que aconteciam em toda a América Latina, a Ditadura Militar entrou em decadência. O governo não conseguia estimular a economia e diminuir a inflação, que era crônica e altíssima. Tal realidade social deu impulso aos movimentos pró-democracia (BRUM, 1995).

O governo aprovou a Lei de Anistia⁴ para os crimes políticos cometidos contra o regime. Ocorreu um relaxamento com relação às restrições das liberdades civis e as eleições presidenciais foram realizadas em 1984, com candidatos civis (BRUM, 1995).

O regime militar brasileiro inspirou o modelo de outros regimes militares e ditaduras por toda a América do Sul, trazendo a sistematização da Doutrina de Segurança Nacional, que justificava as ações militares como forma de proteger o interesse e a segurança nacional em tempos de crise (NEUMANN, L.; DALPIAZ, O., 1985).

Combater a corrupção e derrotar o comunismo: os dois propósitos serviram de conduto para articular em uma retórica comum as diversas conspirações que fermentavam no meio militar, às vésperas do golpe que derrubou o Governo João Goulart, em março de 1964. O anticomunismo feroz que se instalou nos quartéis brasileiros durante boa parte da nossa história republicana tem, na sua origem, dois ingredientes explosivos: por um lado, o imaginário mitológico gerado pelo

4 Lei da Anistia é a denominação popular da Lei n° 6.683, promulgada em 28 de agosto de 1979 pelo então presidente João Baptista de Oliveira Figueiredo, 30º presidente do Brasil, do período de 1979 até 1985, sendo o último presidente do regime militar.

impacto da insurreição de 1935 - a frustrada tentativa dos comunistas de tomar o poder no país pela via do levante militar armado; por outro lado, as motivações ideológicas consolidadas no contexto da Guerra Fria e politicamente desdobradas tanto na formulação da chamada *Doutrina de Segurança Nacional* quanto no conceito de *guerra revolucionária* (STARLING, 2012, p. 213).

Observa Leal (2013) que, mesmo no regime de exceção das décadas de 1960 a 1990, após ficar evidente que o perigo do comunismo não era tão grande como se imaginava, foi a corrupção outra base argumentativa de sustentação da Ditadura Militar.

No caso brasileiro, fez parte da estratégia de sobrevivência do regime militar a montagem de um Estado, na aparência, muito forte, principalmente em razão de sua capacidade de proceder continuamente ao alargamento dos instrumentos de arbítrio e de violência. Nesse mundo regido pelo arbítrio, não cabia regra capaz de impedir a desmedida: havia privilégios, havia desigualdade, havia apropriação privada do que seria o bem público, havia impunidade, havia excessos. Dito de outra forma: a corrupção fazia parte da essência do regime militar - e, em qualquer circunstância, representa uma ameaça à sobrevivência das sociedades democráticas - não apenas porque conduzia à perda de referenciais que levam os homens a agir em prol do interesse público, mas principalmente porque ela desata o processo da vida política e destrói a coisa pública (STARLING, 2012, p. 218).

Desde a aprovação da Constituição Federal de 1988 o Brasil voltou à normalidade institucional. Segundo ela, as Forças Armadas voltam ao seu papel institucional, qual seja: a defesa do Estado, a garantia dos poderes constitucionais e (por iniciativa desses poderes) da lei e da or-

dem⁵ (SARLET, I. W.; MARINONI, G.; MITIDIERO, D., 2013).

Com o fim da Ditadura Militar e o retorno dos civis ao governo, aumentou e muito os casos de corrupção que vêm a público, como foi a Caso Capemi, também chamado “escândalo da Mandioca” (1979 e 1981); Caso Coroa-Brastel (1985), escândalo do Ministério das Comunicações que envolveu um grande número de concessões de rádios e TVs para políticos aliados, concedidas em troca de cargos, votos ou apoio ao então presidente José Sarney (LEAL, 2013).

Como se vê, a corrupção não era um problema para a ditadura; ao contrário, ela alimentou o comportamento desviante do regime militar, degradou a lei em arbítrio, esvaziou o corpo político de seu significado público e espalhou o mal. Com efeito, a outra maneira pela qual a corrupção se inscreve na própria natureza do regime militar fica visível a partir de sua associação com a tortura - o máximo de corrupção de nossa natureza humana (STARLING, 2012, p. 219).

A análise desses dados históricos referentes à corrupção que também ocorria, e muito, durante a Ditadura Militar, desmistifica o dito popular, repetido por muitos, que *durante as décadas de 1960 até 1980 o Brasil não tinha corrupção*, ou, se ela ocorria, era muito pouco diante

5 Após ampla participação de um considerável número de representantes da sociedade civil, seja por meio de audiências públicas realizadas na esfera de subcomissões temáticas, seja, e de modo especial, por meio da apresentação de emendas (apenas na fase de comissões temáticas foram recebidas 14.911 propostas), com destaque para a apresentação de 122 emendas populares reunindo ao todo mais de 12 milhões de assinaturas, um exaustivo trabalho e intenso debate no âmbito da Comissão de Sistematização resultou no envio, ao Plenário da Assembleia Constituinte (em 24.11.1987), do Projeto de Constituição aprovado pela Comissão de Sistematização, sob a presidência do deputado Bernardo Cabral. Na sequência, em função de uma suspensão dos trabalhos no texto constitucional em virtude de uma acirrada disputa em torno de uma alteração do regimento interno da Constituinte, patrocinada pelo bloco interpartidário conhecido como “Centrão”, foi retomado o processo propriamente dito, seguindo-se dois turnos de votação, com posterior remessa do texto aprovado em segundo turno para uma Comissão de Redação, presidida por Ulysses Guimarães e integrada por 28 componentes, que, embora não fosse essa a sua função (já que a Comissão de Redação deveria apenas cuidar de aspectos linguísticos e de técnica legislativa), acabou ainda promovendo ajustes de conteúdo no texto, cuja versão final, após mais de vinte meses de intenso trabalho, foi aprovada por 474 votos contra 15 (sem contar as seis abstenções) e promulgada no dia 05.10.1998.

das denúncias de corrupção com que nos deparamos quase que diariamente. Rebatemos, de forma racional e com base em dados históricos, no sentido de que não há fundamento nos chamados “desejos e argumentos populares” que pregam que seria muito bom para o país a *volta* de referido regime.

Também necessário ressaltar, para finalizarmos a análise dessa parte histórica, que para termos corrupção é necessário um ambiente propício para que ela ocorra, ou seja:

[...] não há corrupção sem uma cultura de corrupção, pois tal fenômeno demanda o endosso, mesmo que tácito, do seu entorno, com níveis de aceitação social e institucional. E mais, esta cultura cresce nos costumes que a reproduzem, os quais, por sua vez, têm natureza política destacada (LEAL, 2013, p. 82).

4. A LEI ANTICORRUPÇÃO BRASILEIRA: PREVISÕES DE RESPONSABILIZAÇÃO

Com relação ao combate à corrupção, buscando estabelecer e maximizar as ações de prevenção e combate, como também acompanhar a evolução da sociedade internacional no tratamento desta, o Brasil maximizou a relação em outros países, objetivando uma mútua cooperação e integração.

Para melhor compreensão das diversas nuances da lei, que estabelece a responsabilização objetiva, administrativa e civil das pessoas jurídicas por atos contra a Administração Pública nacional ou estrangeira, é necessário, antes de tudo, voltar um pouco no tempo e entender o contexto de concepção e propositura do projeto de lei ao Congresso Nacional em 2010, bem como os desafios e dificuldades que se apresentavam naquele momento histórico (CAPANEMA, 2014, p. 13).

A República Federativa do Brasil ratificou e promulgou, em 30 de novembro de 2000, a Convenção sobre Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros com Transações Comerciais Internacionais da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), Decreto nº 3.678, de 30 de novembro de 2000. Com a referida Convenção, o Brasil assumiu o compromisso internacional de punir, de forma efetiva, os nacionais que subornem funcionários públicos estrangeiros, incluindo-se, dentre eles, representantes de organismos internacionais (CAPANEMA, 2014, p. 13).

É flagrante a influência da ratificação da Convenção da OCDE tanto no que se refere à tipificação da corrupção ativa praticada por pessoas físicas em transações comerciais internacionais, que incidiu na aprovação da Lei nº 10.467, de 11 de junho de 2002, a qual incluiu os artigos 333 B, C e D no Código Penal Brasileiro, quanto na propositura pelo Poder Executivo federal, em 2010, do projeto de lei que objetiva a responsabilização também de pessoas jurídicas - futura Lei nº 12.846/2013 (CAPANEMA, 2014, p. 13-14).

As principais convenções assinadas e ratificadas pelo Brasil são: The Open Government Partnership (OGP), ou Parceria para Governo Aberto⁶; Convenção da Organização das Nações Unidas (ONU)⁷; Convenção Interamericana contra a Corrupção - Convenção da OEA⁸; e a Convenção sobre Combate de Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em

6 É uma iniciativa internacional que tem como objetivo assegurar compromissos concretos de governos nas áreas de promoção da transparência, luta contra a corrupção, participação social e de fomento ao desenvolvimento de novas tecnologias, maneira de tornar os governos mais abertos, responsáveis e efetivos.

7 A Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção é o maior texto internacional juridicamente vinculante, ou seja, que obriga os Estados-parte que a ratificam a cumprir os seus dispositivos, respeitados os princípios de soberania e o Direito interno de cada país. Essa convenção tratou de diversos aspectos do tema, fundamentando-se em quatro tópicos especiais, quais sejam: a) medidas preventivas; b) criminalização e aplicação da lei; c) cooperação internacional; e d) recuperação de ativos.

8 É um instrumento que visa promover e fortalecer o desenvolvimento, por cada um dos Estados-parte, dos mecanismos necessários para prevenir, detectar, punir e erradicar a corrupção, bem como adotar ações que assegurem a cooperação entre os países signatários. Entre seus objetivos está o de incentivar os Estados-parte a adotarem as medidas legislativas necessárias para garantir a efetiva prevenção e combate à corrupção.

Transações Comerciais Internacionais - Convenção da OCDE⁹ (BITTENCOURT, 2014, p. 46).

Todos esses compromissos internacionais, que são instrumentos jurídicos internacionais, podem ser definidos como compromissos que os Estados signatários assumem no sentido de fazer (ou deixar de fazer) algo de interesse dos signatários. Os tratados, convenções ou quaisquer outros instrumentos jurídicos assinados pelos Estados, depois de ratificados, entram em vigor em todo o território do Estado signatário (BITTENCOURT, 2014, p. 45).

4.1. Lei Anticorrupção: principais aspectos quanto à responsabilização

Conforme Capanema (2014), se formos analisar de forma superficial, pode parecer que a Lei 12.846, de 1º de agosto de 2013, que ganhou notoriedade na imprensa, sendo batizada como “Lei Anticorrupção”, é apenas mais uma dentre outras muitas que existem no país para punir ou onerar as empresas, ou que teria sido elaborada e aprovada às pressas, devido às manifestações populares que “sacudiram” o Brasil no final do primeiro semestre de 2013.

Ocorre que a lei tem como objetivo preencher uma lacuna histórica do nosso marco jurídico, que até então não tinha nenhuma legislação específica que punisse pessoas jurídicas, e não pessoas físicas, por ilícitos, como subornos, por exemplo. As manifestações populares daquele período apenas aceleraram o que já era inevitável (CAPANEMA, 2014).

Apesar da tipificação de crime de corrupção na sistemática penal nacional, a sociedade brasileira sentia a falta de uma norma que também alcançasse as empresas envolvidas em casos de corrupção, pois a punição positivada dizia respeito tão somente ao âmbito pessoal

⁹ É um instrumento que define as obrigações dos governos, das empresas, dos contadores públicos, dos advogados e da sociedade civil das nações signatárias do tratado. Quando ratificam esse tratado, os Estados-parte se comprometem a realizar um trabalho conjunto, de forma a tornar possível a implementação de medidas de ordem jurídica e administrativa que permitam o alcance dos objetivos previstos na convenção.

(BITTENCOURT, 2014).

Até o advento da Lei Anticorrupção, as pessoas jurídicas que fossem flagradas em situações dessa natureza eram punidas apenas com o impedimento de participar de licitações públicas e de celebrar contratos com a Administração Pública, através de suspensão ou declaração de inidoneidade (BITTENCOURT, 2014).

Após longos anos de trâmite no Congresso Nacional, numa flagrante resposta aos inúmeros protestos de rua que ocorreram em julho de 2013, que rebatiam a corrupção generalizada em todos os planos federativos, é que veio à tona a Lei Anticorrupção - Lei 12.846, de 01.08.2013. Inovou no ordenamento jurídico brasileiro ao trazer em seu bojo uma mudança de perspectiva no combate à corrupção. Ela acresce ao Direito Penal e à perseguição à pessoa física o Direito Administrativo Sancionador, indo ao enalço da pessoa jurídica (BITTENCOURT, 2014).

Para melhor compreensão das diversas nuances da lei, que estabelece a responsabilização objetiva, administrativa e civil das pessoas jurídicas por atos contra a Administração Pública nacional ou estrangeira, é necessário, antes de tudo, voltar um pouco no tempo e entender o contexto de concepção e propositura do projeto de lei ao Congresso Nacional em 2010, bem como os desafios e dificuldades que se apresentavam naquele momento histórico (CAPANEMA, 2014, p. 13).

Observa-se que a Lei Anticorrupção não surgiu por acaso. Ela correspondeu à necessidade latente de se completar, preencher as lacunas do ordenamento jurídico brasileiro. Atendendo a uma inclinação internacional, a nova lei preenche uma lacuna existente na legislação brasileira ao alcançar a empresa do corruptor, estendendo as punições dos funcionários envolvidos em crimes de corrupção às empresas nas quais trabalham (BITTENCOURT, 2014).

4.1.1. Núcleo da aplicação da lei quanto à responsabilização

O núcleo de aplicação é a responsabilidade administrativa e a responsabilidade civil. A Lei Anticorrupção permite a atribuição de punições administrativas e civis a uma empresa considerada corruptora. Obriga referida empresa, na prática, a indenizar os cofres públicos, além de autorizar, em casos extremos, a sua compulsória extinção por ordem judicial (BITTENCOURT, 2014).

A opção pela responsabilização administrativa e civil, em detrimento da penal, é explicada através de vários prismas: para uma linha da doutrina, argumenta-se que, se o legislador escolher a responsabilização penal, significaria adentrar em um terreno considerado muito polêmico do embate jurídico e doutrinário.

A lei faz nascer um novo tipo de responsabilidade dentro do Direito brasileiro. Até então, a responsabilidade por atos contra a Administração Pública ocorria no âmbito penal, através de tipificação dos crimes praticados por particulares e agentes públicos, e na esfera civil, através da qualificação de atos de improbidade, conforme Lei 8.429/92, Lei de Improbidade Administrativa, comportamentos também praticados pelos mesmos agentes. Então, as pessoas jurídicas também poderão ser responsabilizadas administrativa e civilmente (BITTENCOURT, 2014).

4.1.2. Quanto às pessoas jurídicas lesadas

Com relação a pessoas jurídicas lesadas, diz respeito à Administração Pública nacional e à Administração Pública estrangeira. Para fins da Lei Anticorrupção, os atos lesivos à Administração Pública, tanto nacional como estrangeira, são todos aqueles atos praticados pelas sociedades empresárias e sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado, como também quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou direito (BITTENCOURT,

2014).

4.1.3. Quanto ao objeto de proteção

São três os bens jurídicos que a lei procura proteger de atos lesivos: a) o patrimônio público; b) os princípios da administração pública; e c) os compromissos internacionais.

Observa-se que não é qualquer lesão ao patrimônio público, qualquer violação de princípios, ou qualquer violação de compromissos internacionais que enseja a aplicação da Lei Anticorrupção. O rol é taxativo e não admite ampliações. A conduta para ser sancionada nos termos da Lei Anticorrupção deve enquadrar-se em uma das situações do art. 5º (BITTENCOURT, 2014).

4.2. Responsabilidades subjetiva e objetiva na Lei Anticorrupção

O tema da responsabilidade tem sido objeto de inúmeras pesquisas e profundas reflexões doutrinárias, ocupando a pesquisa de muitos doutrinadores e sobre o qual já se formularam várias doutrinas. A responsabilidade funciona como um atributo coercitivo, a exigir o cumprimento de um direito e de uma obrigação, que são posições jurídicas que se situam nessas relações. Realmente, sem essa coercitividade de nada adiantariam as normas jurídicas (DAL POSSO, 2014).

Com relação à responsabilidade na Lei Anticorrupção, a lei estabelece dois tipos de responsabilidade: a) responsabilidade objetiva, para as pessoas jurídicas; e b) responsabilidade subjetiva, para as pessoas naturais (dirigentes ou administradores, autores, coautores ou partícipes - art. 3º, *caput* e § 2º) (DAL POSSO, 2014).

4.2.1. A previsão de responsabilidade objetiva para as pessoas jurídicas

Modernamente, o Direito admite a coexistência da responsabilidade subjetiva e da responsabilidade objetiva (DAL POSSO, 2014).

Observa-se que não será com os princípios que informam a responsabilidade objetiva do Direito Civil que será possível explicar aquela que preside a Lei 12.846/13, mas, sim, com os princípios que informa a responsabilidade objetiva do Estado.

O art. 2º da Lei Anticorrupção reafirma que a finalidade da legislação é criar uma responsabilidade de natureza objetiva que deverá ser perseguida no âmbito civil e judicial, cujo objeto é aplicar sanções às pessoas jurídicas, em razão dos atos lesivos, praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não. A responsabilidade é objetiva e independe da análise de culpa.

Em se tratando de responsabilidade objetiva, é preciso considerar não apenas aquele que representa a pessoa jurídica segundo seus estatutos ou contratos sociais, nem apenas os que estão vinculados formalmente a ela por qualquer espécie de relação jurídica que seja comprovável através de documentação, como carteira profissional, contrato, por exemplo, mas também aqueles que informalmente agem pela empresa, segundo seus usos e costumes comerciais (DAL POSSO, 2014).

Responsabilidade objetiva significa punir diretamente as empresas sem necessidade de comprovação de culpa ou dolo das pessoas jurídicas envolvidas. Basta que se comprove a ocorrência de pelo menos um dos atos lesivos previstos no art. 5º da Lei nº 12.846/2013 e que tais atos foram cometidos em interesse ou benefício da pessoa jurídica (CAPANE-MA, 2014, p. 20).

No caso de pessoas jurídicas, a previsão de responsabilidade objetiva visa afastar a discussão sobre dolo ou culpa de pessoas físicas, como de seus dirigentes ou representantes, para consumação da infração. O Estado continua tendo o ônus de comprovar a existência do ato lesivo, do resultado e do nexo causal entre eles.

Entendemos ser possível excluir a responsabilidade da pes-

soa jurídica no caso de comprovação de que o ato ilícito não foi executado em seu proveito ou em seu interesse ou benefício, a teor do que dispõe o art. 2º da Lei nº 12.846/13. Segundo este dispositivo, a responsabilidade da pessoa jurídica, fundada na Lei nº 12.846/13, só existe, nos âmbitos administrativo e civil, quando os atos ilícitos lesivos previstos pela legislação forem praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não (SIMÃO NETO, 2014, p. 120).

Necessário que tenha havido benefício da pessoa jurídica com a prática do ilícito, não necessitando que o benefício ou interesse seja exclusivo. *Exclui-se, desse modo, a responsabilidade da pessoa jurídica em casos de benefício exclusivo do administrador, em prejuízo da própria pessoa jurídica e dos interesses dela.* Têm aplicação, ainda, conforme o caso, outras excludentes de responsabilidade.

Indispensável também a prova do nexo de causalidade entre a conduta do representante da empresa e o ato ilícito. Suponha-se, por exemplo, que o oferecimento de vantagem ilícita tenha sido feito por alguém se dizendo autorizado a agir em nome de determinada empresa e que reste comprovado que esta absolutamente não o tenha autorizado a tanto. Nessa situação, a título de exemplo, estaria descaracterizado o nexo da causalidade (DAL POSSO, 2014).

Reprisa-se que, para que a pessoa jurídica seja responsabilizada, não haverá necessidade que a ação se revista de culpa ou dolo, bastando tão somente que fique evidenciado que prepostos da pessoa jurídica praticaram, no interesse ou benefício da mesma, as condutas ilícitas elencadas no diploma, e que delas decorrem danos ao Erário. Faz-se mister, portanto, a prova do nexo e causalidade entre a conduta do preposto da empresa e o ato ilícito (BITTENCOURT, 2014, p. 35).

Numa análise mais apurada da Lei Anticorrupção, fica demonstrado

que, mesmo diante de irregularidades, as empresas que se empenharem para atuar de forma correta não estão de forma alguma em situação que seja idêntica às aquelas que são coniventes e toleram atos de corrupção (CAPANEMA, 2014).

Então, a responsabilidade objetiva induz mudança de comportamento das empresas, pois o quadro de insegurança é muito maior para aquelas que não definem rígidos padrões de conduta e que não fazem o seu devido papel de orientar, controlar e, eventualmente, punir os atos dos funcionários que cometem falhas.

E, se o grau de insegurança é maior nesses casos, a menor probabilidade da ocorrência de desvios coloca finalmente as empresas que procedem de forma correta e preventiva em vantagem, alterando-se assim o cálculo da escolha, que antes pendia para o caminho errado frente a um cenário de impunidade e ausência de incentivos em se fazer o correto (CAPANEMA, 2014, p. 21).

A responsabilidade objetiva subsiste mesmo se ocorrer alteração contratual, transformação, incorporação, fusão ou cisão societária, conforme art. 4º da Lei Anticorrupção.

4.2.2. Responsabilidade subjetiva

A lei, em seu art. 3º, estabelece que a responsabilização da pessoa jurídica não exclui a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores, ou ainda de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito

A Lei Anticorrupção distingue duas classes de pessoas físicas: a) o dirigente ou administrador, ou b) o autor, coautor ou partícipe do ato ilícito (que pode cumular essa qualificação com a de dirigente ou administrador).

A responsabilização da pessoa jurídica não elide a responsabilização

das pessoas físicas, e, se estas não praticarem os atos lesivos à Administração Pública nem se sujeitarem às sanções da Lei nº 12.846/2013, ou seja, a Lei Anticorrupção, elas serão responsabilizadas nos termos da legislação civil por danos que foram causados à Administração Pública nacional ou estrangeira, conforme previsto no artigo 1º, e à pessoa jurídica, em ação de regresso, quando esta for possível (DAL POSSO, 2014).

Responsabilidade objetiva não significa, de forma alguma, deixar impunes as pessoas físicas envolvidas. O artigo 3º da Lei nº 12.846/2013 é claro no sentido de que a responsabilização da pessoa jurídica não exclui a responsabilidade individual de seus dirigentes, administradores ou de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito. O ponto central da responsabilidade objetiva é que a responsabilização da pessoa jurídica não é condicionada ao prosseguimento ou decisão final acerca da responsabilidade das pessoas físicas (CAPANEMA, 2014).

IDEIAS DE CONCLUSÃO

O presente artigo abordou a responsabilização da pessoa jurídica por atos corruptivos, estabelecida pela Lei Anticorrupção brasileira. Esta, conforme abordado, permite a atribuição de punições administrativas e civis a uma empresa considerada corruptora. Obriga a empresa, na prática, a indenizar os cofres públicos, além de autorizar, em casos extremos, a sua compulsória extinção por ordem judicial. Após, num primeiro momento, fazermos a definição da corrupção, concluímos, conforme os autores abordados, pela dificuldade de sua definição, por serem os atos corruptivos dinâmicos e mutáveis. Também foi feita análise histórica da corrupção no Brasil, concluindo-se que ela não é um fenômeno recente, mas que sempre existiu, fazendo parte da história e cultura nacional.

Com relação a questões referentes à Lei Anticorrupção, os motivos de sua aprovação, os principais pontos inovadores, ela foi uma necessidade, e veio para preencher uma lacuna legislativa histórica em nosso país. Trouxe como principal aspecto justamente a possibilidade de responsabilização administrativa e civil das pessoas jurídicas, pois ela não é uma lei de natureza penal.

A Lei Anticorrupção está trazendo uma verdadeira mudança de paradigma com a previsão da responsabilidade objetiva das empresas por atos corruptivos. Ressalta-se que ainda persiste a responsabilidade subjetiva, para as pessoas físicas, se estas praticarem atos lesivos à Administração Pública e não se sujeitarem às sanções previstas na Lei Anticorrupção.

A responsabilidade objetiva, na verdade, valoriza as empresas que se previnem, que agem ou se esforçam para agir de forma correta, colocando-as em vantagem corporativa pelo simples fato de terem menos riscos de serem punidas no futuro. Insegurança existe para todos, mas seu grau varia de forma considerável e dependerá do empenho de cada empresa em atuar de forma ética no mercado, blindando-se frente a desvios cometidos por seus funcionários.

REFERÊNCIAS

BITTENCOURT, Sidney. *Comentários à lei anticorrupção: lei 12.846/2013*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

BOTELHO, Ana Cristina Melo de. *Corrupção política: uma patologia social*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

BRUM, Argemiro J. *O desenvolvimento econômico brasileiro*. 14. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1995.

CAPANEMA, Renato de Oliveira. Inovações da lei nº 12.846/2013. In: NASCIMENTO, M. D. do (Org.). *Lei anticorrupção empresarial: aspectos críticos à lei 12.846/2013*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

DAL POSSO, A. A. F. et al. *Lei anticorrupção: apontamentos sobre a Lei nº*

12.846/2013. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

FIGUEIREDO, Luciano Raposo. A corrupção no Brasil colônia. In: AVRITZER, L.; BIGNOTTO, N.; GUIMARÃES, J.; STARLING, H. M. M. (Orgs.). *Corrupção: ensaios e críticas*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2012.

GARCIA, Emerson. *Improbidade administrativa*. 7. ed., rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

GASPAROTTO, Alessandra. *O terror renegado: a retratação pública de integrantes de organizações de resistência à ditadura militar no Brasil (1970-1975)*. Rio de Janeiro: Arquivo Nacional, 2012.

GLYNN, P. KOBRIN, S. J.; NAÍM, M. A globalização da corrupção. In: ELLIOTT, Kimberly Ann. (Org.). *A corrupção e a economia global*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2002.

KLITGAARD, Robert E. *A corrupção sob controle*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1994.

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

LINDLEY, Thomas. *Narrativa de uma viagem ao Brasil*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1969.

MENEGUELLO, Rachel. O lugar da corrupção no mapa de referências dos brasileiros: os aspectos da relação entre corrupção e democracia. In: AVRITZER, L.; FILGUERAS, F. (Org.). *Corrupção e sistema político no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2011.

MOTTA, Rodrigo Patto Sá. Corrupção no Brasil republicano 1954-1964. In: AVRITZER, L.; BIGNOTTO, N.; GUIMARÃES, J.; STARLING, H. M. M. (Orgs.). *Corrupção: ensaios e críticas*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2012.

NEUMANN, L.; DALPIAZ, O. *Realidade brasileira: visão humanizadora*. Petrópolis, RJ: Vozes, 1985.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública, corrupção, ineficiência*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

RODEGHERO, Carla Simone. Regime militar e oposição. In: GOLIN, T.; BOEIRA, N.; GERTZ, R.; (Orgs.). *República: da revolução de 1930 à ditadura militar (1930-1985)*. Passo Fundo: Méritos, 2007. (Coleção História Geral do Rio Grande do Sul, 4).

SARLET, I. W.; MARINONI, G.; MITIDIERO, D. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

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

SILVA, Juremir Machado da. *1964: golpe midiático-civil-militar*. Porto Alegre: Sulina, 2014.

SIMÃO NETO, Calil. *Improbidade administrativa: teoria e prática: de acordo com a Lei nº 12.846 de 01 de agosto de 2013, com a lei complementar nº 135 de junho de 2010: ficha limpa*. 2. ed. Leme: J. H. Mizuno, 2014.

STARLING, Heloisa Maria Murgel. Ditadura militar. In: AVRITZER, I.; BIGNOTTO, N.; GUIMARÃES, J.; STARLING, H. M. M. (Orgs.). *Corrupção: ensaios e críticas*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2012.

O NEPOTISMO FRENTE AO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL: CRITÉRIOS DE CONDENAÇÃO E ABSOLVIÇÃO¹

RAFAEL SANTIN BRANDINI²
RAMÔNIA SCHMIDT³

RESUMO: O presente artigo busca, através de uma pesquisa de jurisprudência junto ao *site* do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, identificar os critérios de absolvição e condenação pela prática de nepotismo, no período compreendido entre 24 de setembro de 2013 e 24 de setembro de 2014, com referência à data de publicação dos julgados. Após seleção dos dados colhidos, a análise procedida se deu sobre um total de seis decisões meritórias, nas quais se verificou a inexistência de argumentos claros e específicos que conduzam à absolvição ou condenação pela prática de nepotismo, sendo por diversas vezes um mesmo cri-

- 1 Artigo produzido no grupo de pesquisa “Patologias Corruptivas”, vinculado ao Centro de Estudos e Pesquisas em Políticas Públicas, da Unisc, e do PPGD da mesma instituição, coordenado pelo prof. dr. Rogério Gesta Leal. Trabalho apresentado e selecionado no I Seminário Nacional Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis, realizado nos dias 22 e 23 de outubro de 2015, na Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público.
- 2 Mestrando em Direito no Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direitos Sociais e Políticas Públicas da Universidade de Santa Cruz do Sul (Unisc), na linha de pesquisa “Constitucionalismo Contemporâneo”. Advogado. Email: rafael.brandini@yahoo.com.br.
- 3 Mestranda em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisc, vinculada à linha de pesquisa “Constitucionalismo Contemporâneo”. Especialista em Direito Processual Civil pela Unisc. Graduada em Direito pela Unisc. Integrante do grupo de pesquisa “Estado, Administração Pública e Sociedade - Patologias Corruptivas”, vinculado ao PPGD da mesma instituição, coordenado pelo prof. dr. Rogério Gesta Leal. Advogada. E-mail: ramoniaschmidt@gmail.com.

tério utilizado para embasar decisões de sentidos antagônicos. Reconheceu-se, assim, a luta do Poder Judiciário na tentativa de moralização da administração pública, sem que, no entanto, estabeleça critérios formais e materiais claros de caracterização do nepotismo no plano fático.

PALAVRAS-CHAVE: Corrupção. Critério de julgamento. Nepotismo. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

ABSTRACT: *This article aims, through a case of survey to the Court of Justice of Rio Grande do Sul State site, identify the criteria for acquittal and conviction for nepotism, for the period from 24 September 2013 and 24 September 2014, at the date of publication of trial. After selection of the data collected, the analysis proceeded occurred on a total of six meritorious decisions in which it was found that no clear and specific arguments leading to acquittal or conviction for nepotism, and several times the same criteria used to base decisions antagonistic way. It was recognized, as well, the struggle of the judiciary in an attempt to moralization of public administration, without however, establish formal criteria and light materials characterization of nepotism in the factual background.*

KEYWORDS: *Corruption. Court of Justice of the Rio Grande do Sul State. Criterion of judgment. Nepotism.*

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 O nepotismo na visão do Supremo Tribunal Federal: conceituação. 3 O nepotismo segundo o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. 3.1 Critérios de absolvição. 3.2 Critérios de condenação. 3.3 Nepotismo cruzado: critérios condenatórios. 4 Análise crítica dos critérios decisórios apresentados. 5 Conclusão. 6 Referências.

I. INTRODUÇÃO

Os contornos sociais e econômicos que os dados acerca da corrupção expõem a cada dia revelam a crise que perpassa a Administração Pública brasileira, bem como a gravidade e extensão de seus reflexos junto à sociedade.

Trata-se do desvio de somas vultosas que comprometem a garantia dos direitos mais básicos à população, ou, ainda, da obtenção de vantagens indevidas que confrontam o princípio da igualdade, base de todo o sistema administrativo.

Dada a seriedade e reincidência das práticas corruptivas, bem como o inconformismo de toda a sociedade para com esta triste realidade, ainda saltam aos olhos e se repetem as notícias dando conta da contratação de familiares no setor público, denominada nepotismo.

A fim de verificar a existência, ou não, de uma provocação ao Poder Judiciário acerca de tal prática, procedeu-se a uma pesquisa junto ao *site* do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (<http://www.tjrs.jus.br>), buscando identificar os contornos e critérios utilizados para fins de condenação ou absolvição envolvendo o nepotismo.

A pesquisa foi realizada junto ao campo específico de pesquisa jurisprudencial, delimitando como critério temporal o interregno entre 24 de setembro de 2013 e 24 de setembro de 2014, considerando a data de publicação das decisões. No campo destinado às palavras ou termos a serem pesquisados, inseriu-se a palavra “nepotismo”.

Para fins de compreensão, apresenta-se o preenchimento dos campos da pesquisa quantitativa realizada: i) no campo destinado a palavras-chave, digitou-se: nepotismo; ii) órgão julgador: todos; iii) relator: todos; iv) seção: cível e criminal; v) tipo de processo: todos; vi) número: nenhum; vii) comarca de origem: nenhuma; viii) data de julgamento: nada; ix) data de publicação: 24/09/2013 a 24/09/2014; x) no campo “procurar resultados”: com todas as palavras: nepotismo; com a expressão: nada; com qualquer uma das palavras: nada; sem as palavras: nada; expressão na busca livre: “nepotismo”; xi) classificar: por data decrescente.

O resultado obtido com a busca realizada nos termos e parâmetros acima apresentados foi de um total de vinte acórdãos.⁴

A fim de possibilitar a identificação dos critérios utilizados pelo Poder Judiciário no julgamento da prática de nepotismo, excluíram-se do objeto de análise deste artigo aquelas decisões que não tratam de análise meritória final - na medida em que a inclusão de decisões interlocutórias não permitiria vislumbrar a efetiva utilização dos critérios de julgamento, eis que se trata de julgados cujos processos ainda não foram sentenciados -, chegando-se a um total de seis decisões a serem examinadas.

⁴ Processos n° 70059256479, 70059369389, 70057381006, 70059024109, 70057212482, 70055698708, 70056257538, 70056817703, 70056411994, 70056401359, 70056697493, 70057780462, 70057098170, 70056735103, 70061655056, 70061232575, 70061151445, 70061130290, 70056858780, 70056176951.

Ainda, buscando facilitar a visualização e compreensão da pesquisa procedida, a apresentação dos resultados discutirá separadamente os casos de absolvição e os de condenação, buscando tecer um rápido resumo acerca dos fatos ocorridos, de modo a permitir ao leitor a visualização de cada problema proposto.

Por fim, esclarece-se que um acórdão, dentre esses seis resultados antes apontados, trata especificamente do nepotismo cruzado. Considerando que essa forma de prática de nepotismo possui características próprias e que permitem a sua diferenciação das demais práticas, o mesmo será analisado em um específico tópico deste artigo.

Traçados os limites da pesquisa realizada, bem como os dados quantitativos a serem analisados, proceder-se-á agora primeiramente a uma rápida conceituação do termo “nepotismo”, e, posteriormente, à análise dos critérios utilizados pelo Tribunal para fins de condenação ou absolvição pela prática de nepotismo.

2. O NEPOTISMO NA VISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: CONCEITUAÇÃO

Considerando que tem por pretensão o presente trabalho a apresentação de uma visão objetiva acerca dos critérios utilizados pelo Poder Judiciário no julgamento dos casos envolvendo a prática de nepotismo, utilizar-se-á, também para fins de compreensão e conceituação do termo “nepotismo”, o entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca de tal prática.

Assim, no julgamento da Medida Cautelar em Ação Declaratória n. 12-6/DF, lê-se junto ao voto do ministro Carlos Britto as margens definidoras do que se pode conceber por nepotismo:

Traduzido este no mais renitente vezo da nomeação ou da designação de parentes não concursados para trabalhar, comissionadamente ou em função de confiança, debaixo da aba familiar dos seus próprios nomeantes. Seja ostensiva-

mente, seja pela fórmula enrustida do ‘cruzamento’ (situação em que a autoridade recruta o parente de um colega para ocupar cargo ou função de confiança, em troca do mesmo favor).

Trata-se, pois, do ato do agente público de atribuir ao seu familiar, através do uso de seu cargo, não apenas a facilitação de acesso ao serviço público, mas sim a imediata investidura no cargo ou comissão. Conforme lembra o ministro, constitui-se em conduta contrária aos princípios administrativos, em especial os princípios da impessoalidade, da eficiência e da igualdade. Desse modo, ressalta que, em via oposta ao que indica o patrimonialismo secular que perpassa a Administração Pública brasileira, já não mais se pode admitir a facilitação do ingresso de parentes junto ao serviço público.

Mais uma vez, como bem aponta o ministro Carlos Britto, em seu já mencionado voto junto à Medida Liminar em Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 12-6/DF, o resultado ou consequência prática do nepotismo vai além de garantir o emprego a diversas pessoas de uma mesma família: acaba por dar causa a “[...] uma superafetação de renda, poder político e prestígio social”.

Ou seja, um mesmo núcleo familiar acaba por concentrar por vezes o poder de diversos setores administrativos de um mesmo município ou Estado, o que no transcorrer dos tempos acaba por criar um sistema de blindagem - decorrente da alta concentração de renda e prestígio já alcançados.

Desse modo, a edição da Resolução n. 07 do Conselho Nacional de Justiça e da Súmula Vinculante n. 13 do Supremo Tribunal Federal, com a delimitação daquilo que se compreende por nepotismo, corresponde a uma das formas de combate à corrupção.

A Resolução n. 07, oriunda do Conselho Nacional de Justiça e voltada especialmente ao Poder Judiciário, traz especial destaque aos princípios norteadores da Administração Pública, lembrando claramente o dever de sua observação pelo Estado:

O PRESIDENTE DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, no uso de suas atribuições,
CONSIDERANDO que, nos termos do disposto no art. 103-B, § 4º, II, da Constituição Federal, compete ao Conselho zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei;
CONSIDERANDO que a Administração Pública encontra-se submetida aos princípios da moralidade e da impessoalidade consagrados no art. 37, *caput*, da Constituição; [...].

Veda, assim, o nepotismo em qualquer esfera do Poder Judiciário, estabelecendo como nulos os atos decorrentes da inobservância da proibição, trazendo em seu corpo um rol exemplificativo de tais práticas corruptas.

A Súmula Vinculante n. 13 do Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, alarga a sua aplicabilidade, passando a vincular a sua proibição de nepotismo a quaisquer órgãos e entidades de qualquer do Poderes que compõem o Estado brasileiro:

Súmula 13 STF - A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.

Uma vez delineado o conceito do nepotismo e identificada a sua uti-

lização na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, abordar-se-á no próximo capítulo as práticas de nepotismo julgadas em segunda instância pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul no período de 24 de setembro de 2013 e 24 de setembro de 2014.

3. O NEPOTISMO SEGUNDO O TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

O nepotismo, como já antes referido, mostra-se como uma das práticas corruptivas mais arraigadas no Brasil, de modo que, mais do que meramente transformar a Administração Pública em um cabide de empregos familiar, possibilitou a criação de uma elite política e social, em razão da concentração de cargos e acesso privilegiado aos recursos públicos.

Entretanto, a criação da Resolução n. 07 do Conselho Nacional de Justiça e da Súmula Vinculante n. 13 do Supremo Tribunal Federal mostra que a sociedade brasileira já não mais admite tal prática corruptiva, exigindo por parte do Poder Judiciário a tomada de decisões e a criação de normas indicadoras de condutas passíveis de repreensão.

Assim, a presente pesquisa buscou identificar, mediante a análise de julgados do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, quais os critérios utilizados para fins de absolvição ou condenação pela prática de nepotismo.

Esclarece-se mais uma vez que, dentre os resultados obtidos com a metodologia antes apontada, excluíram-se aqueles em que não ocorreu análise meritória final, na medida em que se trataria de informações não seguras para fins de uso na presente pesquisa - a qual visa apresentar dados objetivos acerca dos critérios usados para fins de condenação ou absolvição nas acusações de nepotismo.

3.1. Critérios de absolvição

Perante a temática delimitada foram identificados dois acórdãos

que, ao analisarem o mérito das possíveis práticas de nepotismo, decidiram pela absolvição dos réus. Assim, passa-se a analisar, individualmente, cada acórdão, relevando-se aos critérios fundamentadores dos julgados.

O primeiro acórdão trata da Apelação Cível n. 70057212482, julgada pela Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça gaúcho, na data de 26 de março de 2014. As razões recursais, propostas pelo réu, e então prefeito municipal, se insurgem contra a sentença, proferida pelo Juízo da origem na Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público, que o condenou por ato de improbidade administrativa decorrente da nomeação de seu sobrinho para a função de tesoureiro municipal.

O recurso foi provido de forma unânime, porém os critérios absolutórios nos votos da relatora e do revisor divergem. A primeira (Des. Laura Louzada Jaccottet), com amparo na prova produzida, entendeu que a função de tesoureiro exercida pelo sobrinho do réu, embora não fosse propriamente a de secretário municipal, a esta se equipareu, pois o mesmo era responsável pela Secretaria da Fazenda local, e a relação hierárquica vincula-se tão somente ao prefeito municipal. Logo, a relatora em seu voto concluiu pelo caráter eminentemente político do cargo exercido e em debate, razão pela qual, amparando-se e citando decisões do Supremo Tribunal Federal⁵, não vislumbrou no caso concreto qualquer violação aos termos da Súmula Vinculante n. 13 do STF por parte da autoridade ré.

O revisor (Des. Ricardo Torres Hermann), por sua vez, não entendeu que a função em comento se equipara a cargo político, mas votou pela absolvição por considerar que não restou comprovado nos autos o dolo na conduta em questão, o que afasta a configuração do ato de improbidade administrativa capitulada no artigo 11 da Lei n. 8.429/92. A desembargadora presidenta (Lúcia de Fátima Cerveira) acompanhou o voto do relator.

Já o segundo acórdão trata-se da Apelação Cível n. 70056401359,

5 Reclamações n. 16.363, 14.316, 14.223, 12.478, 6.938, 6.702 e 6.650.

julgada pela Vigésima Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, na data de 03 de outubro de 2013. As razões recursais, propostas pelo Ministério Público, insurgem-se contra a sentença, proferida pelo Juízo da origem, que absolveu os réus - nove vereadores - perante a Ação Civil Pública por atos de improbidade administrativa - nomeação de servidores com vínculo de familiaridade para o exercício de função junto à respectiva Casa Legislativa.

O recurso por ora abordado foi improvido de forma unânime, através dos seguintes critérios absolutórios: a) ausência probatória de elementos a configurar o dolo na contratação dos servidores (familiares); b) inaplicabilidade da Súmula Vinculante n. 13 do STF, uma vez que as contratações do caso em tela são anteriores à edição da súmula citada; c) por se tratar de funções nomeadas por vereadores, a Súmula Vinculante n. 13 não alcança os cargos políticos.

3.2. Critérios de condenação

Da mesma forma em que foram abordados os julgados absolutórios concernentes a atos de nepotismo, passa-se a analisar os critérios fundamentadores das quatro decisões condenatórias de mérito identificadas ante a temática delimitada. Destaca-se que o quarto acórdão condenatório identificado trata de situação configuradora de “nepotismo cruzado”, razão pela qual será melhor estudado no item subsequente, já que oportuna uma breve conceituação.

O primeiro acórdão a ser analisado diz respeito à Apelação Cível n. 70056697493, julgada pela Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, na data de 03 de outubro de 2013. A interposição recursal foi proposta ante o inconformismo com a sentença de primeiro grau que julgou procedente a Ação Civil Pública movida pelo Ministério Público, em decorrência do ato de prefeito municipal, com a aderência da chefe do Departamento de Recursos Humanos do mesmo município, que nomeou o filho para cargo comissionado.

De forma unânime, a câmara julgadora deu parcial provimento ao

recurso, atenuando a pena de proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário para cinco anos, porém mantendo a condenação.

Os fundamentos condenatórios se sustentaram nas seguintes razões: a) refutou-se a tese de defesa que sustentava a inexistência de norma de vedação do nepotismo em âmbito municipal através do artigo 20, § 5º, da Constituição Estadual do Estado do Rio Grande do Sul, que veda a contratação de cônjuges, companheiros ou parentes até o segundo grau para ocuparem cargos em comissão, bem como com amparo no artigo 37 da Constituição Federal de 1988; b) quanto à alegação de que não se aplicaria a Súmula Vinculante n. 13 ao presente caso, por ser ela posterior à admissão contestada, também não foi acolhida, pois entenderam os julgadores que tal entendimento sumular apenas sedimenta um sentido já pacificado acerca da matéria, motivo pelo qual não há de se falar em sua retroatividade ou irretroatividade; c) julgaram no sentido de que, no caso de prática de nepotismo, é desnecessária a prova de prejuízo ao erário para configurar a improbidade administrativa, haja vista que decorre da violação dos princípios que norteiam a Administração Pública, em especial o princípio da impessoalidade, da moralidade e da legalidade

O segundo acórdão versa sobre a Apelação Cível n. 70057098170, julgada pela Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, na data de 20 de novembro de 2013. A origem trata-se de recurso, interposto pelo Ministério Público, em face da sentença de origem que, nos autos da Ação Civil Pública Declaratória de Nulidade de Ato Administrativo, julgou parcialmente procedente a pretensão.

A origem fática concerne à manutenção da efetivação da esposa de vice-prefeito municipal ao cargo comissionado de diretora de creche municipal.

Por maioria - votos do relator Des. João Barcelos de Souza Júnior e do revisor Des. Heleno Tregnago Saraiva -, a câmara julgadora entendeu pela majoração da condenação, amparando a tese condenatória nos

seguintes critérios: a) incontestável a ocorrência fática de nepotismo, vedada pela Súmula Vinculante n. 13 do Supremo Tribunal Federal; b) o fato de a esposa do vice-prefeito ter sido provida por livre nomeação antes mesmo da gestão deste não tem o condão de afastar a ocorrência de nepotismo, pois entenderam os julgadores que a Súmula Vinculante n. 13 impede a manutenção de parentes na máquina pública, tendo em vista que, se o verbete alcança as situações futuras, em que a autoridade nomeante não pode nomear, nas situações ali constantes, parentes e cônjuges, igualmente e com maior razão não podem os gestores mantê-los na Administração Pública. O contrário seria admitir o nepotismo, ou seja, a institucionalização da família na Administração Pública.

Por fim, o terceiro acórdão analisado diz respeito à Apelação Cível n. 70056735103, julgada pela Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça gaúcho, na data de 20 de novembro de 2013. A interposição recursal foi proposta pelo município, irresignado com a sentença de parcial procedência da Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público, que declarou a nulidade do ato de nomeação de secretário municipal de Educação e determinou sua pronta exoneração, por ser sobrinho do secretário municipal de Obras, Habitação, Trânsito e Transportes, o que configura o nepotismo. Em suas razões recursais o município aduziu que a vedação de contratação de parentes até o terceiro grau não se aplica aos cargos de natureza política, tais como o de secretário municipal.

Em julgamento, a câmara por maioria - votos do relator Des. João Barcelos de Souza Júnior e do revisor Des. Heleno Tregnago Saraiva - entendeu por negar provimento ao apelo, mantendo a condenação através dos seguintes critérios decisórios: a) não vislumbram qualquer hipótese de afastamento da caracterização do nepotismo, tendo em vista a afronta aos princípios constitucionais da impessoalidade e da moralidade, decorrente do ato de nomeação para o cargo de secretário municipal da Educação, sendo sobrinho de outro ocupante de cargo político - secretário municipal de Obras; b) com amparo no julgamento do Agravo de Instrumento n. 70051067338 do TJ/RS, entenderam que o exercício de cargos políticos por pessoas que mantenham laços familia-

res com autoridades públicas não exclui necessariamente a configuração da prática de nepotismo, ou seja, não afasta a incidência da Súmula Vinculante n. 13 do STF.

3.3. Nepotismo cruzado: critérios condenatórios

Conforme acima destacado, perante a temática delimitada foi identificado um acórdão condenatório versando sobre a prática de nepotismo cruzado. Assim, passa-se a uma breve conceituação de nepotismo cruzado e, após, à análise dos critérios fundamentadores da condenação.

A Súmula Vinculante n. 13 do Supremo Tribunal Federal prevê em seu texto a ocorrência do nepotismo cruzado no caso de “ajuste mediante designações recíprocas”.

Ou seja, a característica que difere o nepotismo cruzado do nepotismo geral diz respeito à conjugação de esforços entre dois agentes públicos, que empregam os familiares um do outro de modo recíproco, no intuito de burlar a prática corriqueira de contratação direta.

Tão logo, o nepotismo cruzado afigura-se quando dois agentes públicos empregam familiares um do outro como troca de favor. Aqui, há de se destacar que é imperiosa a ocorrência da reciprocidade de favores para a configuração desta espécie.

O acórdão versando sobre o caso de nepotismo cruzado trata da Apelação Cível n. 70057780462, julgada pela Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça gaúcho, na data de 30 de janeiro de 2014. As interposições recursais foram propostas por dois funcionários municipais/cargos comissionados contra sentença que julgou procedente a Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público, decretando a nulidade do ato de nomeação dos mesmos junto à empresa de comunicação municipal, por ficar demonstrada a prática de nepotismo cruzado.

Em análise das razões recursais, a câmara julgadora, unanimemente, desproveu os apelos, mantendo a condenação sentencial de origem. Os critérios utilizados para a certeza da configuração do nepotismo cru-

zado foram os seguintes: a) os elementos probatórios colhidos aos autos demonstraram que a nomeação dos demandados para os cargos de direção da empresa pública municipal (companhia de informática) configura nepotismo, visto que são filhos de vereadores do município; b) a prova testemunhal e documental demonstrou que houve “troca de favores” com a indicação dos cargos de diretor para filhos de vereadores de partidos políticos específicos; c) destacou-se o desprovemento, por parte dos réus, de conhecimentos técnicos a justificar a nomeação a cargo de diretores de empresa pública de informática.

Destaca-se, assim, que, além da prova da assunção do cargo ou função pública em razão do grau de parentesco e do desconhecimento técnico pelos recém-contratados, restou comprovada a troca de favores entre os agentes públicos, caracterizando-se o nepotismo cruzado.

4. ANÁLISE CRÍTICA DOS CRITÉRIOS DECISÓRIOS APRESENTADOS

Como se viu nos itens anteriores, as decisões sob análise se utilizaram de diferentes critérios a fim de julgarem pela condenação ou absolvição pela prática de nepotismo.

Tais motivos, no entanto, revelam uma dissonância de critérios e entendimentos dentro do mesmo órgão julgador, conduzindo por vezes a decisões não unânimes e baseadas em argumentos de ordem principiológica e não objetiva, quando não contraditória.

Entendeu-se, assim, a título de exemplificação, que, mesmo nos atos sob análise anteriores à edição da Súmula Vinculante n. 13 do Supremo Tribunal de Federal, é vedada a prática do nepotismo e a mesma é passível de condenação judicial.

Argumentou-se, pois, que, mesmo ante a inexistência de expressa orientação vinculativa, já se encontrava sedimentado o entendimento jurisprudencial pela vedação do nepotismo - de modo que não cabível a tese de inaplicabilidade da norma em razão de critério temporal.

Todavia, quando da análise dos critérios que conduziram à absolvi-

ção de outro acusado, verifica-se que dentre os argumentos utilizados está a inaplicabilidade da Súmula Vinculante n. 13 às situações ocorridas anteriormente à sua edição.

Percebe-se, pois, que, dependendo do acórdão a ser analisado pelo pesquisador, um mesmo argumento é utilizado de forma contraditória e indicado como fundamento para resultados opostos.

Ou seja, não é possível extrair da análise jurisprudencial procedida a certeza, ou ao menos um forte indício, que permita fazer concluir pela aplicabilidade ou inaplicabilidade da Súmula n. 13 aos casos que lhe são anteriores.

Da mesma forma, compreendeu o tribunal que, para fins condenatórios, não se faz necessária a prova de danos ao erário público na prática do nepotismo, na medida em que se trata de uma ação contrária aos princípios que norteiam a Administração Pública - com especial destaque aos princípios constitucionais da moralidade e impessoalidade.

Ou ainda, julgou-se pela incidência da Súmula Vinculante n. 13 mesmo nos casos que envolvam a nomeação de parentes para cargos políticos - que são preenchidos por livre nomeação.

Entretanto, da análise dos julgados que entenderam pela absolvição, acima referidos, é possível extrair que em um dos votos (o qual prevaleceu no julgamento), utilizou-se o argumento de que não se configura prática de nepotismo nas nomeações que envolvam cargos políticos.

Ou seja, um mesmo argumento é usado por um mesmo tribunal em sentidos e em finalidades totalmente diversas. Ora serve de justificativa para a absolvição, ora serve de fundamentação para a condenação.

Desse modo, compreende-se que, mais do que condenar ou absolver por razões de ordem meramente técnica, é clara a intenção dos julgadores de moralizar a Administração Pública, buscando outros critérios que permitam identificar a prática de nepotismo em diversos atos, impedindo o engessamento do sistema.

CONCLUSÃO

Da análise da pesquisa procedida, cujos elementos centrais foram acima abordados, é possível perceber a tentativa do Poder Judiciário em atuar positivamente no combate à corrupção, através da edição de súmulas vinculantes e resoluções que buscam identificar e caracterizar o nepotismo enquanto prática corruptiva.

Seja através de regramento específico a atingir apenas o seu sistema organizacional, ou alargando o seu campo de atuação, estendendo-se a todas as esferas e Poderes estatais, resta claro que o Poder Judiciário compreendeu a gravidade da repercussão dos atos corruptivos e o seu papel de destaque na luta contra tais desmandos.

Acerca da atuação específica do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, nos casos objeto da presente pesquisa, extrai-se que as decisões se pautam pela pretensão de moralização da Administração Pública, sem que, no entanto, estabeleçam-se critérios fixos que conduzam à absolvição ou condenação pela prática do nepotismo.

O estudo realizado permitiu visualizar que um mesmo argumento é utilizado como base para decisões de sentidos opostos, ora permitindo a absolvição, ora conduzindo à condenação.

Ou seja, da análise da jurisprudência oriunda do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, não há como se estabelecer uma certeza acerca dos critérios utilizados como base das suas decisões.

Contudo, a crítica aqui realizada em nada desmerece o serviço prestado pelo Judiciário à sociedade na constante busca pela moralização da Administração Pública brasileira.

Não se pode olvidar que as fontes normativas aqui citadas e efetivamente utilizadas nos acórdãos analisados, Resolução n. 07 do Conselho Nacional de Justiça e Súmula Vinculante n. 05 do Supremo Tribunal Federal, foram concebidas justamente no seio do Poder Judiciário, e revelam a vanguarda deste no tratamento do tema que carece de regulamentação legislativa.

Extrai-se, assim, que a atenção do Judiciário está voltada para o

combate ao nepotismo, e sua atuação, em conjunto com a sociedade brasileira, revela-se um dos mecanismos mais eficazes a impedir o uso da Administração Pública para fins de expansão de poder nas relações de parentesco.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução n. 07, de 18 de outubro de 2005*. Disciplina o exercício de cargos, empregos e funções por parentes, cônjuges e companheiros de magistrados e de servidores investidos em cargos de direção e assessoramento, no âmbito dos órgãos do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/resolucao/rescnj_07.pdf>. Acesso em: 02 fev. 2015.

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 14 out. 2015.

_____. *Lei n. 8.429, de 02 de junho de 1992*. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm>. Acesso em: 02 fev. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. *MC/AD n. 12-6/DF*. Relator Ministro Carlos Britto. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 03 mar. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante n. 13*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 03 mar. 2015.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível n. 70057212482*. Relatora Laura Louzada Jaccottet. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 03 mar. 2015.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível n. 70056401359*. Relator Carlos Eduardo Zietlow Duro. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 03 mar. 2015.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível n.*

70056697493. Relator Sergio Luiz Grassi Beck. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 03 mar. 2015.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível n. 70057780462*. Relator Luiz Felipe Silveira Difini. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 03 mar. 2015.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível n. 70057098170*. Relator João Barcelos de Souza Junior. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 03 mar. 2015.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível n. 70056735103*. Relator João Barcelos de Souza Junior. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 03 mar. 2015.

PATOLOGIAS CORRUPTIVAS E AS MÚLTIPLAS FACES IMBRICADAS À RELEVÂNCIA DA TUTELA DOS DIREITOS HUMANOS¹

JONATHAN AUGUSTUS KELLERMANN KAERCHER²

RESUMO: O presente artigo objetiva trabalhar com alguns diagnósticos dos impactos que o fenômeno da corrupção causa aos direitos humanos e fundamentais, como isso é cada vez mais concentrado em todo o Ocidente, haja vista que a corrupção se encontra dispersa no corpo político, sendo, por consequência, tolerada pela comunidade, de maneira que as pessoas mais necessitadas sofrem de forma mais direta com os efeitos disso, eis que as estruturas dos poderes instituídos se ocupam, por vezes, mais com os temas que lhes rendem vantagens, seja de grupos, seja de indivíduos, do que com os interesses públicos vitais existentes. Assim, é preciso reconhecer, ao fim e ao cabo, as múltiplas redes de relações que estão imbricadas ao tema da corrupção.

PALAVRAS-CHAVE: Corrupção. Direitos fundamentais. Democracia.

-
- 1 Artigo produzido no grupo de pesquisa “Patologias Corruptivas”, vinculado ao Centro de Estudos e Pesquisas em Políticas Públicas, da Unisc, e do PPGD da mesma instituição, coordenado pelo prof. dr. Rogério Gesta Leal. Trabalho apresentado e selecionado no I Seminário Nacional Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis, realizado nos dias 22 e 23 de outubro de 2015, na Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público.
 - 2 Jonathan Augustus Kellermann Kaercher é advogado e mestrando no Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul/RS (2015-2016) com Taxa da Capes. É integrante do grupo de pesquisa “Patologias Corruptivas nas Relações entre Estado, Administração e Sociedade: causas, consequências e tratamentos”, coordenado pelo professor doutor Rogério Gesta Leal. E-mail: jonathanaugustus@hotmail.com.

ABSTRACT: *The purpose of this article work with some diagnostics of the impacts that the phenomenon of corruption causes to human rights and fundamental, and this is increasingly concentrated throughout the West, given that corruption is dispersed in the body politic, and, by consequently, tolerated by the community, so that those most in need suffer more directly with the effects of this, behold, the structures of the powers that be are concerned sometimes with subjects that pay them benefits be groups, whether of individuals than with existing vital public interests. Thus, it must be acknowledged, after all, the multiple networks of relationships that are embedded the issue of corruption.*

KEYWORDS: *Corruption. Fundamental Rights. Democracy.*

I. NOTAS INTRODUTÓRIAS

Pretendemos tratar neste texto, ao menos a título exemplificativo, dos efeitos nefastos que a corrupção causa aos direitos humanos e fundamentais, no Brasil e no exterior.

Vários órgãos e pesquisas internacionais têm desde há muito evidenciado que aqueles direitos são letalmente impactados pelos atos corruptivos, na medida em que, por exemplo,

the ability to promote and protect civil and political rights rests upon effectively combating political and judicial corruption (and vice versa). Transparency and access to information empower individuals to make informed decisions - from exercising their voting rights, to monitoring how state expenditures are spent (ANECHIARICO; JACOBS, 1998, p. 71).

Quando a corrupção encontra-se dispersa em todo o corpo político e mesmo tolerada pela comunidade, as pessoas mais necessitadas sofrem de forma mais direta com os efeitos disso, haja vista que as estruturas dos poderes instituídos se ocupam, por vezes, mais com os temas que lhes rendem vantagens, seja de grupos, seja de indivíduos, do que com os interesses públicos vitais existentes: hospitais públicos deixam de atender pacientes na forma devida porque são desviados recursos da saúde para outras rubricas orçamentárias mais fáceis de serem manipu-

ladas e desviadas como prática de suborno e defraudação; famílias em situação de pobreza e hipossuficiência material não podem se alimentar porque os recursos de programas sociais são desviados para setores corruptos do Estado e da sociedade civil; as escolas públicas não têm recursos orçamentários para a aquisição de material escolar em face dos desvios de recursos para outros fins, e os alunos ficam sem condições de formação minimamente adequadas.

Eis o tema a desenvolver.

II. NÃO HÁ LIMITES PARA OS IMPACTOS NEGATIVOS DA CORRUPÇÃO: OS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS COMO ALVOS

Em matéria publicada no *New York Times*, em 09 de outubro de 2012, o jornalista Simon Romero não mede palavras para dizer que: “Brazilians are so used to impunity, especially when it comes to the legendary corruption in their political system, that they often employ a fatalistic maxim to describe it: The police arrest; the courts set free”³, referindo-se exageradamente (como é próprio de algumas linguagens jornalísticas), por óbvio, às tendências históricas do país em acostumar-se com a corrupção enquanto elemento intrínseco da política e das instituições, o que não se pode aceitar em hipótese alguma.

A questão é que fenômenos multifacetais como a corrupção não podem ser tratados como passíveis de soluções mágicas, imediatas e midiáticas, como parece desejar o articulista sob comento, quando assevera que:

A political hero of sorts is even emerging in the case: Mr. Barbosa, 58, the court’s only black justice, who is overseeing the trial. Masks of his face are already being sold in advance of the annual Carnival celebration, and computer-manipula-

3 <http://www.nytimes.com/2012/10/10/world/americas/brazilian-corruption-case-raises-hopes-for-judicial-system.html>

ted images of him clad in superhero outfits have been circulating on the social media.

Ele deixa de perceber que tais questões reclamam mudanças profundas em hábitos e costumes culturais, políticos e institucionais.

Heloisa Starling, em instigante texto, lembra que:

na sua origem grega, a palavra corrupção aponta para dois movimentos: algo que se quebra em um vínculo; algo se degrada no momento dessa ruptura. As consequências são consideráveis. De um lado, quebra-se o princípio da confiança, o elo que permite ao cidadão associar-se para interferir na vida de seu país. De outro, degrada-se o sentido do público. Por conta disso, nas ditaduras, a corrupção tem funcionalidade: serve para garantir a dissipação da vida pública. Nas democracias - e diante da República - seu efeito é outro: serve para dissolver os princípios políticos que sustentam as condições para o exercício da virtude do cidadão (STARLING, 2008, p. 259).

É claro que, por outro lado, a corrupção também pode atingir esses direitos fundamentais pela via dos comportamentos corruptivos de alguns cidadãos - evidenciando, por certo, a falha estatal de evitar isso -, como quando alguém paga suborno para obter determinado tratamento médico-hospitalar; ou paga suborno para conseguir vaga escolar, condutas estas que estão a violar os sistemas de ensino e de saúde existentes. E até indiretamente, como quando autoridades estatais permitem, pela via do suborno, que sejam comercializados resíduos tóxicos e depositados sem as cautelas devidas em áreas de densidade demográfica significativa, gerando às pessoas dessas localidades danos a sua saúde ao longo do tempo.

Veja-se que aqui há, da mesma sorte, explícita violação do direito de igualdade que as Constituições contemporâneas garantem de modo geral, pois se dá tratamento diferenciado a pessoas em face de serviços

e atividades que deveriam atender de forma isonômica a todos (PRESTON; SAMFORD, 2002, p. 54).

Por tais razões é que Rose-Ackerman tem insistido na tese de que as sociedades contemporâneas não podem funcionar sem altos níveis de confiança, chegando ao ponto de sustentar que “trust and a strong civil society are taken to be synonymous”⁴, exatamente porque representa esta confiança um valor cívico, ético e moral que aumenta consideravelmente a qualidade democrática das relações interpessoais, interinstitucionais e políticas em geral, o que faz com que o Estado ganhe altos índices de legitimidade social, gerando anticorpos eficientes às patologias corruptivas cotidianas.

Como diz Lambsdorff, tais demandas envolvem direitos fundamentais civis, políticos, sociais, econômicos e culturais, sem distinção, implicando altos custos de investimento e proteção, profundamente atingidos por atos corruptivos que esvaziam os recursos públicos:

the obligation to fulfill requires the state to take measures to ensure that people under its jurisdiction can satisfy basic needs (as recognized in human rights instruments) that they cannot secure by their own efforts. Although this is the key state obligation in relation to economic, social and cultural rights, the duty to fulfill also arises in respect to civil and political rights. It is clear, for instance, that enforcing the prohibition of torture (which requires states to investigate and prosecute perpetrators, pass laws to punish them and take preventive measures such as police training), or providing the rights to a fair trial (which requires investment in courts and judges), to free and fair elections, and to legal assistance, all require considerable costs and investments (LAMBSDORFF, 2007, p. 88).

Por outro lado, todos os indivíduos são dotados de direitos humanos,

4 <http://papers.ssrn.com/abstract=283429>

e todos os Estados estão obrigados a garantir que sua população usufrua desses direitos. Por sua vez, cada direito humano tem a favor de si específicas obrigações por parte dos Estados e mesmo por parte dos indivíduos entre si; ocorre que, para as pessoas efetivamente usufruírem de seus direitos fundamentais, o Estado precisa cuidar para que haja condições favoráveis para tanto, assim é que se diz que os Estados precisam respeitar, proteger e fazer cumprir todos esses direitos, sendo que:

the obligation to respect requires states to refrain from interfering directly or indirectly with the enjoyment of human rights. The obligation to protect requires states to prevent third parties from interfering in any way with the enjoyment of human rights. States must also fulfill human rights, thus have to take positive measures to assist individuals and communities in enjoying those rights (GARDNER, 2002, p. 29).

Há clara violação de direitos humanos quando um ato ou omissão do Estado não se encontra conforme suas obrigações de respeito, proteção e efetivação daqueles direitos sob sua jurisdição. Todavia, para que se tenha mais clareza em tais questões, é importante determinar que condutas são perquiridas por parte dos Estados relacionadas a cada direito, o que depende, no mínimo, dos precisos termos e condições das responsabilidades desses Estados em face dos direitos humanos e fundamentais - até em face do argumento normativo-positivista de obrigatoriedade legal das instituições estatais que impera no país, com reflexos na dificuldade dogmática do reconhecimento de vinculatividade daqueles direitos vigentes nos tratados e pactos internacionais ainda não plenamente incorporados na legislação nacional.

Uma primeira dificuldade hermenêutica que se coloca aqui é saber quais os sentidos que se pode atribuir ao termo “violação” (de direitos humanos e fundamentais) no particular. Só há violação quando se rompe a ordem legal escrita - aqui compreendida em toda a sua extensão prin-

ciológica e regratória? Parece que sim, a uma, porque se estendeu em muito os significados e sentidos das normas jurídicas com o fenômeno - por vezes exagerado e distorcido - da abertura s'ignica dos conteúdos normativos, a ponto de ampliar as possibilidades configurativas de direitos; a duas, é preciso parâmetros também objetivos de expansão dos sentidos das normas, sob pena de se instituir, com incontrolável subjetividade, *locus* autoritário de poder decisional sobre o que significam.

Para os fins de determinar se práticas individuais corruptivas violam direitos humanos é indispensável, por primeiro, identificar quais ações ou omissões são exigidas do Estado para proteger, respeitar e efetivar esses direitos, razão pela qual o claro entendimento dos objetos e conteúdos desses direitos é necessário à delimitação das responsabilidades estatais.

Em segundo lugar, a prática corruptiva precisa ser analisada no contexto dos objetivos e conteúdos dos direitos humanos ou fundamentais envolvidos, verificando se ela afeta tais conteúdos de forma direta ou indireta, e se o Estado falha em dar conta de sua obrigação de protegê-los, respeitá-los e efetivá-los.

Não há dúvidas de que a corrupção encontra-se diretamente conectada à violação dos direitos humanos e fundamentais, notadamente quando os atos corruptivos são utilizados como formas de violação do sistema jurídico como um todo (o caso de suborno de servidores públicos para agilizarem procedimentos burocráticos), o que afeta, por si só, a ordem jurídica posta, além de provocar impactos localizados na rede de direitos e garantias vigente (eis que, nesse exemplo, outros expedientes podem ser atrasados ou deixados de lado). Como diz Michael Johnston: “When an individual in order to have access to health or education needs to bribe a doctor to obtain medical treatment or a teacher to be allowed to attend a class his right to health and education is infringed by corruption” (JOHNSTON, 2001, p. 44).

Em termos de comércio mundial parece não ser difícil encontrar situações que envolvem o pagamento de propinas para que resíduos tóxicos sejam importados ilicitamente de determinados países, o que

configura ato corruptivo de profundo impacto aos direitos fundamentais difusos envolvendo o meio ambiente e até de forma mais direta, em face dos riscos à saúde que pode provocar. Veja-se que, no caso, o direito à saúde ou o direito ao meio ambiente não foram diretamente violados pelo pagamento de propina ou suborno, mas esse comportamento corruptivo foi determinante para que, reflexamente, se potencializassem os riscos dos danos referidos em face da geração de cadeias contaminantes.

Para Paolo Mauro, algumas diretrizes importantes já foram constituídas à indagação sobre as tipologias de violações de direitos envolvendo atos corruptivos, a partir das quais, com mais segurança e clareza, se pode precisar o ocorrido, a saber: (a) identificar bem a prática corruptiva em jogo, estabelecendo de forma objetiva quais os comportamentos que se enquadram como tais, identificando os perpetradores, vítimas e violações praticadas; (b) delimitar se as violações praticadas afetam efetivamente direitos fundamentais, demarcando bem os escopos e conteúdos desses direitos atacados, bem como estabelecendo quais as obrigações estatais firmadas no que tange aos direitos em questão; (c) identificar quais os âmbitos e limites de responsabilidades estatais nos casos específicos de violações daqueles direitos, e se há providências institucionais a serem tomadas em face das vítimas e suas reparações, evidenciando ainda se os prejuízos sofridos decorreram por conta exclusiva ou concorrente da falha do Estado em respeitar, proteger e dar efetividade aos direitos, ou seja, “establish how direct is the connection between the corrupt act and harm suffered by the victim on the one hand, and the content of the human right and the obligation required from the state on the other hand” (MAURO, 1998, p. 110).

Tal raciocínio se aplica de igual sorte para o tema do direito a um processo justo, estabelecido, por exemplo, pelo art. 14 do Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos (ICCPR), da Organização das Nações Unidas (ONU), garantindo a toda pessoa humana uma justa, efetiva e eficiente administração do sistema de justiça (envolvendo todos os seus operadores), eis que ela é titular do direito de ter um tratamento

equânime e ser ouvido perante qualquer competente, independente e imparcial tribunal ou corte (PUTNAM, 2001).

Em termos de Cartórios Judiciais, por exemplo, pode-se dizer que os maiores problemas verificados no Brasil, em regra, se referem às dificuldades na gestão dos serviços burocráticos (GRANGEIA, 2011) e, quando descontrolados pela ausência de correição judicante, abrem espaços para privilégios e escolhas privadas de serventuários da Justiça - por conta de empatias pessoais ou mesmo por decorrência de subornos e propinas -, o que evidencia inconfundível prática corruptiva.

Veja-se que há também problemas por vezes envolvendo a não realização de audiências, intimações, citações, atos de mero expediente, atos que impliquem restrição de liberdade ou patrimonial, próprios de oficiais de justiça ou outros serventuários, cujas causas podem estar vinculadas a comportamentos corruptivos desses agentes em conluio com interessados, ou mesmo em face do desconhecimento das normas processuais e ausência de rotinas cartorárias que permitam a agilização necessária, ocasionando morosidade processual e cumprimento errado ou inadequado dos despachos e sentenças.

Por outro lado, o grande número de processos a despachar demonstra o emperramento processual tanto do sistema de justiça como, por vezes, no gabinete do juiz, fazendo com que o exercício da subjetividade do magistrado pese na eleição do que fazer primeiro - a despeito das diretrizes normativas cogentes que estabelecem prioridade material e processual dos interesses em litígio.

O exercício dessas escolhas pelo magistrado tem de ter monitoramento gerencial e institucional, sob pena de deixar espaços sem controle passíveis de serem ocupados por atos corruptivos, principalmente quando opta o juiz pela descentralização e delegação de atribuições à secretaria de cartórios para expedir despachos padronizados e realizar atos de ofício - criando nova instância decisional e de poder.

Já no que diz com as sentenças, muitas vezes o acúmulo de processos prontos para julgamento demonstra, de um lado, a falta de otimização (do uso) do tempo pelo juiz (que provavelmente o desperdiça

resolvendo situações que podem ser delegadas à secretaria), mas, por outro, vai gestando cenários de descontrole institucional que fomentam comportamentos corruptivos, porque oportunizam aos interessados lançar mão do que for necessário à obtenção da prestação da tutela jurisdicional.

Na medida em que a administração do sistema de justiça se vê contaminada com essas situações corruptivas, por certo que restam violados aqueles direitos internacional e nacionalmente assegurados à pessoa humana, mesmo que não decorra daí danos materiais específicos a ela, mas o sistema foi violado, e com ele a presunção de veracidade, imparcialidade, independência e confiança nas instituições.

Outra interessante questão envolvendo esse tema é o que diz com o fato de que, não raro, as Constituições contemporâneas no Ocidente têm previsto o direito fundamental ao trabalho e à cidadania - aliás, como já faz há tempo as normativas internacionais, e tal direito entendido não somente como possibilidade de escolher livremente o trabalho, mas o de ter acesso a oportunidades de trabalho digno. Nesse sentido, “the right to work is complemented by the prohibition of slavery, servitude and forced and compulsory labor (ICCPR Art. 8)” (ANECHIARICO; JACOBS, 1988, p. 66).

A ausência de vigilância nas relações de trabalho - principalmente privadas - por parte do Estado e seus fiscais ou mesmo a existência de conivência entre estes e empregadores ilícitos (atos corruptivos omisivos e comissivos) vão gerando redes de submissão de trabalhadores a condições indignas de labor, quase sob o regime da escravidão, com maus-tratos e violências assíduas. Direta ou indiretamente, o desvio de ativos financeiros de setores produtivos de forma ilícita vai fragilizando - dentre outras coisas - as condições de trabalho e os direitos sociais consectários, o que evidencia como ações corruptivas no setor privado também impactam direitos fundamentais.

Mesmo no campo da tradicional representação política que caracteriza a democracia representativa, a corrupção pode trazer profundos impactos aos direitos fundamentais políticos, considerando-se exata-

mente que essa tradição opera com a lógica de se constituir em direito de cada cidadão o envolvimento na condução dos negócios públicos através do exercício do voto, ou de ser candidato, em eleições justas e livres, fundadas na ideia de sufrágio universal através do voto secreto - aliás, disposição expressa do art. 25 do ICCPR (PINTO-DUCHINSKY, 2002).

Comportamentos corruptivos, como a compra de votos, transformando-os em mercadorias de troca ou venda, visando à persuasão de outrem para a escolha de candidatos ou mesmo para abster-se de votar, constituem histórica intervenção ilícita à integridade do processo eleitoral, sem falar nas questões de abuso do poder econômico relacionado ao financiamento privado de campanhas, falseamento da contagem de votos (cada vez mais rara em face dos processos eletrônicos do sufrágio), devendo o Estado instituir mecanismos efetivos de garantia ao processo eleitoral tanto para quem vota como para quem é votado.

Essa cadeia de negócios eleitorais espúrios vai gerando conexões perigosas e desestruturantes da gestão dos interesses comunitários, porque cria desdobramentos corruptivos imensos, como obrigações por vezes ilícitas dos eleitos para com seus financiadores ou comerciantes de votos, envolvendo privilégios públicos, favorecimentos financeiros, acesso diferenciado às instâncias governamentais e mesmo a cargos e funções institucionais, o que pode interferir até na racionalidade e eficiência da Administração. Baker adverte que:

corruption in the health sector can take many forms, such as bribery of regulators and medical professionals, manipulation of information on drug trials, his diversion of medicines and supplies, and corruption in procurement. Of the many ways that corruption can take place in the health sector, probably the most noticeable is corruption in hospitals. Money escapes from hospitals through opaque procurement of equipment and supplies, ghost employees, absenteeism, exaggerated construction costs, inflated hospital price tags, and requiring patients to pay bribes for treatment that should be

without charge. In general terms, corruption in the health sector can be structured in three levels: corrupt practices taking place at the level of financial resources management, at the level of management of medical supplies, or at the level of the health worker and patient relationship (BAKER, 2005, p. 31).

Esses são problemas internacionais, basta ver a crítica generalizada que se constituiu nos Estados Unidos da América sobre o fato de o governo norte-americano investir milhões de dólares dos contribuintes para fomento de sistemas produtivos de grãos e alimentos transgênicos (que geram a conhecida *junk food*), o que os torna muito mais baratos em face dos chamados produtos mais saudáveis (*healthy food*).⁵

Em pesquisa realizada na Índia, das pessoas que admitiram terem pagado algum tipo de propina para obter serviço público de saúde, 23% declararam que foram forçadas a fazê-lo sob pena de não obter o atendimento buscado, enquanto que 73% admitiram tê-lo feito para obter melhores serviços.⁶

Os recursos perdidos com a corrupção na área de saúde poderiam ser usados para comprar medicamentos, equipar hospitais, contratar equipes médicas, enfim, ampliar qualitativamente o serviço público propriamente dito, pois a ausência de infraestrutura adequada nesse campo implica a negativa de acesso ao sistema de saúde pública, o que representa violação direta a direito fundamental. Lembrando sempre que:

al perpetuar la marginalización y la exclusión, la corrupción impide la no discriminación y fomenta la desigualdad. Según ha mostrado el Barómetro Global de la Corrupción, los pobres se ven afectados de manera desproporcionada por la corrupción y con frecuencia son ellos quienes sufren sus peores consecuencias. Estudios llevados a cabo por los capítulos de TI en Bangladesh y en México demuestran que los pagos

5 http://www.naturalnews.com/036394_Farm_Bill_organic_food_corruption.html#ixzz2C0Uka16

6 <http://www.livemint.com/2007/05/02221904/Corruption-Catalogue-governme.html>

de sobornos pueden absorber hasta una cuarta parte de los ingresos de un hogar.⁷

Pesquisas recentes do Fundo Monetário Internacional envolvendo 71 países ocidentais têm revelado que os que possuem os maiores indicadores de corrupção sistemática também têm as maiores taxas de mortalidade infantil, evidenciando políticas públicas baixíssimas de tratamento preventivo e curativo de gestantes e crianças (GUPTA; DAVOODI; TIONGSON, 2002). De igual sorte, o Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da União Europeia tem identificado omissão e falhas de regulação nas atividades individuais, de grupos ou corporações, bem como falhas na proteção dos consumidores em face de práticas detrimen-tosas de saúde (HUNT, 2006).

O mesmo ocorre no setor da educação, já que várias experiências dão conta de que há práticas de exigir o pagamento por parte de pais de crianças para garantia de vagas em escolas públicas, para obter certos privilégios de professores nessas mesmas escolas (aulas extras, acompanhamento especial e diferenciado dos demais alunos que não pagam etc.) (SANDEL, 2012).

Por certo que tais práticas igualmente trazem violações ao sistema de ensino como um todo, porque rompem com os critérios de justiça social que se procura instalar com a garantia gratuita do ensino fundamental e médio igual para todos, gerando com isso não só ilicitudes no âmbito da prestação do serviço público envolvido, mas também fortes impactos nas políticas públicas de inclusão social dos estudantes e suas desenvolv-turas nos processos de formação e de inserção no mercado de trabalho. Miller dá o exemplo de que:

if parents are required to pay bribes in order to transfer a child from one school to another or simply to keep their child in school. When parents need economic resources in order to bribe the school they would prefer for their children, or

7 www.transparecency.org

when parents simply do not want to partake in corrupt practices, they are not free to choose the education institutions for their children as required by the right to education.⁸

Exemplos como este dão a dimensão da estreita relação que há entre setor público e setor privado no processo fenomênico das ações corruptivas, pois há envolvimento de múltiplos níveis e provocações causais na espécie, gerando verdadeira cadeia de retroalimentação de ilícitos que reclamam medidas preventivas e curativas.

Recentemente a Siemens, empresa alemã considerada uma das gigantes em engenharia, foi envolvida em escândalos de corrupção em licitações no setor de transportes no Brasil. Segundo o jornal *Folha de São Paulo*, a multinacional admite ter atuado em cartéis ao lado de outras empresas multinacionais no Brasil, e teria assinado um acordo de leniência que poderia garantir à companhia e aos seus executivos imunidade administrativa e criminal que a poderia livrar de outros problemas e dores de cabeça com as leis antitruste dos EUA e Europa. Imagine-se a quantidade de dinheiro envolvido nisso e os prejuízos indiretos e diretos causados ao cidadão que consome transporte público.⁹

No setor da gestão urbanística, por exemplo, há muitas causas de corrupção que atingem diretamente os direitos humanos e fundamentais de imensos contingentes. Regra geral, em termos de constitucionalismo contemporâneo, entre os direitos e deveres sociais definidos nas principais cartas políticas europeias e latino-americanas, o direito à habitação e ao urbanismo estão no mesmo plano que o direito à saúde, à educação, à segurança social e ao ambiente e qualidade de vida - aqui se incluem de forma explícita Brasil e Portugal.

No contexto da União Europeia, não existe uma política comum de habitação. Existem países que adotaram políticas de natureza mais liberal e outros em que a intervenção reguladora do Estado permitiu melho-

8 www.articles.latimes.com/2012/jun/10/opinion

9 <http://www.cidadefutura.net.br/index.php/artigos/blog-geral/entry/mobilidade-urbana-movimentata-us-trilhoes-e-e-territorio-fertil-para-corrupcao-no-mundo-todo.html>

rar as respostas às necessidades dos diferentes grupos sociais. Portugal integra o primeiro grupo, situando-se no conjunto dos países que gastam menos do que 1% do produto interno bruto (PIB) na sua política de habitação (enquanto que a Suécia gasta 4,1% e a Holanda 3,2%).¹⁰ Tais políticas, todavia, não têm diminuído os casos de corrupção envolvendo a especulação imobiliária.

O mesmo ocorre com o meio ambiente, em face da expansão urbana desenfreada e irracional, basta ver os chamados projetos da indústria extrativa que podem causar o desalojamento de muitas pessoas, violando-se não só o direito fundamental ao meio ambiente sustentável, mas também a garantia de uma habitação adequada e equilibrada com o ecossistema. Muitos desses projetos são desenvolvidos com desrespeito às regras urbanísticas e dos planos diretores (estes também violados desde suas origens por setores da construção civil e imobiliários, pela via do suborno, propina, formatação de leis de ocasião etc.).

Na Espanha a situação não é diferente:

la corrupción urbanística está vinculada al hecho de que las decisiones de la Administración en esa materia generan inmensas plusvalías. Como por arte de magia, o cual milagro multiplicador de panes y peces, un acuerdo municipal que recalifique unos terrenos, supone instantáneamente un aumento de su valor que desborda los márgenes de beneficio de cualquiera otra actividad o negocio. No hace falta invertir, ni producir nada, una simple decisión Administrativa milagrosamente multiplica el precio del suelo. Y entonces, ¿por qué estas plusvalías que “asombrosamente” crea la Administración no son incorporadas a su patrimonio, máxime si estamos hablando de una Administración democrática que, como nos recuerda Hacienda cuando de cobrar se trata, somos todos?, ¿por qué se regalan a unos particulares que nada han hecho para apropiárselas? Ésta es la clave de la corrup-

10 http://europa.eu.it/comm/regional_policy

ción urbanística, su última ratio: una decisión de un organismo público hace que el precio de suelo multiplique su valor instantáneamente.¹¹

Isso tudo mostra o grau de complexidade dos impactos perniciosos da corrupção aos direitos humanos e fundamentais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É preciso reconhecer, ao fim e ao cabo, as múltiplas redes de relações que estão imbricadas ao tema da corrupção, pois quando ela se dá enquanto causa de emendas orçamentárias supressivas, aditivas, realocativas, em tese lícitas, esses atos administrativo-legislativos afetam intensamente todos os bens e interesses públicos que sofreram alguma restrição nesse particular: no caso da educação (quando há créditos reduzidos), é a qualidade do ensino que cai ou se vê prejudicada, o que se dá também na saúde, segurança pública (veja-se o sistema carcerário e prisional brasileiro), transporte etc.

Interessante notar que inclusive em termos de discriminação os comportamentos corruptivos podem ser enquadrados, ao menos no que diz com a percepção desse tema por parte do Comitê de Direitos Humanos da Comunidade Europeia, que definiu aquela como qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência fundada em qualquer nível ou grau racial, de cor, sexo, linguagem, crença religiosa, política ou de opinião, de origem nacional ou social, de propriedade ou nascença, e que tenha ainda a intenção de nulificar ou prejudicar o reconhecimento, gozo ou exercício por todas as pessoas de direitos humanos e fundamentais. Quer dizer, a existência de corrupção em qualquer segmento - público ou privado - inexoravelmente causa algum tipo de discriminação individual e social.

Por tais razões é que as convenções internacionais contra a corrupção - dentre elas a Convenção Interamericana, de 1996, incorporada

11 <http://personales.upv.es/fgaja/publicaciones/corruptcion.pdf>

ao direito interno brasileiro em 07 de novembro de 2002, pelo Decreto 4.410, e a das Nações Unidas, de 2003, também promulgada no país - põem toda sua ênfase na adoção, pelos países signatários, de medidas preventivas, reconhecidas, cada vez mais, como o caminho adequado para atacar as raízes dessa verdadeira patologia (BALD, 2006).

Pode-se dizer que os movimentos internacionais anticorrupção estão atentos tanto à corrupção político-governamental (de todos os Poderes de Estado), em especial em alguns casos mais impactantes em termos de práticas corruptivas aos direitos humanos e fundamentais, quanto aos casos que envolvem o Poder Judiciário, vistos anteriormente, já que afetam a própria confiança nas instituições democráticas, que deveriam dar efetividade e eficácia a tais direitos.

Em pesquisa tópica sobre o tema, o Barômetro Global da Corrupção referiu que um em cada quatro cidadãos que teve contato com a polícia - nos países pesquisados - teve de pagar suborno para ver atendida sua demanda. Veja-se que uma corrupção nesse nível pode provocar reações em cadeia de violações de direitos humanos envolvendo o cumprimento da lei por órgãos de segurança pública oficial e a prerrogativa cidadã de liberdade e segurança. Indo ainda mais longe, as prisões e segregações que ocorrem diuturnamente na esfera penal - no Brasil e no exterior -, quando injustificadas e para as quais se buscam formas ilícitas e corruptas de solução, estão a violar o direito fundamental de não ser detido de maneira arbitrária ou ilegal (e mantido assim).

Mais que isso, os ciclos de corrupção conduzem a carências imensas de legitimidade e voz política, autorizando perigosamente a redução de prestação de contas dos governos e mesmo de altos funcionários públicos em face dos grupos menos favorecidos que sofrem com os seus efeitos deletérios, o que pode, inclusive, induzir comportamentos massivos de adesão social à corrupção, seja para conseguir, com as regras hegemônicas do jogo político, sobreviver às violações perpetradas, seja para gerar indiferença/anomia social reativa diante da perda da confiança.

BIBLIOGRAFIA

ANECHIARICO, Frank; JACOBS, James B. *The pursuit of absolute integrity: how corruption control makes government ineffective*. Chicago: University of Chicago Press, 1998.

ARTICLES. *Los Angeles Times*, 10 jun. 2012. Disponível em: <www.articles.latimes.com/2012/jun/10/opinion>. Acesso em: 16 nov. 2012.

BAKER, Raymond. *Capitalism's achilles heel: dirty money and how to renew the free-market system*. Indianapolis: Wiley, 2005.

BALB, Ronald da Silva. Uma longa história de corrupção: dos anões às sanguessugas. *Revista da CGU*, Brasília, ano 1, n. 1, 2006.

CESCR. *General Comment No.13: The Right to Education* (Article 13 of the Covenant), U.N. Doc. E/C.12/1999/10, 8 December 1999, para 6; U.N. Econ. & Soc. Council, Preliminary Report of the Special Rapporteur on the Right to Education, Katarina Tomaševski, U.N. Doc. E/CN.4/1999/49, 13 January 1999.

DÍAZ, Fernando Gaja I. *¿Corrupción urbanística o corrupción del urbanismo?* Disponível em: <<http://personales.upv.es/fgaja/publicaciones/corrupcion.pdf>>. Acesso em: 12 fev. 2014.

FRIEDRICH, Carl J. *The pathology of politics: violence, betrayal, corruption, secrecy, and propaganda*. New York: Harper and Row Publishers, 2000.

GARDNER, John. Defining corruption. In: HEIDENHEIMER, Arnold J.; JOHNSTON, Michael (Eds.). *Political corruption: concepts & contexts*. New Brunswick: Transaction Publishers, 2002.

GOPAKUMAR, Karl. *Transparency international working paper, citizen feedback surveys to highlight corruption in public services: the experience of public affairs centre*. Bangalore, 1998.

GRANGEIA, Marcos Alaor Diniz. *Administração judiciária: gestão cartorária*. Brasília: Enfam, 2011.

GUPTA, Samuel; DAVOODI, H. R.; TIONGSON, E. *Corruption and the provision of health care and education services, governance, corruption and economic performance*. Washington, D.C.: International Monetary Fund, 2002.

HUFF, Ethan A. The corruption of the Farm Bill, and why clean, organic food remains more expensive than conventional. *Natural News*, 6 jul. 2012. Disponível em: <http://www.naturalnews.com/036394_Farm_Bill_organic_food_corruption.html#ixzz2C0UUka16>. Acesso em: 16 nov. 2012.

HUNT, Paul. *Report of the special reporter on the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health*. Paul Hunt, U.N. Doc. E/CN.4/2006/48, 3, March 2006.

INTERNATIONAL TRANSPARENCY. *Los derechos humanos y la corrupción*: documento de trabajo 05/2008. Disponível em: <www.transparency.org>. Acesso em: 12 fev. 2014.

JOHNSTON, Michael. Right and wrong in american politics: popular conceptions of corruption. *Polity Review*, v. 18, n. 3, p. 367-391, 2001.

KOECHLIN, Lucy. *An evaluation of national integrity systems for a human rights perspective*. Genebra: International Council on Human Rights Policy, 2007.

LAMBSDORFF, Johann Graf. *The institutional economics of corruption and reform: theory, evidence and reform*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

LEAL, Rogério Gesta. *Patologias corruptivas nas relações entre estado, administração pública e sociedade: causas, consequências e tratamentos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2014.

_____. *A decisão judicial: elementos teórico-constitutivos à efetivação pragmática dos direitos fundamentais*. Chapecó: Unoesc, 2012.

_____. (Org.). *Ativismo judicial e déficits democráticos: algumas experiências latino-americanas e europeias*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011.

LIVE MINT. *Corruption catalogue: government hospitals*. Disponível em: <<http://www.livemint.com/2007/05/02221904/Corruption-Catalogue-governme.html>>. Acesso em: 07 nov. 2012.

MAURO, Paolo. Corruption and growth. *Quarterly Journal of Economics*, v. 110, n. 3, p. 681-712, 1998 August.

MILLER, Seumas. *The moral foundations of social institutions: a philosophical study*. New York: Cambridge University Press, 2010.

PINTO-DUCHINSKY, Michael. Financing politics: a global view. *Journal of Democracy*, v. 13, n. 4, 2002 October.

PRESTON, Noel; SAMPFORD, Charles (Eds.). *Encouraging ethics and challenging corruption*. Sydney: Federation Press, 2002.

PUTNAM, Robert D. *Bowling alone: the collapse and revival of american community*. New York: Simon and Schuster, 2000.

_____. *Making democracy work: civic traditions in modern Italy*. New Jersey: Princeton University Press, 2001.

ROMERO, Simon. Brazilian corruption case raises hopes for judicial system. *The New York Times*, 9 out. 2012. Disponível em: <<http://www.nytimes.com/2012/10/10/world/americas/brazilian-corruption-case-raises-hopes-for-judicial-system.html>>. Acesso em: 15 jan. 2013.

ROSE-ACKERMAN, Susan. Trust, honesty, and corruption: reflection on the state-building process. *Archives of European Sociology*, 2001. Disponível em: <<http://papers.ssrn.com/abstract=283429>>. Acesso em: 19 nov. 2012.

SANDEL, Michael J. *What money can't buy*. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2012.

STARLING, Heloisa Maria Murgel. Ditadura militar. In: AVRITZER, Leonardo (Org.). *Corrupção: ensaios e críticas*. Belo Horizonte: UFMG, 2008.

SZTOMPKA, Piotr. *Trust: a sociological theory*. Cambridge-UK: Cambridge University Press, 1999.

UNITED NATIONS COMMITTEE ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS (CESCR). *General Comment No. 18: The Right to Work, Article 6, U.N. Doc. E/C.12/GC/18, 6 February 2006, §6 and §7.*

UMA ANÁLISE DOS PORTAIS DA TRANSPARÊNCIA DO RIO GRANDE DO SUL E A SUA IMPORTÂNCIA PARA CONCRETIZAÇÃO DO CONTROLE SOCIAL¹

CYNTHIA GRUENDLING JURUENA²
RICARDO HERMANY³

RESUMO: O presente artigo tem por escopo abordar a importância que o controle social desempenha no Estado Democrático de Direito e a relevância do dever de informação do Estado para que a sociedade fiscalize os atos públicos e auxilie no controle de atos corruptivos. Dessa forma, foi feita uma análise quantitativa dos portais da transparência dos municípios do Rio Grande do Sul, a partir do estudo

- 1 Artigo produzido no grupo de pesquisa “Patologias Corruptivas”, vinculado ao Centro de Estudos e Pesquisas em Políticas Públicas, da Unisc, e do PPGD da mesma instituição, coordenado pelo prof. dr. Rogério Gesta Leal. Trabalho apresentado e selecionado no I Seminário Nacional Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis, realizado nos dias 22 e 23 de outubro de 2015, na Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público.
- 2 Mestranda em Direito do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul (Unisc), com bolsa Capes (Prosup) tipo II. Integrante do grupo de pesquisa “Espaço local e inclusão social”, coordenado pelo prof. pós-doutor Ricardo Hermany. Integra o projeto de pesquisa internacional “Patologias Corruptivas”, coordenado pelo prof. dr. Rogério Gesta Leal e o grupo de pesquisa “Direito, Cidadania e Políticas Públicas”, sob coordenação da prof. pós-doutora Marli Marlene Moraes da Costa. E-mail: cjuruena@gmail.com.
- 3 Pós-doutor pela Universidade de Lisboa. Doutor pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito, Mestrado e Doutorado, da Universidade de Santa Cruz do Sul (Unisc). E-mail: hermany@unisc.br.

realizado pelo Tribunal de Contas do Estado. O procedimento metodológico utilizado nesta pesquisa foi o bibliográfico e o levantamento de dados. O resultado evidenciado foi que os municípios cada vez mais estão cumprindo com os requisitos dos portais da transparência, embora ainda não se tenha alcançado uma transparência substancialmente material.

PALAVRAS-CHAVE: Informação. Controle social. Portais da transparência. Corrupção.

ABSTRACT: *This article aims to bring the importance that the social control plays in the Democratic State of Law and the relevancy of the duty to provide information of the State for the society supervises the public acts and to help on the control of corruptive acts. In this way was made a quantitative analysis of the transparency portals on the municipalities of Rio Grande do Sul, starting from the study that was realized by the State Audit Courts. The methodological procedure that was been used in this research was the bibliographic and data survey. The result that was highlighted was that the municipalities more and more are fulfilling the requirements of the transparency portals, even though it doesn't have achieved a transparency substantially material.*

KEYWORDS: *Information. Social control. Transparency portals. Corruption.*

I. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente artigo tem por escopo abordar a importância da participação pública e do controle social na decisão administrativa, trazendo um estudo dos portais da transparência no Rio Grande do Sul, que servem para possibilitar o acesso às informações públicas municipais e auxiliar na concretização dos mecanismos participativos.

Dessa forma, foi estudado primeiramente o controle social como forma de reduzir as patologias corruptivas, evidenciando o espaço local como potencializador para esse controle, trazendo alguns aspectos do dever de informação do Estado para concretizar a participação social, dando especial enfoque à Lei de Acesso à Informação. E, por último, fez-se um estudo de como está o acompanhamento do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul no tocante aos portais da transparência dos municípios, trazendo os resultados de 2014.

Portanto, procurou-se na presente pesquisa analisar como estão organizados esses portais da transparência no espaço local e se esses portais estão realmente atendendo à necessidade de o Estado prestar

informações à sociedade, para que assim haja uma ampliação no controle social.

2. A IMPORTÂNCIA DO CONTROLE SOCIAL NA FORMAÇÃO DA DECISÃO ADMINISTRATIVA

Na transformação do Estado Democrático de Direito - modelo este desenhado na Constituição Federal de 1988 -, muitos dispositivos constitucionais preveem a participação social, a fim de que haja uma ampliação no papel da sociedade. O artigo 14 de nossa Carta Magna prevê o controle popular e outros meios de participação direta e indireta dos cidadãos, consagrando a democracia participativa.⁴

A possibilidade de a sociedade interferir diretamente na criação legislativa foi amplamente reconhecida na Lei Maior de 1988, mediante previsão dos mecanismos de democracia participativa (semidireta). Os instrumentos elencados no artigo 14 da CF/88 são exemplos disso. Além desse dispositivo, possuímos outros em nossa Carta Magna que trazem a ideia de controle social.

Em sede de controle social no âmbito local, o município dispõe, além do controle interno, exercido pelo Executivo municipal, e do controle externo, exercido pelo Poder Legislativo municipal com o auxílio dos Tribunais de Contas do Estado ou do município, de um controle popular, pois as contas municipais devem ficar à disposição dos cidadãos - durante 60 dias - para que possam examiná-las e questioná-las (ARAÚJO, 2009, p. 204).

Além disso, deve-se destacar o papel da descentralização⁵, consagrado pela Constituição Federal de 1988, bem como o reconhecimento

4 Art. 14 A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

I - plebiscito;

II - referendo;

III - iniciativa popular.

5 Para Celso Mello (2000, p. 126): “A descentralização pressupõe pessoas jurídicas diversas: aquela que originariamente tem ou teria titulação sobre certa atividade e aquela outra ou aquelas outras às quais foi atribuído o desempenho das atividades em causa”.

da meritocracia e da participação pública. Dessa forma, ressalta-se que a sociedade também tem o dever de participação junto ao Estado, tendo que ser superada essa concepção de que o voto é o único momento em que o cidadão participa no governo e nos assuntos de interesse público (LEAL, 2008, p. 193).

O autor Marcelo Torres (2004, p. 43) traz algumas questões delicadas com relação à efetivação do controle social, apontando que “uma primeira grande dificuldade surge quanto à capacidade de processamento das informações disponibilizadas pela administração pública. Outro problema também importante é o desinteresse do cidadão comum pelos assuntos públicos”.

Assim, será visto como seria possível modificar a situação do desinteresse do cidadão, através de incentivos e de portais da transparência que dialoguem com a sociedade, buscando concretizar a transparência de modo eficaz.

Para que essa participação social seja alcançada, é imprescindível que se altere essa visão paternalista e assistencialista que a sociedade possui do Estado. Certamente não é benéfico para o Estado, ou para os seus governantes, que haja a divulgação dessas informações, visto que para os maus gestores públicos e que estão mal-intencionados em muito auxilia a omissão popular, pois sem participação há uma falta de fiscalização e cobrança de seus atos.

Essa modificação na estrutura da Administração Pública, no sentido de uma maior abertura para que haja o controle social - participação pública -, mostra-se imprescindível para a vinculação do conjunto de normas jurídicas vigentes no país com a proposta de um Direito Social condensado numa estrutura estatal democrática (HERMANY, 2012, p. 55).

Para Gurvitch (2005), a formação da decisão pública ampara-se no reconhecimento social, e não na existência de uma sanção incondicionada, o que amplia o espectro de análise da decisão administrativa para elementos que superam a simples legitimação formal. Assim, uma das espécies de direito social, que promove uma articulação do espaço pú-

blico estatal com a sociedade, desde que sob uma perspectiva de Estado Democrático, é o direito social condensado, premissa teórica que se coaduna com a pesquisa operada no âmbito dos portais da transparência.

A *“manifestación más pura de lo social consiste en un movimiento contínuo de participación interpenetrante de lo múltiple en el uno y del uno en lo múltiple, correlación indisoluble del todo y de sus partes que se engendran reciprocamente”* (GURVITCH, 2005, p. 21). Dessa forma, pode-se ver a existência de um direito de integração, de coletividades, de comunhão, em que o todo participa de forma imediata, mas sem perder as características individuais dos membros desse todo.

O direito social condensado é o que se vincula definitivamente à ordem normativa do Estado, sendo este o produto de uma organização igualitária de cooperação, não perdendo com isso seu cunho de ordem normativa social (MORAIS, 1997, p. 50). Essa característica de cooperação é primordial na teoria de direito social de Gurvitch, devendo-se renunciar ao individualismo jurídico.

Nesse direito social condensado, a sociedade traria as suas necessidades para que o Estado normatizasse (atentando-se sempre aos princípios constitucionais). Ressalta-se que isso seria possível em um espaço local, pois as demandas de distintas comunidades podem divergir. Assim, em uma esfera local, se tornaria mais descomplicada essa efetivação do direito social condensado, visto que seria mais fácil o diálogo entre os cidadãos para identificarem as carências daquela comunidade.

Destarte, essa teoria do direito social de Gurvitch possibilita que haja *“a construção de uma proposta que permita uma nova e qualificada relação entre a sociedade e o Estado, a partir de uma (re)definição dos processos de legitimação do espaço público estatal”* (HERMANY, 2007, p. 42). Assim, percebe-se que o direito social condensado visa propor uma ampliação no controle social, estreitando a relação entre os cidadãos e o Estado. Gurvitch, em sua teoria, amplia o papel da sociedade para regular e controlar as decisões de interesse público, o que serviria também como uma ferramenta de controle à corrupção.

Nesse condão, é possível também verificar-se que a participação

social se associa com a ideia de democracia administrativa, fazendo-se com que esta última seja essencial no Estado Democrático de Direito. Nessa dimensão, a democracia administrativa deve buscar aliar o interesse da maioria respeitando os limites constitucionais impostos na Constituição Federal de 1988.

Jorge Miranda (2006, p. 214) assenta que:

Para alguns, sem democracia administrativa não haveria hoje democracia; para outros, a participação de cidadãos, e de agrupamentos de cidadãos quando dinamizada, alteraria qualitativamente as próprias estruturas do aparelho administrativo do Estado, fazendo-as transitar dos circuitos formais tradicionais a uma dimensão participativa e associativa [...].

Para a efetivação de direitos fundamentais, tem-se a necessidade de uma estruturação da Administração Pública democrática (também conhecida como democracia administrativa). Para que seja alcançada essa democracia administrativa, é imprescindível que haja a participação pública. Assim, percebe-se que tudo se encontra conectado: para concretizar a Administração Pública democrática, há a necessidade da participação social. Para que a participação social seja efetivada, é necessário que o Estado preste informações à sociedade.

Em 2011 houve a promulgação da Lei 12.527, que tem como objetivo regular o acesso à informação, previsto na Constituição brasileira e nos demais documentos legais do nosso ordenamento jurídico que versam sobre essa matéria. Essa lei alterou significativamente alguns dispositivos da Lei 11.111, de 2005, que foi revogada por essa nova Lei de Acesso à Informação.

O artigo 3º, inciso II, da LAI, menciona “divulgação de informações de interesse público, independentemente de solicitações”, evidenciando ser dever do Estado administrador o de disponibilizar essas informações de interesse público. O inciso III do mesmo dispositivo prevê que

deve haver a “utilização de meios de comunicação viabilizados pela tecnologia da informação”, sendo a internet atualmente uma importante ferramenta de divulgação de informações, como será visto no próximo ponto, quando se tratar dos portais da transparência.

O inciso IV ressalta o “fomento ao desenvolvimento da cultura de transparência na administração pública”; veremos no próximo capítulo a importância dos portais de transparência para viabilizar o acesso à informação. E, por fim, o inciso V desse dispositivo prevê o “desenvolvimento do controle social da administração pública”, que já foi evidenciada a relevância desse mecanismo participativo na democracia administrativa.

O artigo 5º da referida lei dispõe que é dever do Estado assegurar a garantia do direito de acesso à informação, que será franqueada, mediante procedimentos objetivos e ágeis, de maneira transparente, clara e em linguagem de fácil compreensão. A transparência, que é referida no dispositivo, constitui um dos fundamentos da chamada “boa governança”, pela qual o governo cumpre a função de aproximar o Estado da sociedade, bem como amplia o nível de acesso às informações sobre a gestão pública (GRUMAN, 2012, p. 16).

Dessa forma, no próximo ponto será analisado um estudo dos portais da transparência feito pelo Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul, verificando se o dever estatal de prestar informações de interesse público está sendo realmente cumprido, objetivando, assim, alcançar um maior controle social.

3. O PORTAL DA TRANSPARÊNCIA NA ESFERA LOCAL: UMA ANÁLISE A PARTIR DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

Os portais da transparência foram criados a fim de que a Lei de Acesso à Informação - vista no capítulo acima - fosse efetivada e cumprida. As normas previstas nessa legislação obrigam o Poder Público a disponibilizar informações de interesse da sociedade, especialmente

sobre a administração dos recursos públicos, como forma de também viabilizar a participação social no controle da gestão governamental.

Dessa forma, neste capítulo iremos trazer um importante estudo feito pelo Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, que faz um acompanhamento de como estão os portais da transparência, quais municípios ainda não possuem esses portais e como eles estão organizados.

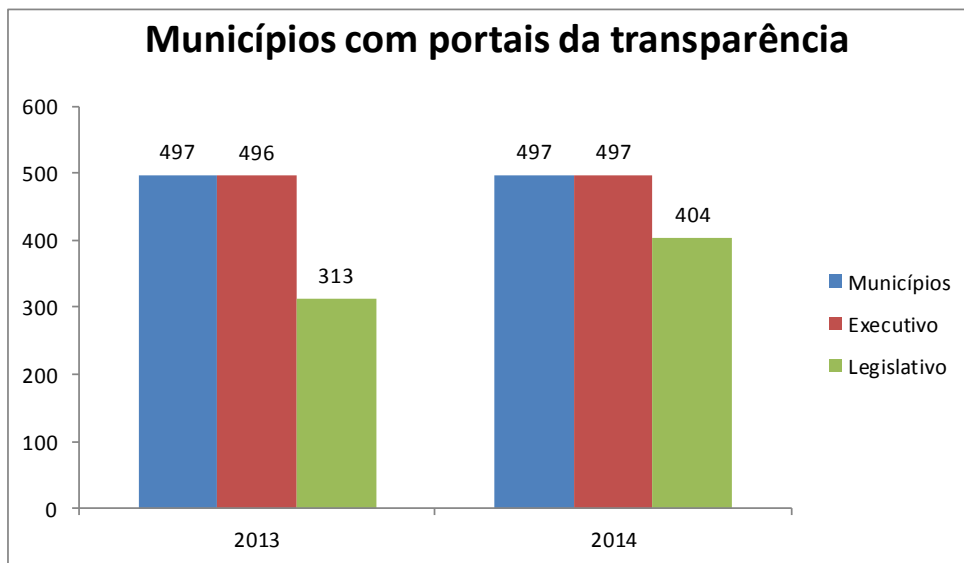
O TCE/RS incluiu, recentemente, o descumprimento das exigências de acesso à informação previstas em leis como um dos critérios que pode resultar na desaprovação das contas dos gestores. Os dados analisados nesse estudo feito pelo TCE - sobre o qual faremos algumas considerações neste capítulo - serviram de base para o “Prêmio de Boas Práticas de Transparência na Internet”, concedido a gestores de Prefeituras e Câmaras Municipais. Esse prêmio faz parte da campanha “Transparência, faça essa ideia pegar”, que tem por escopo estimular a população a usar os instrumentos da Lei de Acesso à Informação e da Lei da Transparência, bem como sensibilizar os gestores públicos e servir como instrumento de controle da corrupção.⁶

Desde o ano de 2012 que o TCE/RS vem realizando esse trabalho. Para tanto, neste capítulo iremos analisar o estudo efetuado por esse órgão no ano de 2014, que foi publicado em 2015 e encontra-se no portal do Tribunal. O primeiro importante dado coletado por esse levantamento foi que todos os 497 Executivos municipais apresentam sítio oficial. Quanto aos Legislativos, 404 dos 497 municípios (81,3%) possuem portal na internet. Em comparação com o levantamento realizado no ano de 2013, em que se verificou que apenas 313 (63%) Câmaras de Vereadores contavam com sítio próprio, constata-se que houve uma significativa evolução de um ano para o outro (29%). Em 2013, somente um Executivo municipal não apresentava sítio oficial.⁷

6 RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Contas do Estado. *Avaliação dos portais do RS*. Disponível em: <http://www1.tce.rs.gov.br/portal/page/portal/tcers/publicacoes/estudos/avaliacao_portais_rs>. Acesso em: 12 out. 2015.

7 O único município que em 2013 não possuía sítio oficial do Executivo municipal era Pinto Bandeira, que retomou o *status* de município por decisão do STF (ADI 2381 AgR/RS).

Abaixo, foi confeccionado um gráfico para ilustrar esses dados de municípios que possuem portais da transparência:



Nesse estudo, foi aplicado um questionário em que constavam 20 itens, quais sejam: 1) pedido de informações por meio da internet; 2) relatório de pedidos de informação; 3) informações organizacionais; 4) registro de repasses ou transferências; 5) registro de despesas; 6) registro de receitas; 7) informações sobre licitações e seus editais e resultados; 8) informações sobre contratos celebrados; 9) dados gerais para acompanhamento de programas, ações, projetos e obras; 10) administração do patrimônio público - imóveis; 11) administração do patrimônio público - veículos; 12) recursos humanos; 13) publicação de respostas a perguntas mais frequentes; 14) ferramenta de pesquisa; 15) canal de comunicação com o cidadão (“fale conosco” - ouvidoria); 16) medidas para garantir atendimento a usuários com necessidade especiais; 17) instrumento normativo local que regulamente a LAI; 18) serviços e atividades de interesse coletivo - Executivo; 19) serviços e atividades de interesse coletivo - Legislativo; 20) controle externo - Legislativo. Os quesitos de nº 4, 6, 9 e 18 são aplicáveis exclusivamente aos Executivos, e os de nº 19 e 20, somente aos Legislativos. Todos os demais se referem

a ambos os poderes.

Para serem premiados, os sítios oficiais deveriam ter, no mínimo, nota 70 (de 100) e preencherem, ao menos que parcialmente, os quesitos de nº 1, 5, 7 e 8 (previstos acima). Essa pontuação é a somatória de pontos que foram atribuídos a cada item individualmente.

Cabe destacar que esse estudo realizado pelo TCE/RS não conseguiu, por exemplo, certificar quanto à integralidade e à confiabilidade das informações divulgadas pelos entes públicos em seus portais. No que diz respeito aos pedidos de informação, da mesma forma, não se verificou se as solicitações realizadas foram, de fato, atendidas e, em sendo, se as informações prestadas satisfizeram as expectativas do requerente. Isso se deu em face de o tempo hábil que o Tribunal de Contas tinha para realizar esse estudo ser muito restrito.

A pesquisa também levou em conta o que dispõe o artigo 8º, § 4º, da Lei de Acesso à Informação (Lei 12.527/11), de que municípios com até 10 mil habitantes estão dispensados de publicar dados e documentos públicos nos sítios oficiais, mas que também foram avaliados para premiação, pois demonstraram a proatividade. Para este estudo, focar-se-á somente nos municípios com população superior a 10 mil habitantes, pois os municípios com população inferior a 10 mil habitantes não possuem o dever de prestar tais informações e, caso fossem incluídos, o presente trabalho ficaria muito extenso.

No Poder Executivo, houve 60 entes com população superior a 10 mil habitantes que foram contemplados com o prêmio, pois atenderam aos requisitos avaliados da transparência. Os 60 municípios foram: Arroio dos Ratos, Bento Gonçalves, Bom Retiro do Sul, Butiá, Cacequi, Cachoeirinha, Camaquã, Campo Bom, Candelária, Canela, Canoas, Carlos Barbosa, Crissiumal, Cruzeiro do Sul, Erechim, Esteio, Estrela, Feliz, Garibaldi, Getúlio Vargas, Giruá, Gramado, Gravataí, Guaporé, Horizontina, Ibirubá, Ijuí, Jaguarí, Lagoa Vermelha, Montenegro, Não-Me-Toque, Nova Prata, Palmeira das Missões, Passo Fundo, Pelotas, Pinheiro Machado, Porto Alegre, Porto Xavier, Rio Pardo, Roca Sales, Sananduva, Santa Maria, Santa Rosa, Santo Antônio da Patrulha, Santo Augusto, São

Francisco de Assis, São Pedro do Sul, São Sepé, Serafina Corrêa, Sobradinho, Tapera, Tenente Portela, Teutônia, Torres, Tramandaí, Três Cachoeiras, Três Coroas, Triunfo, Vacaria e Venâncio Aires.

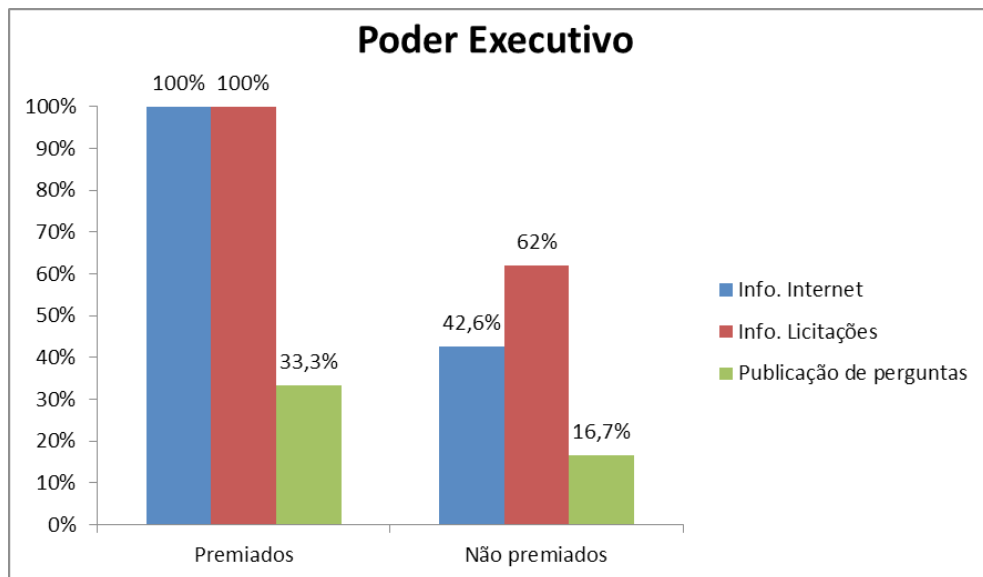
Já no Poder Legislativo, apenas 22 entes com população superior a 10 mil habitantes foram contemplados com o prêmio: Agudo, Arvorezinha, Bento Gonçalves, Canoas, Capão do Leão, Constantina, Flores da Cunha, Gramado, Gravataí, Montenegro, Não-Me-Toque, Novo Hamburgo, Pelotas, Porto Alegre, Restinga Seca, Roca Sales, Santo Augusto, São Francisco de Paula, Serafina Corrêa, Sobradinho, Tapes e Três de Maio.

Assim, pode-se perceber que somente os municípios de Bento Gonçalves, Canoas, Gramado, Gravataí, Montenegro, Não-Me-Toque, Pelotas, Porto Alegre, Roca Sales, Santo Augusto, Serafina Corrêa e Sobradinho (12 municípios de 497) possuem o portal da transparência tanto relativo ao Executivo quanto ao Legislativo atendendo aos critérios da premiação.

Com a análise dos dados de 2014 e fazendo uma abordagem em nosso espaço local - Vale do Rio Pardo -, verificou-se que, dos 23 municípios que fazem parte da nossa região, somente Sobradinho possui o portal da transparência atendendo aos critérios observados para a premiação no Executivo e Legislativo. Com relação ao portal da transparência do Poder Executivo, somente os municípios de Candelária, Rio Pardo, Sobradinho e Venâncio Aires possuem o portal atendendo aos requisitos. Já no Poder Legislativo, novamente somente o município de Sobradinho conta com o portal atendendo aos critérios.

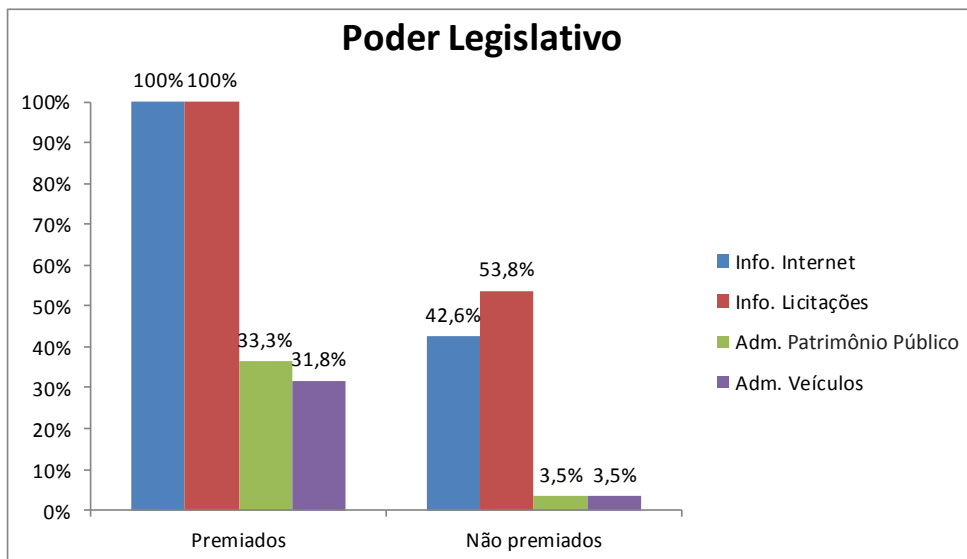
O relatório também aponta que em alguns quesitos há grande distinção nas porcentagens daqueles municípios que foram premiados e daqueles que não foram. Traremos aqui alguns exemplos do Poder Executivo: o primeiro critério, de “pedido de informações por meio da internet”, foi 100% atendido pelos municípios acima de 10 mil habitantes que foram premiados. Entretanto, esse índice cai significativamente para 42,6% em se tratando dos municípios não premiados. O item da “existência da informação sobre licitações e seus editais e resultados” foi 100% atendido pelos municípios acima de 10 mil habitantes que fo-

ram premiados. Esse índice cai para 62% nos municípios que não foram premiados. Um critério que ambos possuem índice baixo é o da “publicação de respostas a perguntas mais frequentes”, que possui somente 33,3% dos municípios acima de 10 mil habitantes que foram premiados e 16,7% dos que não foram contemplados com a premiação. Segue um gráfico para ilustrar o cumprimento desses requisitos em portais premiados e não premiados do Poder Executivo:



Em se tratando do Poder Legislativo, também há discrepância nas porcentagens: o primeiro critério, “pedido de informações por meio da internet”, foi 100% atendido pelos municípios acima de 10 mil habitantes que foram premiados. Entretanto, esse índice cai significativamente para 46,2% nos municípios não premiados. O item da “existência da informação sobre licitações e seus editais e resultados” foi 100% atendido pelos municípios acima de 10 mil habitantes que foram premiados. Esse índice cai para 53,8% nos municípios que não foram contemplados com a premiação. Um critério que ambos possuem índice baixo é o da “administração do patrimônio público (tanto imóveis quanto veículos) - existência de informação”, que possui somente 36,4% dos municípios acima de 10 mil habitantes que foram premiados e 3,5% que não foram

premiados, no quesito imóveis; o quesito veículos possui somente 31,8% dos municípios acima de 10 mil habitantes que foram premiados e 3,5% que não foram premiados. Logo abaixo, encontra-se um gráfico para ilustrar o cumprimento desses requisitos em portais premiados e não premiados do Poder Legislativo:



De acordo com os resultados obtidos neste ano, há 99 Executivos municipais (60 desses 99 que são municípios com população superior a 10 mil habitantes) agraciados com o prêmio. Embora tal número equiva-lha a cerca de 20% do total dos Executivos locais existentes no Estado do Rio Grande do Sul, os respectivos habitantes representam 44% da popu-lação gaúcha. Da mesma forma, destacaram-se 24 Legislativos locais (22 desses 24 com população superior a 10 mil habitantes), os quais, ainda que correspondam a cerca de 5% das Câmaras de Vereadores, reúnem 28% dos habitantes do Estado. Tais considerações ampliam a importân-cia dos números alcançados.

Com este estudo é possível concluir que, embora alguns quesitos devam ser mais bem atendidos, houve um significativo avanço em re-lação ao cumprimento da Lei de Acesso à Informação e Lei da Transpa-rência (excetuando alguns municípios que ainda não possuíam portais).

Dessa forma, está sendo colocado à disposição da sociedade cada vez um maior número de dados de interesse público, o que, ao passo que lhe assegura o direito de se informar (e cumpre com o dever do Estado de prestar informações), também lhe transfere a responsabilidade de contribuir para a boa gestão dos bens e recursos públicos, ampliando o controle social.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após ter se visto a importância da ampliação no controle social, havendo a necessidade de uma relação mais estreita entre sociedade e Estado, averiguou-se o dever do Estado administrador em prestar informações para os cidadãos. Isso se faz essencial, pois só poderá haver uma abertura na participação social no momento em que ela tiver informações de caráter público, podendo desempenhar um papel fiscalizador.

No que tange ao dever de informação, foram vistas as alterações trazidas pela Lei 12.527/11 (Lei de Acesso à Informação), que enaltece a publicidade como regra e a transparência nas informações públicas. Para isso, buscou-se demonstrar se esse dever de informação estava realmente sendo cumprido, trazendo um estudo dos portais de transparência realizado pelo Tribunal de Contas do Estado do RS.

Com a análise desse estudo, pode-se verificar que, com a exceção de alguns municípios que não possuíam portais de seu Poder Legislativo, de 2012 para 2014 houve melhorias no atendimento aos critérios da transparência. No nosso Estado, de um modo geral, esse dever de informação, no espectro formal, vem sendo cumprido, possuindo todos os municípios portais da transparência do Poder Executivo, por exemplo.

Entretanto, pôde-se perceber com a análise dos dados de 2014 e fazendo uma abordagem em nosso espaço local - região do Vale do Rio Pardo - que, dos 23 municípios que fazem parte da nossa região, somente Sobradinho possui o portal da transparência atendendo aos critérios observados para a premiação no Executivo e Legislativo. Ressalta-se assim que, embora no Estado esteja havendo uma melhoria na prestação

de informações à sociedade, em nosso espaço local ainda há certa relutância dos poderes Executivo e Legislativo em cumprir com esse dever de informação, o que acaba por afetar a participação social.

Assim, além de verificar-se que esse dever de informação do Estado administrador deve ser ampliado - principalmente em nossa esfera local -, resta que haja também uma conscientização dos cidadãos para que percebam que o seu papel na sociedade é maior do que simplesmente o de exercer o sufrágio universal, que a participação e o controle social são de extrema relevância na fiscalização da gestão pública. Além disso, o controle social frente aos atos estatais serviria como um mecanismo de combate a atos corruptivos. Dessa forma, o Estado deve cumprir com o seu dever de prestar informações públicas, para que haja uma maior proximidade na relação entre Estado e sociedade.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David; JÚNIOR, Vidal Serrano Nunes. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Constituição Federal (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. *Lei 12.527, de 18 de novembro de 2011*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm>. Acesso em: 10 out. 2015.

GRUMAN, Marcelo. Lei de acesso à informação: notas e um breve exemplo. *Revista Debates*, Porto Alegre, v. 6, n. 3, p. 97-108, set.-dez. 2012.

GURVITCH, Georges. *La idea del derecho social*. Granada: Editorial Comares, 2005.

HERMANY, Ricardo. *(Re)Discutindo o espaço local: uma abordagem a partir do direito social de Gurvitch*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2007.

_____. *Município na constituição: poder local no constitucionalismo luso-brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2012.

LEAL, Rogério Gesta. *A administração pública compartilhada no Brasil e na Itália: reflexões preliminares*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MIRANDA, Jorge. *Escritos vários sobre direitos fundamentais*. Portugal: Principia, 2006.

MORAIS, Carlos Blanco de. *A ideia do direito social: o pluralismo jurídico de Georges Gurvitch*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Contas do Estado. *Avaliação dos portais do RS*. Disponível em: <http://www1.tce.rs.gov.br/portal/page/portal/tcers/publicacoes/estudos/avaliacao_portais_rs>. Acesso em: 10 out. 2015.

TORRES, Marcelo Douglas de Figueiredo. *Estado, democracia e administração pública no Brasil*. Rio de Janeiro: FGV, 2004.

A CORRUPÇÃO E OS SEUS EFEITOS NEGATIVOS COM RELAÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS¹

CAROLINE FOCKINK RITT²

RESUMO: O presente artigo procura analisar os efeitos negativos provocados pelas práticas corruptivas com relação aos direitos fundamentais. Diante delas, quem acaba tendo maior prejuízo, com relação aos direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal de 1988, são justamente as pessoas mais humildes, necessitadas e que possuem seus direitos sonegados: saúde e educação, por exemplo. Os desvios de recursos financeiros do Estado, através da realização de práticas corruptivas, dificultam ou até impedem que o Estado realize políticas públicas e que garanta esses direitos fundamentais à população. Para realização da referida análise, abordar-se-á, num primeiro momento, o conceito de corrupção, procurando trazer definições e algumas de suas principais características. Depois serão analisados os direitos fundamentais, conceituando-os para que ocorra uma melhor compreensão sobre o tema principal que será abordado posteriormente: corrupção, promotora de grandes prejuízos aos direitos fundamentais, em especial com

- 1 Artigo produzido no grupo de pesquisa “Patologias Corruptivas”, vinculado ao Centro de Estudos e Pesquisas em Políticas Públicas, da Unisc, e do PPGD da mesma instituição, coordenado pelo prof. dr. Rogério Gesta Leal. Trabalho apresentado e selecionado no I Seminário Nacional Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis, realizado nos dias 22 e 23 de outubro de 2015, na Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público.
- 2 Caroline Fockink Ritt é doutoranda em Direito na Unisc, mestre em Direito e professora de Direito Penal da Unisc, membro do grupo de pesquisa “Estado, Administração Pública e Sociedade”, coordenado pelo prof. titular dr. Rogério Gesta Leal, bem como pesquisadora do projeto de pesquisa intitulado “Patologias Corruptivas nas relações entre Estado, administração pública e sociedade: causas, consequências e tratamentos”. Coordena o grupo de pesquisa “Fundamentação e formação de políticas de combate à corrupção no Brasil: responsabilidades compartilhadas entre espaço público e privado”. Eixo temático: Direitos Fundamentais e Jurisdição. E-mail: rittcaroline@unisc.br.

relação à prestação de saúde e educação. Caso houvesse uma diminuição e efetivo combate à corrupção, com certeza o Estado brasileiro teria melhores recursos para efetivar direitos fundamentais, garantidos na Constituição Federal de 1988.

PALAVRAS-CHAVE: Corrupção. Direitos fundamentais. Prejuízos.

ABSTRACT: *The present article analyzes the negative effects caused by corrupting practices related to the fundamental rights. The most adversely affected people caused by those practices are the most humble and needy, even though these people have their rights guaranteed by the Federal Constitution of 1988. Such people have their rights withheld: healthcare and education, for example. The embezzlement of the State by performing corrupting practices make it difficult even prevents the State to conduct public policies and provide fundamental rights to the public. Firstly, it will be addressed the conception of corruption, seeking to bring definitions and some of its main characteristics. After that, fundamental rights will be analyzed and conceptualized for a better understanding of the main topic to be discussed later: that corruption brings huge damage to fundamental rights, particularly in relation to the provision of healthcare and education. If there was a decrease and effective fight against corruption, certainly, the Brazilian government would have better resources for effective fundamental rights that have been guaranteed by the Federal Constitution of 1988.*

KEYWORDS: *Corruption. Fundamental rights. Damages.*

I. INTRODUÇÃO

O presente texto procura analisar os efeitos nefastos provocados pela corrupção nos direitos fundamentais. Diante das práticas corruptivas, quem acaba tendo um maior prejuízo são justamente as pessoas mais humildes, necessitadas e que possuem seus direitos sonogados: saúde e educação, por exemplo. Os desvios de recursos financeiros por práticas corruptivas dificultam ou até impedem que o Estado realize políticas públicas e que garanta esses direitos fundamentais à população.

Para isso, abordar-se-á num primeiro ponto do presente trabalho o conceito de corrupção, procurando trazer suas definições e algumas de suas principais características. Depois passa-se a analisar os direitos fundamentais, conceituando-os para que ocorra uma melhor compreensão sobre o tema principal que será abordado posteriormente: a corrupção, promotora de enorme prejuízo aos direitos fundamentais, principalmente com relação à prestação de saúde e educação. Se houvesse uma diminuição e efetivo combate à corrupção, com certeza o Estado

brasileiro teria melhores recursos para efetivar direitos fundamentais que foram garantidos na Constituição Federal de 1988.

2. CORRUPÇÃO: PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS

A corrupção, em verdade, é um fenômeno social que surge e se desenvolve em proporção semelhante ao meio onde ela ocorre e conforme os interesses dos componentes do grupo social. Sob essa ótica, os desvios comportamentais que infrinjam a normatividade estatal, ou os valores morais de determinado setor em troca de uma vantagem correlata, manifestar-se-ão como formas de degradação dos padrões eticojurídicos que devem reger o comportamento individual nas esferas públicas e privada (GARCIA, 2013).

O termo “corrupção” passou a significar o ato de desvirtuamento ou de degradamento de uma regra socialmente ativa. Ou seja, o conceito de corrupção só existe porque existe um conceito antônimo. Eis a situação, de fato, do que representa o termo “honestidade”. Um ser honesto é um ser decente, que age ou se omite conforme a regra geral ensina (SIMÃO NETO, 2014).

Observa Gesta Leal (2013) que não há na tradição do pensamento político ocidental consenso sobre o que vem a ser a corrupção. Não há uma definição nesse sentido. Também não se pode falar de uma Teoria Política da Corrupção. Existem diferentes abordagens sobre o tema, a partir de determinados marcos teóricos e filosóficos específicos.

Antes de partir para o enfrentamento da corrupção, é mister que se esteja cômico de sua complexidade e das diferentes perspectivas a partir das quais se pode abordá-la. É possível que estejamos falando de corrupção como uma questão filosófica, especulando sobre valores morais e éticos. Ou vendendo-a de uma perspectiva econômica, como um subproduto do capitalismo, um instrumento usado em transações comerciais em sociedades complexas. Ou como questão político-

cultural, indagando, por exemplo, por que em determinados países a “grande corrupção” é punida com penas duras, incluindo a pena de morte, e em outros com penas brandas, quando chega a ser punida. Ou como uma infração da norma penal, descartadas as considerações filosóficas, econômicas e político-culturais (SILA, 2008, p. 575-576).

O termo “corrupção” pode assumir vários significados, conforme comportamentos desvirtuantes e o ambiente em que ocorre. Vai depender, inclusive, se esse ambiente se refere à esfera privada ou pública.

Se a corrupção for estudada e analisada na esfera estatal, vai assumir o seguinte significado: indica o uso ou a omissão, pelo agente público, do poder que a lei lhe outorgou em busca de obtenção de uma vantagem indevida para si ou para terceiros, relegando a plano secundário os legítimos fins contemplados na norma. Desvio de poder e enriquecimento são, pois, elementos característicos da corrupção (GARCIA, 2013).

Mas a doença da corrupção inclui muitas outras estirpes e mutações, tais como as contribuições políticas legais, o compartilhamento de informações confidenciais ou secretas, a corrupção policial de vários tipos, as propinas para os funcionários encarregados das compras, a fraude no controle de qualidade e muitos outros (KLITGAARD, 1994, p. 38).

A corrupção não pode ser considerada como um fenômeno exclusivo de uma sociedade ou de um momento de seu desenvolvimento, como sugerem algumas teorias evolutivas e modernizantes. Ela está presente nas formações sociais mais distintas, conforme comprovam vários trabalhos publicados nos últimos anos nas ciências sociais. Mas as práticas que são definidas como corruptas ou corruptoras não são idênticas, sofrem uma variação significativa. Ou seja, o fenômeno da corrupção possui uma dimensão legal, histórica e cultural que não pode ser negli-

genciada quando se pretende estudá-la (BEZERRA, 1995).

A corrupção, seja pública, seja privada, quer em pequena, quer em grande escala, tem usado do subterfúgio do menos-prezo à lei, a um comportamento que a nossa República já consolidou legalmente como ideal para o nosso bem. Óbvio que, investidas do *múnus publica*, as autoridades públicas devem ser as primeiras a dar o exemplo de respeito às leis, principalmente à Constituição da República Federativa do Brasil, que encontra uma série de situações conflitantes nas administrações públicas, nos legislativos, nos judiciários e nos ministérios públicos por todo o país (CAVALCANTE, 2006, p. 61).

Da mesma forma, ninguém imagina que se esteja prestes a derrotar a corrupção. Ela se encontra profundamente arraigada em todo o planeta e dá perigosos indícios de avanço. Em muitos países, novos líderes, que se elegeram respaldados por plataformas anticorrupção, foram eles mesmos desmascarados, logo em seguida, como grandes corruptos.

Corrupção política, como tudo mais, é fenômeno histórico. Como tal, ela é antiga e mutante. Os republicanos da propaganda acusavam o sistema imperial de corrupto e despótico. Os revolucionários de 1930 acusavam a Primeira República e seus políticos de carcamidos. Getúlio Vargas foi derrubado em 1954 sob a acusação de ter criado um mar de lama no Catete. O golpe de 1964 foi dado em nome da luta contra a subversão e a corrupção. A ditadura militar chegou ao fim sob acusações de corrupção, despotismo, desrespeito pela coisa pública. Após a redemocratização, Fernando Collor foi eleito em 1989 com a promessa de caça aos marajás e foi expulso do poder por fazer o que condenou. De 2005 para cá, as denúncias de escândalos surgem com regularidade quase monótona (CARVALHO, 2012, p. 200).

Mas, há motivos para acreditar que se pode estar vivendo um momento histórico decisivo no longo embate da humanidade contra a corrupção. Um novo padrão global parece estar tomando forma na consciência humana, com grandes prolongamentos, em potencial, para as instituições, e também para os domínios político e comercial (GLYNN; KOBRIN; NAÍM, 2002).

Passados mais de 200 anos desde a vinda da família real portuguesa, a história da transformação da colônia no enorme país que temos hoje, superadas duas ditaduras (a de Getúlio Vargas e a Militar) e tornando-se o Brasil a sexta economia do mundo, com cerca de 200 milhões de habitantes, é manchada pela “corrupção desenfreada”, que sempre acompanhou a história do Brasil, mas que nunca esteve tão presente (DELMANTO; DELMANTO JUNIOR; DELMANTO, 2014).

Não é nosso exagero se reportar ao fato da nossa corrupção como produto dos nossos quinhentos anos, em razão de ela estar presente desde o “descobrimento”, a ponto de a Revista Jurídica Consulex, Ano IX - nº 207, de 31 de agosto de 2005, na sua capa, exibir, além de uma foto ilustrativa da primeira missa em terra brasileira, o título: “Brasil, 505 anos de corrupção” (CAVALCANTE, 2006, p. 49).

A corrupção está, pois, enraizada na cultura brasileira, em parcela da sociedade que defende “o se dar bem” à custa do dinheiro do contribuinte. Até mesmo personalidades públicas que são comprovadamente corruptas continuam a circular pelos governos, e o que é pior, encontram apoio na sociedade, que repete o famigerado jargão: “ele rouba mas faz!” (DELMANTO; DELMANTO JUNIOR; DELMANTO, 2014).

E é possível afirmar, com certa “tristeza”, que a ordem natural das coisas indica que temos um longo e tortuoso caminho a percorrer. O combate à corrupção não há de ser fruto de mera produção normativa, mas, sim, de um resultado da aquisição da consciência democrática, como também de uma lenta e paulatina participação popular. Isso per-

mitirá a contínua fiscalização das instituições públicas, reduzirá a conivência e, pouco a pouco, depurará as ideias daqueles que pretendem ascender ao poder. Observa-se que com isso a corrupção poderá ser atenuada, pois eliminada ela nunca será (GARCIA, 2013).

A corrupção não é apanágio do meio político, pois encontra o respaldo em inúmeros exemplos sociais, localizando melhor o problema em todos nós, brasileiros, por meio da nossa identidade nacional (CAVALCANTE, 2006).

Ainda hoje, em muitos rincões de nosso país, são encontrados administradores públicos cujas ações em muito se assemelham às de Nabucodonosor, filho de Nabopolassar, que assumiu o Império Babilônico em 624 a.C. Esse, buscando satisfazer sua rainha Meda, saudosa das colinas e florestas de sua pátria, providenciou a construção de estupendos jardins suspensos, tendo tal excentricidade consumido anos de labor e gastos incalculáveis, culminando em erigir uma das sete maravilhas do mundo antigo (GARCIA, 2013).

Tal “maravilha”, que originou maiores ônus do que propriamente benefícios, apresenta grande similitude com os devaneios atuais, quando se constata que o dinheiro público é consumido com atos de motivação fútil e imoral, finalidade dissociada do interesse público e em total afronta à razoabilidade administrativa, havendo flagrante desproporção entre o numerário despendido e o benefício auferido pela coletividade, qual seja, nenhum. O administrador, tal qual o mandatário, não é o senhor dos bens que administra, cabendo-lhe somente praticar os atos de gestão que beneficiem o verdadeiro titular: o povo (GARCIA, 2013).

3. DIREITOS FUNDAMENTAIS: DEFINIÇÕES

Conforme Ingo Wolfgang Sarlet, o termo “direitos fundamentais” se aplica àqueles direitos (em geral atribuídos à pessoa humana) reconhecidos e positivados na esfera do Direito Constitucional positivo de determinado Estado. Explica que a expressão “direitos humanos” possui relação com os documentos de Direito Internacional, pois se refere àquelas

posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano, independente de sua vinculação com determinada ordem constitucional. Aspiram, então, validade universal, para todos os povos e em todos os lugares, possuindo então caráter supranacional (internacional) e universal (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2013).

Direitos fundamentais, conforme Jairo Gilberto Schäfer, são definidos como sendo aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do Direito Constitucional estatal. Já a expressão “direitos humanos” guarda relação com documentos de Direito Internacional, revelando um caráter supranacional (SCHÄFER, 2001).

As expressões “direitos do homem” e “direitos fundamentais” são frequentemente utilizadas como sinónimas. Segundo a sua origem e significado poderíamos distingui-las da seguinte maneira: direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); direitos fundamentais são os direitos do homem jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objectivamente vigentes numa ordem jurídica concreta (CANOTILHO, 1999, p. 369).

Os direitos fundamentais, em sentido próprio, são essencialmente os direitos do homem individual e livre, e, com certeza, o direito que ele tem frente ao Estado, decorrendo do caráter absoluto da pretensão. O exercício desses direitos não depende de previsão legislativa infraconstitucional, pois o Direito se cerca de diversas garantias com força constitucional, objetivando-se a sua imutabilidade jurídica e política (SCHÄFER, 2001).

O desdobramento do conteúdo jurídico, objetivo dos direitos fundamentais, se mostra como inovações de maior consequência na dog-

mática dos direitos fundamentais pós-guerra, e a dimensão objetiva dos direitos fundamentais traz como efeito, especialmente, a irradiação dos efeitos dos direitos fundamentais nas relações entre particulares (GRIMM, 2006).

Nesse sentido, os direitos fundamentais podem ser opostos tanto contra o Estado quanto contra a ordem social, devendo haver ampla proteção desses direitos. Além disso, devem sempre guiar a atuação do Estado. Tal fato acabou gerando elevado número de intervenções do Estado na sociedade.

O princípio fundamental de proporcionalidade avança no marco da conhecida defesa negativa dos direitos fundamentais, e reforçando decisivamente o poder defensivo dessas contra as intromissões do Estado na liberdade. A compreensão jurídico-objetiva, por sua vez, abre aos direitos fundamentais uma área de aplicação inteiramente nova.

Conforme Alexandre de Moraes, os direitos humanos fundamentais surgiram como produto da fusão de várias fontes, desde tradições arraigadas nas diversas civilizações até a conjugação dos pensamentos filosóficos e jurídicos, das ideias que surgiram com o Cristianismo e com o Direito Natural. Essas ideias possuíam um ponto fundamental em comum, qual seja: a necessidade de limitação e de controle dos abusos de poder do próprio Estado e de suas autoridades constituídas e a consagração de princípios básicos, como igualdade e legalidade, que regem o Estado moderno e contemporâneo (MORAES, 2013).

O simples reconhecimento de direitos fundamentais nem sempre é suficiente para que os indivíduos possam efetivamente usufruir deles, devido à enorme desigualdade que ainda existe no meio social. Torna-se indispensável, então, que o Estado também consagre um conjunto de direitos destinados justamente à obtenção, tanto quanto possível, da igualdade material entre as pessoas. Esses são os chamados direitos sociais (DANTAS, 2014).

Direitos fundamentais e, conseqüentemente, os direitos sociais têm um caráter universal, pois destinam-se à proteção de todo o gênero humano, beneficiando não somente os brasileiros como também os es-

trangeiros que se encontrem em território nacional. E com o objetivo de beneficiar todos os indivíduos, os direitos sociais destinam-se principalmente à proteção dos hipossuficientes e daqueles considerados mais fragilizados. Esses últimos podem ser definidos como os maiores de idade, dependentes, em maior grau, das prestações materiais promovidas pelo Estado (DANTAS, 2014).

Observa Ingo Sarlet, quando aborda os direitos sociais, considerados de segunda dimensão, que:

Estes direitos fundamentais, que embrionária e isoladamente já haviam sido contemplados nas Constituições Francesas de 1793 e 1848, na Constituição Brasileira de 1824 e na Constituição Alemã de 1849 (que não chegou a entrar efetivamente em vigor), caracterizam-se, ainda hoje, por outorgarem ao indivíduo direitos a prestações sociais estatais, como assistência social, saúde, educação, trabalho, etc., revelando uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas, utilizando-se a formulação preferida na doutrina francesa. É contudo, no século XX, de modo especial nas Constituições do segundo pós-guerra, que estes novos direitos fundamentais acabaram sendo consagrados em um número significativo de Constituições, além de serem objeto de diversos pactos internacionais. Como oportunamente observa P. Bonavides, estes direitos fundamentais, no que se distinguem dos clássicos direitos de liberdade e igualdade formal, nasceram “abraçados ao princípio da igualdade” entendida esta num sentido material (SARLET, 2004, p. 55-56).

Aos direitos sociais, por se tratar de espécie do gênero direitos fundamentais, também se aplica a regra geral do art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, que prevê a aplicabilidade imediata dos direitos dessa natureza. E, conforme estabelece o art. 6º da Constituição de 1988, são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a

moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados (DANTAS, 2014).³

Além disso, como ocorre com os direitos fundamentais em geral, também os direitos sociais apresentam uma dupla dimensão subjetiva e objetiva. No que diz com a primeira, ou seja, quando os direitos sociais operam como direitos subjetivos, está em causa a possibilidade de serem exigíveis (em favor de seus respectivos titulares) em face de seus destinatários. A despeito das dificuldades e objeções que se registram nessa esfera (v. g., menos densidade das normas definidoras de direitos sociais, limites ao controle judicial das políticas públicas, dependência da disponibilidade de recursos, em outras palavras, do impacto da assim chamada reserva do possível), constata-se, no caso brasileiro, uma forte tendência doutrinária e jurisprudência (com destaque aqui para a jurisprudência do STF) no sentido do reconhecimento de um direito subjetivo definitivo (portanto, gerador de uma obrigação de prestação por parte do destinatário) pelo menos no plano do mínimo existencial, concebido com garantia (fundamental) das condições materiais mínimas para uma vida com dignidade, o que, em termos de maior incidência, se verifica especialmente nos casos do direito à saúde e à educação (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2013, p. 564.)

Conforme Moraes, a constitucionalização dos direitos humanos fundamentais não significa mera enunciação formal de princípios, mas sim a plena positivação de direitos. A partir dessa positivação, qualquer indivíduo poderá exigir sua tutela perante o Poder Judiciário para a efetiva concretização da democracia. A proteção judicial é absolutamente

³ Sendo possível, de forma excepcional, a existência de direitos sociais que dependam de edição de lei regulamentadora para que possam ser efetivamente aplicados, desde que tal esteja determinado no próprio texto constitucional. Sendo até possível, se ocorrer omissão legislativa que inviabilize o exercício do direito, a utilização do mandado de injunção.

indispensável para tornar efetiva a aplicabilidade e o respeito aos direitos humanos fundamentais que estão previstos na Constituição Federal de 1988 e no ordenamento jurídico em geral. Os direitos fundamentais são considerados a pilastra-mestra na construção de um verdadeiro Estado Democrático de Direito. E a sua previsão direciona-se basicamente para a proteção da dignidade humana em sentido mais amplo (MORAES, 2013).

1.1. Corrupção e as nefastas consequências com relação aos direitos fundamentais

A corrupção tem sido um dos temas centrais no processo comunicativo de globalização, unindo esforços e energias internacionais, tanto para seu combate quanto para a implementação, difusão e fortalecimento de ferramentas preventivas e de diagnósticos precisos, visando a objetivos comuns aos povos civilizados e democráticos (OSÓRIO, 2013).

Ao longo dos últimos quatro anos, a corrupção deixou de ser uma preocupação exclusivamente nacional ou regional para se transformar em uma questão de proporções globais. Observa-se que, em menos de meia década, a reação mundial contra a corrupção refletiu-se no cenário político internacional. Alguns governos caíram. Partidos há muito no poder foram expulsos devido a práticas corruptivas. Presidentes, primeiros-ministros, parlamentares e caciques corporativos antes considerados poderosos e intocáveis foram questionados/investigados, à exaustão, por promotores, engrossando os registros de processos judiciais. Itália, França, Japão, Coreia do Sul, Índia, México, Colômbia, Brasil, África do Sul: nenhuma região escapou e pouquíssimos países estão imunes (GLYNN; KOBRIN; NAÍM, 2002).

Quando a corrupção encontra-se dispersa em todo o corpo político e mesmo tolerada pela comunidade, as pessoas mais necessitadas sofrem de forma mais direta com os efeitos disso, haja vista que as estruturas dos poderes instituídos se ocupam, por vezes, com os temas que lhes rendem vantagens, seja de grupos, seja de indivíduos, seja com os inte-

resses públicos vitais existentes: hospitais públicos deixam de atender pacientes na forma devida porque são desviados recursos da saúde para outras rubricas orçamentárias mais fáceis de serem manipuladas e desviadas, como prática de suborno e defraudação; famílias em situação de pobreza e hipossuficiência material não podem se alimentar porque os recursos de programas sociais são desviados para setores corruptos do Estado e da sociedade civil; as escolas públicas não têm recursos orçamentários para a aquisição de material escolar, em face dos desvios de recursos para outros fins, ficando os alunos sem condições de formação minimamente adequadas (LEAL, 2013).

Quando estudada por economistas, estes afirmam que a corrupção impede, como também prejudica, o crescimento econômico de um país, pois:

[...] países com corrupção sistêmica que, apesar de tudo, obtiveram crescimento econômico satisfatório, correm o risco de cair em uma espiral decrescente. A corrupção pode virar uma bola de neve de modo que produza comissões ilegais mais elevadas até que o crescimento seja comprometido. A tolerância à corrupção, que encobre os pontos problemáticos do sistema e desvia de 5% a 10% do valor dos projetos públicos, pode gerar pressões para que o valor seja aumentado para 15% ou 20%. Exatamente o mesmo crescimento que permitiu a corrupção no passado pode produzir uma mudança das atividades produtivas para uma luta improdutivo por benefícios oriundos de cargos públicos, prejudicando, assim, o crescimento e os investimentos futuros. Sem uma reforma procedimental consciente a corrupção não será algo a partir do que um determinado país vá “crescer” (ROSE-ACKERMAN, 2002, p. 62).

Os efeitos perversos da corrupção também derivam de mudanças de comportamento de produtores e consumidores diante da percepção de que existe corrupção, principalmente se houver, em conjunto, a sensa-

ção de impunidade. Essa percepção e sensação estimulam comportamentos oportunistas, com objetivo de se locupletar com atividades e procedimentos que são ilegais e antiéticos. Atraem aventureiros e especuladores, especialistas em ganhar dinheiro através das mais variadas falcaturas. Ao mesmo tempo, desestimulam empresários que orientam suas ações no sentido de crescer, ganhar mercado e lucros através de investimentos em máquinas e equipamentos, inovações tecnológicas, melhores práticas gerenciais e maior qualificação da mão de obra (MONTORO FILHO, 2012).

Essa mentalidade, no seu extremo, se expressa na visão de que não compensa trabalhar honestamente, e o caminho da fortuna se encontra na prática da corrupção. Sendo assim, a corrupção é radicalmente antagônica ao crescimento econômico. Pode até ser vantajosa, no curto prazo; para oportunistas, pode resultar em uma acumulação predatória, mas definitivamente não é a receita para o progresso de um país (MONTORO FILHO, 2012).

A história da humanidade demonstra de forma irrefutável que a riqueza das nações é gerada em ambientes onde existam boas regras de convivência respeitadas por toda a sociedade. A razão para tal é simples. Os estímulos, investir, inovar - as chaves do crescimento econômico - são destruídos em sociedades nas quais prolifere a ilegalidade e a impunidade, e os valores éticos e morais sejam desprezados (MONTORO FILHO, 2012, p. 88).

Sem crescimento econômico, como consequências teremos menos possibilidade de realização de políticas públicas e de realização dos direitos fundamentais por parte do Estado. Ele acaba perdendo boa parte de seus recursos em práticas corruptivas, ficando sem recursos financeiros para realizar os direitos fundamentais previstos e garantidos pela Constituição Federal:

A realidade é que, além de o Estado gastar mal, perde parcela substancial dos seus recursos com a corrupção política, razão pela qual esta precisa ser reduzida ao máximo para que a ampla tarefa de inclusão social possa ter um efeito real positivo, ou seja, possa ser efetiva (BOTELHO, 2010, p. 119-120).

A corrupção traz para o Brasil custos sociais, principalmente com relação ao prejuízo na efetivação de direitos sociais fundamentais que estão garantidos pela Constituição Federal, como direitos à saúde e à educação.⁴ Não se questionam os custos suportados pela sociedade em decorrência da corrupção política, por exemplo. Existem grandes dificuldades práticas de se estabelecerem custos financeiramente demonstráveis. Ocorre que não há dúvidas de que os custos são demasiadamente altos e atentam contra o desenvolvimento de qualquer nação (BOTELHO, 2010).

Não há dúvidas de que a corrupção encontra-se diretamente conectada à violação dos Direitos Humanos e Fundamentais, notadamente quando os atos corruptivos são utilizados como formas de violação do sistema jurídico como um todo (o caso de suborno de servidores públicos para agilizarem procedimentos burocráticos), o que afeta, por si só, a ordem jurídica posta, além de provocar impactos localizados na rede de direitos e garantias vigente (eis que, neste exemplo, outros expedientes podem ser atrasados ou deixados de lado) (LEAL, 2013, p. 97-98).

4 No Brasil, no ano de 2011, por exemplo, cerca de 60% a 70% do total de casos de corrupção envolvendo dinheiro público concentraram-se nos setores de saúde, educação e saneamento básico. Disponível em: <http://www.dn.pt/inicio/globo/interior.aspx?content_id=1915676&secao=CPLP>. Acesso em: 11 mar. 2014. Em outra pesquisa de 2001 a 2004, fundada em dados de auditorias da Controladoria-Geral da União (CGU) em 556 municípios brasileiros, revelou-se a presença da corrupção em “mais de 60%” das cidades investigadas, afetando negativamente, de modo mais intenso, as condições e a qualidade da educação fundamental, constatando ainda que nos municípios com maiores índices de corrupção estão também os piores indicadores educacionais. Disponível em: <<http://pedesenvolvimento.com/2011/03/20/mais-corrupcao-menos-educacao/>>. Acesso em: 11 mar. 2014.

O meio ambiente também sofre danos sérios causados por atos corruptivos: basta ver as situações envolvendo até relações internacionais, como o descarte de lixo tóxico em outros países.

Outra consequência nefasta da corrupção é o prejuízo quanto à redistribuição de recursos. A maior parte dos estudos revela que os ricos e privilegiados se beneficiam de esquemas corruptos à custa dos pobres, dos cidadãos rurais e dos desprotegidos (KLITGAARD, 1994).

É interessante frisar que a tarefa de buscar a inclusão social das parcelas da população menos favorecidas encontra dificuldades na progressiva carência de recursos financeiros, não só no nosso País, como em grandes potências mundiais, como os Estados Unidos. Mas, no Brasil, o problema é mais crônico, pois, além da grande desigualdade social com a qual convivemos, deparamo-nos com altos índices de corrupção praticada por agentes que deveriam estar a serviço da sociedade e não de interesses pessoais (BOTELHO, 2010, p. 120).

A corrupção traz, também, consequências distributivas. Assim como na discussão da incidência tributária, a efetiva distribuição de ganhos e perdas é muitas vezes difícil de ser calculada. Uma fatia maior de ganhos é acumulada por vencedores de licitações e por funcionários públicos mais em um processo corrupto de contratação e de privatização do que em um sistema idôneo. Uma parcela da riqueza do país é distribuída para pessoas do sistema e para concorrentes corruptos, o que contribui para as desigualdades de renda. Para cobrir os altos preços de contratos, bem como as decepcionantes receitas geradas pelas privatizações, o governo se vê obrigado a aumentar impostos ou a cortar gastos (ROSE-ACKERMAN, 2002).

Argumenta-se que nosso país já vive uma desordem que é criada pela corrupção, pois o Estado encontra-se em situação de ineficiência diante de sua missão, que é a de promover o bem-estar social. Ao contrário, vivemos uma situação de insurreição civil, em que os agentes

estatais não ousam sequer adentrar em determinados pontos geográficos de nossas cidades onde a criminalidade é que manda (CAVALCANTE, 2006).

Se a corrupção pudesse ser estancada, com certeza sobriariam mais recursos (não totalmente suficientes, é claro, pois as necessidades orçamentárias são sempre crescentes em todas as áreas governamentais) para dar sustentabilidade ao modelo social delineado pela Constituição Federal de 1988 (BOTELHO, 2010).

Os representantes do Estado Social de Direito e de sua Constituição Social ficam atentos para o fato de que a insuficiente concretização do Estado Social, ou seja, dos direitos fundamentais garantidos, está relacionada com a progressiva carência de recursos financeiros, que também tem uma relação direta com a corrupção, pois quanto maior ela for, maiores serão as carências financeiras e maiores as dificuldades de concretização do Estado Social (BOTELHO, 2010).

Pelo fato de a corrupção política, por exemplo, ser um fato social que restringe o acesso à educação e à saúde, pelo fato de ter um alto custo a ela associado, há evidências nas relações existentes entre a baixa concretização de políticas públicas relativas à educação e à saúde e esse tipo de corrupção (BOTELHO, 2010).

Nessa linha, o professor Canotilho assinala que “não há Estado Social em ‘Estado falhado’ ou com os cofres vazios”. Fazendo um trocadilho, vislumbramos que seria perfeitamente plausível mencionar que “não há Estado Social em estado dominado pela corrupção política”, vez que a concretização dos direitos sociais fundamentais básicos como saúde e educação, por exemplo, implica a existência de uma vasta, complexa e custosa rede de serviços públicos que consiga suprir as demandas que lhe são impostas (BOTELHO, 2010, p. 119).

Encontramos muitas práticas corruptivas no setor da saúde, por

exemplo, o que esvazia os cofres públicos, e como consequência o Estado deixa de prestar, ou acaba prestado muito mal, esse direito que é garantido pela nossa Constituição como um direito social fundamental. Isso ocorre porque o setor da saúde movimentava valores gigantescos e ainda é completamente suscetível a irregularidades iminentes, comprometendo a utilização dos recursos para melhoria dos serviços prestados à sociedade.

A prática de pagamento de propina a médicos não é novidade, tampouco é uma prática exclusiva no Brasil. O setor de saúde movimentava cerca de 3 trilhões de dólares mundialmente por ano e está sujeito a diversas fraudes, como comissões ilegais para encaminhamento de pacientes, notas superfaturadas, falsificação de registros e assinaturas, solicitação de equipamentos e produtos - como o famigerado caso das próteses - desnecessárias, e, o mais comum, requisições falsas - faturas de serviços não prestados ou excessivos. No Brasil, os casos de corrupção envolvendo o setor são sofisticados a ponto de utilizarem quase toda a estrutura governamental existente. Além do pagamento a médicos, existem supostos pagamentos a fiscais, subsídios desviados, licitações fraudadas, liminares judiciais utilizadas para obrigar instituições governamentais a pagar por procedimentos desnecessários (CATLETT; GRION, 2015).

O que poderia ser feito? O combate à corrupção passa também pelo comportamento individual, pois está ligado diretamente a uma nova atitude a ser vivenciada no dia a dia, “a libertação de um vício”, como chamam alguns autores. Com desprendimento, com abnegação e até mesmo com indignação é que podemos almejar o alcance de uma nação menos corrupta. Argumenta-se que:

[...] como nos casos das substâncias que viciam, devemos estar acima das necessidades fisiológicas, que fazem o corpo

clamar por substâncias tóxicas. No caso da corrupção, mesmo beneficiados, devemos refutá-la, como artefato tóxico que envenena a alma dos indivíduos e da própria sociedade (CAVALCANTE, 2006, p. 63).

As práticas corruptivas atingem e prejudicam muito os direitos fundamentais garantidos pela nossa Constituição.

Com o dinheiro desviado pela corrupção, o Brasil poderia proporcionar um desenvolvimento extraordinário. A mesma pesquisa da FIESP exemplifica: a) Educação: o número de matriculados na rede pública de ensino fundamental subiria de 34,5 milhões para 51 milhões de alunos, o que representaria um aumento de 47%, uma vez que mais de 16 milhões de jovens e crianças seriam incluídos; b) Saúde: o número de leitos para internação nos hospitais públicos que atendem o Sistema único de Saúde poderia crescer 89%, permitindo que 327.012 leitos fossem construídos; c) Habitação: 2.940.371 famílias poderiam ser atendidas, elevando as metas do PAC (de 3.960.000) em 74,3%; d) Saneamento: o serviço poderia crescer 103,8% para acrescentar mais 23.347,547 casas com esgotos, o que diminuiria os riscos da saúde da população e a mortalidade infantil; e) Infraestrutura: poderiam ser construídas mais de 13.230 Km de estradas de ferro, para o escoamento da produção, melhorando o sistema ferroviário em 525%, ou serem construídos 277 novos aeroportos, o que representaria um crescimento de 1383%, ou mais 172 novos portos, o que representaria um incremento de 1537% (CAMBI, 2014).

Se a corrupção pudesse ser controlada, certamente teríamos mais recursos, não totalmente suficientes, pois as necessidades orçamentárias são sempre crescentes em todas as áreas governamentais, para, assim, finalmente, dar sustentabilidade ao modelo social que foi deline-

ado pela Constituição Federal de 1988.

Ademais, o combate à corrupção não é uma finalidade em si. A luta contra a malversação de verbas públicas é parte da meta mais ampla de se criar um governo mais eficiente. Os reformistas não se mostram preocupados apenas com a corrupção em si, mas também com seu efeito negativo sobre o desenvolvimento da sociedade. A corrupção generalizada é um sinal de que algo saiu errado na relação entre Estado e Sociedade (ROSE-ACKERMAN, 2002, p. 63).

Ou, conforme Rogério Leal, talvez uma democracia mais participativa e deliberativa responda:

[...] de forma mais legítima a este problema da corrupção, envolvendo a Sociedade Civil como protagonista primordial à sua ocorrência, isto porque, como quer Juarez Guimarães, *a corrupção do corpo político, significando impedimento, a restrição ou o desvirtuamento da vontade soberana do povo, introduz o reino dos privilégios ao acesso a direitos e a deveres e devasta o interesse público pela força do privatismo e do particularismo* (LEAL, 2013, p. 81, grifos originais).

CONCLUSÕES

O presente artigo procurou analisar os efeitos nefastos provocados pela corrupção com relação aos direitos fundamentais. Diante das práticas corruptivas, quem mais sofre são justamente as pessoas mais humildes, mais necessitadas, que acabam tendo seus direitos fundamentais sonegados ou prestados de forma insuficiente pelo Estado, como o direito social fundamental à saúde e à educação, por exemplo. Os desvios de dinheiro por práticas corruptivas impedem ou dificultam que o Estado realize políticas públicas e que atenda esses direitos fundamentais de forma satisfatória. Isso sem falar que as práticas da corrupção impedem

o crescimento econômico de um país e os bons investimentos, resultando em poucos recursos econômicos para a prestação de direitos fundamentais.

Para isso, num primeiro momento retomou-se o conceito de corrupção, procurando trazer suas definições e algumas de suas principais características. Após, passou-se ao estudo dos direitos fundamentais, conceituando-os para que ocorra uma melhor compreensão sobre o tema principal que fora abordado posteriormente, e que é o principal tema no presente trabalho: a corrupção traz grandes prejuízos aos direitos fundamentais, principalmente à prestação da saúde e da educação. Se houvesse uma diminuição e efetivo combate à corrupção, com certeza o Estado brasileiro teria melhores recursos para efetivar direitos fundamentais que foram garantidos na Constituição Federal de 1988.

E o que poderia ser feito? Apesar de termos esse cenário negativo, existem medidas que podem ser tomadas para prevenir irregularidades, como: efetivo controle contábil e de recursos; transparência e participação popular na formulação, execução e análise da alocação de recursos; campanhas de conscientização para que a própria população atue na fiscalização dos serviços públicos; punição rigorosa para casos comprovados de fraude e avaliação de qualidade e de desempenho do quadro de pessoas do setor público.

Sem esquecer, e principalmente, que o combate à corrupção passa também pelo comportamento individual, ou seja, de cada cidadão. Está ligado à adoção de uma nova atitude pessoal, de rejeição da corrupção em nosso comportamento e, até mesmo, de indignação. É dessa forma que poderemos alcançar uma nação que seja menos corrupta. Como consequência, teremos um Estado que poderá, assim, garantir melhor atenção aos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

BEZERRA, Marcos Otávio. *Corrupção: um estudo sobre o poder público e as relações pessoais no Brasil*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará; Anpocs, 1995.

- BOTELHO, Ana Cristina Melo de. *Corrupção política: uma patologia social*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- CAMBI, Eduardo. Introdução. In: BERTONCINI, M. E. S. N. (Org.). *Lei anticorrupção: comentários à Lei 12.846/2013*. São Paulo: Aledina, 2014.
- CANOTILHO, Gomes J. J. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Editora Livraria Almedina, 1999.
- CARVALHO, José Murilo de. Passado, presente e futuro da corrupção brasileira. In: AVRITZER, L.; BIGNOTTO, N.; GUIMARÃES, J.; STARLING, H. M. M. (Orgs.). *Corrupção: ensaios e críticas*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2012.
- CATLETT, Cynthia; GRION, Bruno Marques. Corrupção no setor de saúde: um grande desafio na perspectiva de três grandes países. *Lec*, 25 fev. 2015. Disponível em: <<http://www.lecnews.com/web/corruptcao-no-setor-de-saude-um-grande-desafio-na-perspectiva-de-tres-grandes-paises/>>. Acesso em: 22 jun. 2015.
- CAVALCANTE, Ruszel Lima Verde. *Corrupção, origens e uma visão de combate*. Brasília: Fundação Astrojildo Pereira; Edições FAP, 2006.
- DANTAS, Paulo Robert de Figueiredo. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- DELMANTO, Roberto; DELMANTO JUNIOR, Roberto; DELMANTO, Fabio M. de Almeida. *Leis penais especiais comentadas*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- GARCIA, Emerson. *Improbidade administrativa*. 7. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.
- GLYNN, P. KOBRIN, S. J.; NAÍM, M. A globalização da corrupção. In: ELLIOTT, Kimberly Ann. (Org.). *A corrupção e a economia global*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2002.
- GRIMM, Dieter. *Constitucionalismo y derechos fundamentales*. Tradução de Raúl Sanz Burgos e José Luis Muñoz de Baena Simón. Madrid: Trotta, 2006.
- KLITGAARD, Robert E. *A corrupção sob controle*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1994.
- LEAL, Rogério Gesta. *Patologias corruptivas nas relações ente estado, adminis-*

tração pública e sociedade: causas, consequências e tratamentos. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2013.

MONTORO FILHO, André Franco. *Corrupção, ética e economia.* Rio de Janeiro: Elsevier; São Paulo: ETCO, 2012.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência.* 10. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública, corrupção, ineficiência.* 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

ROSE-ACKERMAN, Susan. A economia política da corrupção. In: ELLIOTT, Kimberly Ann (Org.). *A corrupção e a economia global.* Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais.* 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional.* 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

SCHÄFER, Jairo Gilberto. *Direitos fundamentais: proteção e restrições.* Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2001.

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

SIMÃO NETO, Calil. *Improbidade administrativa: teoria e prática: de acordo com a Lei nº 12.846 de 01 de agosto de 2013, com a lei complementar nº 135 de junho de 2010: ficha limpa.* 2. ed. Leme: J. H. Mizuno, 2014.

A PARTICIPAÇÃO POPULAR POR MEIO DOS CONSELHOS MUNICIPAIS: A QUALIDADE DA TOMADA DE DECISÃO EM POLÍTICAS PÚBLICAS A PARTIR DA TEORIA DA DEMOCRACIA DELIBERATIVA¹

AUGUSTO CARLOS DE MENEZES BEBER²

CAROLINE MÜLLER BITENCOURT³

RESUMO: O presente artigo tem por escopo uma análise da problemática da participação popular tendo por base a teoria da democracia deliberativa. A referida análise orbita em torno da atuação dos conselhos municipais, espaços públicos institucionalizados reservados à discussão das demandas sociais. Discute-se, ain-

- 1 Este artigo é fruto da produção dos estudos realizados no bojo do projeto de pesquisa vinculado ao CNPq “O controle social e administrativo de políticas públicas: da teoria aos mecanismos de controle da função pública”. Eixo temático: Transparência e Participação na Gestão Pública. Trabalho apresentado e selecionado no I Seminário Nacional Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis, realizado nos dias 22 e 23 de outubro de 2015, na Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público.
- 2 Graduando do curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul. Bolsista do Programa Unisc de Iniciação Científica (Puic). E-mail: agosto_beber@yahoo.com.br.
- 3 Doutora em Direito. Especialista em Direito Público. Professora do PPGD - Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul, da disciplina Teoria do Direito. Professora da graduação e pós-graduação *lato sensu* da Universidade de Santa Cruz do Sul. Coordenadora do projeto de pesquisa “O controle social e administrativo de políticas públicas”, vinculado ao CNPq. Advogada. E-mail: caroline.mb@terra.com.br.

da, quais são os parâmetros que a atividade deliberativa assume quando se tem em pauta decisões sobre políticas públicas, e, por conseguinte, como elas podem ser qualitativamente aperfeiçoadas por meio do discurso. A abordagem, realizada através do método hermenêutico, acarreta na reflexão sobre um modelo paradigmático de conselho, no qual as decisões são tomadas na forma mais próxima possível dos ditames democráticos deliberativos.

PALAVRAS-CHAVE: Conselhos municipais. Democracia deliberativa. Discurso. Participação popular. Políticas públicas.

ABSTRACT: *The current paper has the objective of producing an analysis about the theme of popular participation, considering basically the deliberative democracy's theory. The analysis turns around the role of city's council, that are public places institutionalized reserved to discussions about social demands. It is argued yet about what parameters deliberative activity takes when there are decisions about public policies to take. Consequently, it is asked also how decisions about public policies can be better taken through the discourse. The approach has been made by the hermeneutic method, what ends in the reflection about a paradigmatic type of council, where decisions are taken in the most near way from the deliberative democratic rules.*

KEYWORDS: *City's council. Deliberative democracy. Discourse. Popular participation. Public policies.*

INTRODUÇÃO

O presente texto tem por escopo a produção de uma leitura dos conselhos municipais de políticas públicas a partir do viés democrático-deliberativo. Parte-se da premissa de que as práticas deliberativas se encontram no que há de mais alinhado com a proposta democrática, apresentando-se, dessa forma, como uma alternativa qualificada frente à chamada crise da representatividade.

Acredita-se ainda que os conselhos de políticas públicas, em sua estrutura aberta, aproximam-se do ideal democrático ao realizar o encontro de segmentos da Administração Pública e da sociedade civil, em forma e proporção que permitem a identificação das demandas sociais e a propositura e fiscalização de políticas públicas que visam ao suprimento das necessidades populares.

A sistemática do conselho, nesses termos, revela um interessante exercício ativo da cidadania que não se encontra em outras formas de representação. O modelo democrático representativo, largamente di-

fundido, encerra problemas latentes que envolvem fatores como a corrupção que paulatinamente demonstram o largo afastamento entre a ação dos representantes e a vontade dos representados. Em um modelo democrático-deliberativo, por outro lado, o exercício da participação política é concentrado na autodeterminação dos sujeitos que comunicativamente buscam o consenso em termos de demandas públicas e políticas sociais.

O texto constitucional de 1988 apresenta, em diversos pontos, ambições deliberativas para o sistema jurídico-político brasileiro. A descentralização do poder, além de mecanismos instrumentais institucionalizados de controle, como são a ação popular e o mandado de segurança (individual ou coletivo), ou mesmo o plebiscito, o referendo e a consulta popular, desafogam o Estado de uma espiral negativa de responsabilidade absoluta pela concretização das finalidades públicas.

Entretanto, embora o sistema tenha sido pensado com base em premissas deliberativas, a sua mera intitulação não a torna, por si só, deliberativa. Como se percebe com a ação popular, não basta haver predisposição instrumental se não há, de fato, um exercício real e qualificado da ferramenta democrática.

Nesses termos, este estudo se apresenta com uma dimensão diferenciada daqueles já realizados em sede de conselhos de políticas públicas. Não se busca, para tanto, realizar uma análise empírica com base em um conselho preexistente, tampouco apenas ressaltar sua importância no contexto constitucional contemporâneo. O problema a ser enfrentado aqui é anterior, e exige uma revisão sistemática das bases matriciais sob as quais encontram-se os fundamentos dos conselhos de políticas públicas.

Parte-se do pressuposto de que não é a existência do conselho, por si só, que torna a prática democrática deliberativa, mas sua existência qualificada, verificada através de uma ação comunicativa real e efetiva. Embora reconheça-se que o processo de formação e consolidação dos conselhos ainda esteja em desenvolvimento, a ausência de parâmetros ou mesmo de uma metodologia de análise própria prejudica seriamente

qualquer análise ou verificação das práticas democráticas dos conselhos.

Assim sendo, acredita-se que seja necessário, para uma melhor gestão dos conselhos de políticas públicas como práticas populares, desenvolver um roteiro de análise de suas ações a partir dos conceitos basilares da deliberação e da ação comunicativa, redesenhados segundo as peculiaridades estruturais que os conselhos apresentam. Significa dizer: de que modo as premissas da teoria da democracia deliberativa contribuem para a melhor gestão dos conselhos populares? Ou mesmo, quais são as dimensões de ordem fática e/ou as adaptações empíricas que são minimamente exigidas para que se configure no conselho uma prática deliberativa?

Para tanto, utilizar-se-á primacialmente a obra de Jürgen Habermas como fio condutor das propostas deliberativas, embora reconheça-se suas interlocuções críticas. Na esteira dessa proposta, abordar-se-á, no primeiro item deste estudo, as principais características da teoria da democracia deliberativa e da ação comunicativa habermasiana, de forma a trazer luz sobre o modelo que se acredita ser fundamento e objetivo do sistema jurídico-político.

O segundo item deste trabalho será destinado a uma leitura da democracia brasileira segundo o período constitucional pós-1988, com o intuito de abordar de maneira exemplificativa as práticas democráticas e participativas inseridas na Constituição Federal e seus possíveis óbices encontrados no plano sociopolítico atual.

Assim, no terceiro e último item do presente estudo, encontrar-se-ão alguns parâmetros de análise e de estrutura sugeridos a serem adotados em relação aos conselhos municipais de políticas públicas, extraídos segundo as premissas dos itens anteriores. Trata-se de uma empreitada ímpar, que, se corretamente trilhada, permite uma melhor apreciação das ações dos conselhos populares, contribuindo, assim, para uma melhor gestão das demandas públicas.

I. AS CONTRIBUIÇÕES DA DEMOCRACIA DELIBERATIVA E DA ÉTICA DISCURSIVA PARA A TOMADA DE DECISÃO EM MATÉRIA DE POLÍTICAS PÚBLICAS: POR QUE DELIBERAR TRAZ QUALIDADE À COMUNICAÇÃO

O conselho municipal terá o importante papel de tomar decisões em matéria de políticas públicas. Toda tomada de decisão é uma unidade, entre tantas possibilidades. Tal situação implica tomar decisão com base em argumentos que são partilhados em um mundo linguístico, a fim de que a comunicação aconteça.

A subjetividade é algo que considera e privilegia a ideia da diversidade na medida em que a troca pode trazer o maior número de informações e alternativas; a intersubjetividade será imprescindível para o acesso ao conhecimento do mundo. Com a virada linguística, a linguagem assume a condição de tornar acessível as coisas no mundo através de seus significados, ultrapassando as ideias essencialistas da coisa em si mesma. As pessoas inseridas no mundo da vida necessitam das capacidades coordenadoras da ação presentes na linguagem, uma vez que são as interações cotidianas dos sujeitos que formam um pano de fundo que passa a orientar toda forma de conhecimento, tanto porque reproduz na medida em que o consenso acontece quanto porque possibilita que a comunicação também aconteça. Para Habermas (1990, p. 72):

Uma vez que o agir comunicativo depende do uso da linguagem dirigida ao entendimento, ele deve preencher condições mais rigorosas. Os atores participantes tentam definir cooperativamente os seus planos de ação, levando em conta uns aos outros, no horizonte de um mundo da vida compartilhado na base de interpretações comuns da situação. Além disso, eles estão dispostos a atingir esses objetivos mediatos da definição da situação e da escolha dos fins assumindo o papel de falantes e ouvintes, que falam e ouvem através de processos de entendimento. O entendimento através da

linguagem funciona da seguinte maneira: os participantes da interação unem-se através da validade pretendida de suas ações de fala ou tomam em consideração os dissensos constatados. Através das ações de fala são levantadas pretensões de validade criticáveis, as quais apontam para um reconhecimento intersubjetivo. A oferta contida num ato de fala adquire força obrigatória quando o falante garante, através de sua pretensão de validade, que está em condições de resgatar essa pretensão, caso seja exigido, empregando o tipo correto de argumentos.

Assim, o procedimento ideal para a formulação de uma política pública deve atender aos critérios de uma boa ação comunicativa. Um procedimento que se pretende inclusivo na pluralidade regula-se, a partir do princípio do discurso, por uma ideia de que os: a) procedimentos são argumentativos; b) inclusivos e públicos; c) necessidade de não coação externa; d) internas, ou seja, igual chance de contribuição; e) a possibilidade de revisitar as opiniões, mas, por outro lado, concluídas, de modo a possibilitar a ação pelo Direito; f) contribuições não estão circunscritas; e g) as deliberações políticas permitem as contribuições variadas (HABERMAS, 2003, v. II). Através do modelo de política procedimentalista, que capta uma séria de opiniões esparsas, que no procedimento democrático transformam-se em poder comunicativo - que em si não domina o uso do poder administrativo, mas pode, de certa forma, direcioná-lo. Uma esfera pública que realiza o procedimento pela ação comunicativa, abandonando a ação instrumental, possibilita a construção de uma expectativa de racionalidade dos procedimentos em sede de esfera pública. Assim, aqueles com intenções duvidosas terão receios de expô-las, uma vez que o fluxo de opiniões será de conhecimento de todos.

A ética do discurso⁴ como forma de observação do processo de

4 Tratar-se-á aqui da ética do discurso principalmente a partir de Habermas e alguns de seus interlocutores.

criação da norma, ou do processo de criação da decisão, contribui para esse campo que não pode estar à mercê da total discricionariedade executiva ou legislativa em termos de políticas públicas. Logo, o olhar para os discursos é um olhar para o agir orientado ao entendimento: “Uma teoria da argumentação consensual tem de explicar o uso desses argumentos em discursos que têm a pretensão de ser ‘universais’, i.e., capazes de uma adesão universal, mas que são gestados e testados em contextos factuais bem específicos”. Esse é o motivo pelo qual se utilizou a ética discursiva por justamente acreditar que ela oferece um procedimento capaz de avaliar boas razões para as normas, que, como já dito, seja obrigatoriamente geral sob uma observação, mas que, ao mesmo tempo, consiga pronunciar-se ante um caso concreto.

A observação dos discursos não poderá ser feita senão considerando o princípio democrático, motivo pelo qual, obrigatoriamente, é necessário vislumbrar, ainda que brevemente, o que é a democracia no conceito da teoria pragmática e como ela opera, para então discorrer sobre os discursos de fundamentação e aplicação. Para Habermas, o princípio democrático está inserido no princípio do discurso e vem ao encontro da necessidade da integração social a partir do entendimento mútuo, e não mais mediante a autoridade de fundamentos metafísicos. Para uma compreensão do princípio do discurso, vale a explicação de Reck (2006) acerca do pensamento habermasiano:

o princípio do discurso fundamenta-se em uma noção de troca argumentativa ou intersubjetividade. Habermas pretende que as forças de solidariedade e coordenação presentes na interação cotidiana, a razão comunicativa, possam ser transportadas para a problemática do Direito. Os agentes no cotidiano mutuamente selecionam comportamentos no intuito de entenderem-se uns com os outros, pressupondo em suas ações condições pragmáticas a fim de tornarem possível a interação, em um agir comunicativo. Habermas aproveita o engate entre a defesa de razões e vinculação da ação para

fazer a ligação entre vontade racional e coerção. O pensamento, articulando-se em proposições, é fundado em razões as quais podem sofrer uma apreciação crítica, e, assim, uma adesão racional.

O pluralismo, característico desse momento histórico, requer ampla discussão e debate acerca dos conteúdos, dos conceitos e das práticas da comunidade, que será afetada individual e coletivamente. Nesse aspecto, as normas sociais que até poderiam ser observadas, de certa forma, simplesmente pelo fato de existirem, serão colocadas à discussão na esfera pública e em torno delas discutirão sua pretensão de validade. Dito de outro modo: a validade, que antes era dada por outros meios, como autoridade, carisma, religião, passa a ser dada através da sua fundamentação, pois nesse processo de agir comunicativamente voltado ao entendimento mútuo é que ocorre a integração social. Na explicação de Habermas (2003, p.158, v. I):

Por isso introduzi um princípio do discurso, que é indiferente em relação à moral e ao Direito. Esse princípio deve assumir - pela via da institucionalização jurídica - a figura de um princípio da democracia, o qual passa a conferir força legitimadora ao processo de normatização. A ideia básica é a seguinte: o princípio da democracia resulta da inter-relação existente entre o princípio do discurso e a forma jurídica. Eu vejo esse entrelaçamento como a *gênese lógica de direitos*, a qual pode ser reconstruída passo a passo. Ela começa com a aplicação do princípio do discurso ao direito a liberdades subjetivas de ação em geral - constitutivo para a forma jurídica enquanto tal - e termina quando acontece a institucionalização jurídica de condições para um exercício discursivo da autonomia política, a qual pode equiparar retroativamente a autonomia privada, inicialmente abstrata com a forma jurídica. Por isso, o princípio da democracia só pode aparecer como núcleo de um sistema de direitos.

A gênese lógica desses direitos forma um processo circular, no qual o código do direito e o mecanismo para a produção de direito legítimo, portanto o princípio da democracia, se constituem de *modo cooriginário* (grifos do autor).

O princípio democrático atende às necessidades de fixar procedimentos para a produção da validade das normas jurídicas, garantindo-se que na produção do Direito todos estarão submetidos em condições que possam se expressar na formação da opinião pública e vontade política. Feito isso, o processo de validação das normas fica atrelado a uma racionalidade comunicativa institucionalizada, sem a necessidade de recorrer a argumentos fora da história para justificar a formação do Direito, motivo pelo qual pensar em analisar os discursos de fundamentação e aplicação pressupõe que essas condições do princípio democrático estejam postas. Dito de outro modo: não poderia se pensar em uma distinção entre discursos de aplicação e fundamentação se não em um paradigma procedimental do Direito, sendo que uma das grandes contribuições dessa concepção é justamente poder tornar criticáveis as decisões, haja vista que poderá ser resgatada a partir da sua fundamentação. Para Leal (2011, p. 22-23):

Como o autor ainda leva em conta o pluralismo social, cultural e ideológico presente no tecido social, sustenta que os acordos racionais referidos se dão a partir de três tipos de discursos racionais: (1) o discurso pragmático, sobre como lograr melhor nossos fins; (2) o discurso ético, que se ocupa dos bens, valores e identidades contingencialmente localizados no tempo e no espaço; e o (3) discurso moral, tocante ao que é justo e imparcial, ou àquilo que vai ao encontro do interesse de todos.

Indiscutivelmente, o conceito de democracia está associado a uma pluralidade de líderes que atuam como catalisadores dos processos deliberativos, que ocorrem em uma esfera “não institucionalizada” que

permitem as políticas e as instituições a adaptar-se às solicitações de uma sociedade aberta. Esse, talvez, é um dos maiores desafios que se lança aos líderes políticos, consistindo em articular princípios políticos e técnicos para produzir políticas públicas de alta qualidade (BANCO INTERAMERICANO DE DESENVOLVIMENTO, 2006, p. 14). Ao procurar responder qual a ligação da política pública com o conceito de democracia, deve-se remontar à própria opção do Constituinte de 1988, que impôs esse dever de atuação para toda e qualquer ação estatal respeitar e cumprir os pressupostos democráticos. Contudo, o que significa democracia dentro do contexto do constitucionalismo contemporâneo? E, mais, o que significa democracia em termos de políticas públicas? A construção de um conteúdo, de um sentido constitucionalmente possível, a esses o dever de decisão atrelado à democracia, não é uma opção de quem decide, mas um dever constitucionalmente imposto pelo princípio democrático.

Em verdade, a grande contribuição da teoria da democracia exercida nos moldes da teoria discursiva é trazer uma avaliação qualitativa para as decisões. Nesse contexto, o papel atribuído aos Conselhos Municipais, como instância de participação e controle da sociedade sobre decisões acerca de políticas públicas, que nada mais são do que demandas que emergem da necessidade social e retornam à própria sociedade, requer qualidade democrática da tomada de decisões, e tal qualidade democrática se atinge através de práticas discursivas que são privilegiadas em espaços de deliberação pública.

Ainda, entender a democracia no constitucionalismo é ultrapassar as barreiras da tradicional democracia, pois se ultrapassa a ideia da maioria ou da representatividade, ou seja, vamos além de. Isso se deve ao conteúdo contramajoritário em uma democracia que se assume mais material do que formal, que possui um dever emancipatório e não paternalista.

No entanto, dizer que as políticas públicas estão ligadas ao Estado Democrático de Direito não significa simplesmente um discurso de intenções; existe um conteúdo que fica atrelado a esse dever de concre-

tização voltado a uma esfera significativa de sujeitos envolvidos ou de direitos garantidos. Assim, entende-se que, quanto mais o processo for aberto ao diálogo e à participação, menores serão os espaços para os discursos individuais dentro dessa esfera pública, uma vez que, explicitados os argumentos, as verdadeiras razões poderão ficar descobertas. Assim, por política pública vinculada ao ideal de democracia entendamos um dever de a sociedade agir sobre ela mesma.

Segundo o modelo deliberativo, os procedimentos de deliberação geram a legitimidade, bem como asseguram algum grau de racionalidade prática. Mas quais seriam as pretensões de racionalidade prática desses processos? Pode-se dizer que existem três motivos pelos quais o processo deliberativo é essencial para as tomadas de decisão coletiva: 1) esses processos são processos que comunicam informações; 2) ninguém poderá prever ou antecipar a variedade das questões éticas e políticas que serão debatidas por cada indivíduo; 3) nenhum indivíduo é capaz de concentrar toda a informação para a tomada de decisão que afeta a todos os indivíduos (BENHABIB, 2007).

Ainda, sobre a concepção de democracia deliberativa, a autora acredita ser importante adicionar três concepções adicionais: 1) o desafio para a racionalidade democrática é alcançar formulações aceitáveis do bem comum, apesar de inevitável pluralismo de valores; 2) o modelo de democracia deliberativa não assume somente como ponto de partida o conflito de valores, mas também o conflito de interesses da vida social - os procedimentos democráticos têm de convencer que as condições de cooperação mútua são mais legítimas, mesmo em condições em que os interesses próprios de um indivíduo ou de um grupo são afetados de modo negativo; 3) qualquer modelo procedimentalista de democracia deliberativa é mais aberto ao argumento de que nenhuma sociedade moderna pode organizar suas questões acreditando na ficção de uma assembleia de massas realizando, ao mesmo tempo, todas as suas deliberações em coletividade (BENHABIB, 2007).

Interessa aqui apontar uma breve discussão acerca do critério da maioria e a questão do próprio consenso na teoria procedimental da

democracia deliberativa, ou seja, como decidir quando não há consenso, ou, ainda, se pode se decidir apenas com o critério da maioria. Levando-se em consideração que a natureza do conceito de unanimidade é puramente conceitual, a unanimidade como resultado de algo é uma síntese constitutiva, que, por sua vez, é diferente de suas partes constitutivas.

Quando se propõe basear o critério de legitimidade política na unanimidade, não se pode rechaçar o modelo com base no fato de que, *a priori*, isso parece ser irracional ante a individualidade dos sujeitos envolvidos. Assim também o poder político e as regras promulgadas por este não podem ter outra base legítima que não seja a vontade desses indivíduos iguais, pois serão destinadas e geram obrigatoriedade a todos os membros da comunidade. Portanto, as regras podem ser legítimas apenas quando engendradas pela vontade de todos e representando a vontade de todos; no entanto, para ser realista e dar conta da pluralidade de demandas, pode-se dizer que “essa unanimidade não é exigida para cada decisão individual, mas antes para os princípios e regras a partir dos quais derivam as decisões particulares”. Para Manin (2007, p. 19):

Na esfera política, é a unanimidade que provê os princípios da legitimidade. Contudo, a maioria das teorias democráticas não diz respeito apenas à legitimidade, mas também está ligada à eficiência. Dessa forma, podem introduzir um princípio da tomada de decisão mais realista do que o da unanimidade, a saber, o princípio da maioria. Todavia, os meios de que dispõem para reconciliar o princípio da tomada de decisão (pela maioria) com o princípio da legitimidade (unanimidade) sublimam mais fortemente a exigência pela unanimidade em sua concepção do que em qualquer pensamento político baseado no individualismo.

Por mais que se venha a ter esclarecimentos sobre as demandas

públicas, ainda assim não se pode ter consensos - nesse momento é que entra em cena a técnica da decisão majoritária que vai ter que construir seus próprios argumentos a partir de irreconciliáveis interesses em debate. Refere Cohen (2007, p. 122-123):

Por esta razão, em geral, nem mesmo um procedimento deliberativo ideal produzirá consenso. Mesmo se há divergência, e a decisão é feita pela regra da maioria, os participantes podem recorrer a considerações que são, de modo geral, reconhecidas como tendo peso considerável.

Continua o mesmo autor (p. 126):

a ideia principal é a de que a concepção deliberativa exige mais do que atribuir uma consideração igual dos interesses dos outros; demanda, também, que encontremos razões aceitáveis politicamente - razões que são aceitáveis para os outros, dando o pano de fundo de diferenças de convicções prudentes - *princípio da inclusão deliberativa*.

Essa concepção de democracia não justifica apenas a soberania da maioria ou de sua mera representação. Há certas ações que a maioria deve ser obrigada a fazer, como, por exemplo, não excluir ninguém do direito ao voto, de participar do processo de deliberação, ainda, não poder suprimir as liberdades fundamentais necessárias para o exercício efetivo desses direitos, como a liberdade de consciência, de opinião, de fala e de associação. Diga-se, também, que a maioria não pode eliminar as diversidades das soluções propostas. Conclui-se, nesse sentido, que a teoria da democracia deliberativa não oferece, nem pode oferecer, um método perfeito para a tomada de decisão mais razoável, mas esse processo torna a realização de resultados razoáveis mais provável, especialmente se considerarmos o tempo e o efeito educativo de um processo de constante deliberação (MANIN, 2007, p. 42-44).

Portanto, defende-se que ante o papel que os conselhos municipais recebem com a Constituição de 1988, que logo abaixo será enfrentado, parte-se do pressuposto de que é a democracia deliberativa praticada nos moldes de uma ética discursiva que traz qualidade à tomada de decisões em matéria de políticas públicas.

2. A DEMOCRACIA BRASILEIRA NO PERÍODO CONSTITUCIONAL PÓS-1988: ENTENDENDO O CONTEXTO DOS CONSELHOS COMO PRÁTICAS DELIBERATIVAS

O tema da democracia se mostra um verdadeiro contrarregra do cenário político, jurídico e acadêmico brasileiro. Em geral, na prática jurídica seu debate se mostra ofuscado por discussões de diversas ordens, oriundas dos plúrimos ramos do Direito. Entretanto, vez ou outra, a democracia assume a função de protagonista do debate jurídico, e, em momentos marcados pelo descaso com o interesse público, pautado por escândalos de ordem política, renovam-se as questões sobre o correto e efetivo exercício democrático.

Não é recente a crítica realizada ao sistema político brasileiro relativa à representação parlamentar. O exercício do poder, cuja titularidade pertence ao povo, empregado de forma preponderantemente representativa, mostrou-se um sistema muitas vezes perverso, que não raro esconde a defesa do interesse privado sob uma máscara de democracia e republicanismo.

A insustentabilidade do atual modelo (ou mesmo a visível necessidade de reparos dele) encontra reflexo em situações crônicas diagnosticadas nos três poderes da República (LEAL, 2006).

Entretanto, salvo melhor juízo, apesar das circunstâncias desestimulantes apresentadas, concorda-se com a doutrina no sentido de que a democracia no Brasil também possui instrumentos que tornam possível contornar as mazelas da representação parlamentar e seus derivados.

O cenário participativo faz parte de um contexto constitucional renovado, caracterizado pela atuação de novos sujeitos sociais. Segundo

Wolkmer (2000), são esses novos sujeitos que, rompendo com as práticas estagnadas do puro representativismo, são capazes de fundar uma prática política criativa. Para o autor, a legitimidade democrática está além da antiga lógica calcada na legalidade tecnoformal, mas encontra-se, em uma cultura jurídica pluralista, baseada primacialmente na consensualidade das práticas sociais constituintes e nas necessidades reconhecidas como reais, justas e éticas (WOLKMER, 2000, p. 92).

Desse modo, transfere-se do Estado o monopólio do governo para atribuir-lhe o monopólio da articulação das práticas sociais nas quais estão imbuídos os novos sujeitos sociais. Assim, o Estado adquire por missão criar oportunidades de participação para cidadãos, voltadas especialmente para a gestão e fiscalização dos atos do Poder Público.

Nesse contexto de gestão aberta e articulada que são encontrados os conselhos de políticas públicas. Sua atuação, embora ainda tímida, é detentora de uma jornada que teve início antes mesmo do período constitucional pós-1988, fazendo parte do contexto de descentralização do poder formado pelos movimentos sociais a partir das décadas de 1970 e 1980 (SWAROVSKY, 2011). Em perspicaz observação, assim Gohn (2001, p. 26) conceitua os conselhos populares:

uma esfera que comporta a interação entre grupos organizados da sociedade, originários das mais diversas entidades, organizações, associações, movimentos sociais, etc. A natureza dessa esfera é essencialmente política argumentativa. É um espaço para o debate, face a face, dos problemas coletivos da sociedade, diferenciado do debate no espaço estatal propriamente dito.

Os conselhos municipais, na esteira desse entendimento, compartilham do processo de municipalização das políticas sociais como novas formas de gestão da coisa pública. Assim, sua expectativa é de inserção da sociedade democrática no âmbito da discussão sobre os recursos públicos, alocando a interação dos indivíduos em um livre exercício de

avaliação, crítica ou sugestão de alternativas de administração em um *locus* público descentralizado (SWAROVSKY, 2011).

Desse modo, é inegável considerar que nenhum ambiente se mostra mais propício para o desenvolvimento dos conselhos do que o espaço municipal. Nele há uma maior aproximação entre gestores e cidadãos, própria para uma visualização mais concreta das demandas sociais, bem como das políticas públicas necessárias para o saneamento das necessidades dos integrantes da comunidade (MERLIN, 2004). Nessa seara, são valiosas as contribuições de Dowbor (2003, p. 35):

O resgate da governabilidade local significa portanto um potente processo de racionalização administrativa, que traz consigo um impacto político fundamental, o de restituir ao cidadão o direito de decidir sobre a construção da dimensão social da sua qualidade de vida. Uma população solidariamente organizada em poderes locais constitui neste sentido um tipo de lastro, de âncora que pode devolver aos níveis superiores do Estado a sua capacidade de governo, ao aumentar significativamente a densidade organizacional da sociedade.

Nesses termos, as múltiplas deliberações ocorridas a nível municipal tornam-se aptas a levar as demandas sociais a nível estadual, que, por consequência, chega aos altos patamares da esfera federal. Por conseguinte, as múltiplas discussões sobre demandas sociais que ocorrem por todo o país em grau municipal adquirem uma dimensão muito maior, composta por múltiplas faces, tornando-se capaz de influir nos projetos de políticas públicas adotadas por toda uma nação.

Assim, mecanismos de participação institucionalizados, como os conselhos, podem ser considerados como espaços de participação e de controle social, na perspectiva de ampliação das práticas democráticas. Correia (2003, p. 64) ainda ressalta que:

O espaço de participação popular nos conselhos é contraditório: pode servir para legitimar ou reverter o que está posto. Porém, não deixa de ser um espaço democrático, em que vence a proposta do mais articulado, informado e que tenha maior poder de barganha [...].

Entretanto, as práticas que contam com mecanismos de abertura e desconcentração do poder não raro são contaminadas por falácias e artimanhas das antigas instituições, que, encarecidamente, resistem ao novo paradigma democrático (LEAL, 2006, p. 55). Assim, a formatação de institutos como os conselhos de políticas públicas, para assumir seu potencial democrático-deliberativo, deve ter em sua estrutura aparatos instrumentais e institucionais que o façam um recurso popular pautado pelo debate público, e não uma instituição tecnoburocrática. Essa formatação deve ter por base os pressupostos da ética discursiva, adaptados às exigências práticas que cada meio de participação popular exige. Assim sendo, é o que se buscará brevemente delimitar em relação aos conselhos de políticas públicas.

3. OS CONSELHOS DE POLÍTICAS PÚBLICAS COMO PRÁTICAS DELIBERATIVAS: UMA REVISÃO DA FORMATAÇÃO DE SUAS ESTRUTURAS DEMOCRÁTICAS

Conforme mencionado no item anterior, os conselhos de políticas públicas encontram-se dentro de um rol aberto de possibilidades deliberativas institucionalizadas. A sua formatação híbrida, bem como seus múltiplos campos de atuação, o tornam um instrumento *sui generis* em termos democráticos.

Como bem ressalta Avritzer (2010), nos últimos anos multiplicaram-se no Brasil estudos sobre a participação da sociedade civil na formação das políticas sociais. Sua abordagem, todavia, centrou-se nos seguintes tópicos: a importância da participação dos atores da sociedade civil nas políticas sociais, nos efeitos democratizantes e distributivos da par-

ticipação, nos elementos de deliberação encontrados nas instituições deliberativas e na relação entre Estado e sociedade a partir das práticas participativas.

Por obséquio, as análises que apenas demonstravam a presença de atores da sociedade civil no bojo dos conselhos mostraram-se insuficientes para adjetivar os mesmos de forma democrático-deliberativa. A presença de atores da sociedade civil nos conselhos, embora seja um elemento democratizante, apenas evidencia a sua participação, mas a conclusão de que a partir disso o conselho é deliberativo torna-se claramente um entimema.

Ante o exposto, deve-se lembrar das lições de Habermas, que em seus ensinamentos diz que toda estrutura deve orientar a prática deliberativa por meio da ética discursiva. Lembra-se ainda que, tratando-se de uma ação comunicativa voltada ao entendimento comum, a participação dos atores sociais deve ser livre de coação, sendo o interesse de cada ator levado à esfera pública e defendido através da prática da argumentação. Assim sendo, as categoriais comunicacionais habermasianas se aplicam inafastavelmente do modelo do conselho, devendo-se, portanto, buscar conhecer como esses pressupostos podem ser materializados na prática institucional.

Parte-se da ideia originária de que o conselho popular tem como base a participação híbrida dos membros da Administração Pública e da sociedade civil. Nesses termos, a razão comunicativa orienta que, para a produção qualitativa do consenso, a multiplicidade de atores deve possuir ao menos a *possibilidade* de manifestação no seio do espaço público institucionalizado.

Assim, a primeira exigência de uma prática deliberativa é que a participação dos sujeitos nos conselhos populares deve ser pautada pela multiplicidade, devendo-se institucionalizar o amplo acesso já na formação normativa do conselho. Um conselho caracteristicamente deliberativo não pode estabelecer filtros ou condições sem medida em seu ato constitutivo, pois isso excluiria o ideal democrático e o transformaria em mais um departamento tecnoburocrático. Os membros do conselho,

que serão os próprios destinatários das políticas públicas sobre dada matéria (educação, saúde, meio ambiente, planejamento, assistência social etc.), devem ter amplo acesso à discussão pública.

Entretanto, também parece uma violação à democracia deliberativa limitar a participação popular nos conselhos ao número de conselheiros, principalmente porque em conselhos que possuem um grau maior de estruturação, onde há, de fato, uma composição ativa dos seus integrantes, o fluxo de ideias e de indivíduos deve ser o mais disseminado possível.

Isso implica considerar que o conselho de políticas públicas alinhavado com as condições discursivas da democracia deliberativa deve estar aberto aos sujeitos que integram a rede de todos os possíveis indivíduos atingidos pela matéria deliberada.

O leitor pode acompanhar esse raciocínio por meio do seguinte exemplo. A composição dos membros de um conselho de saúde, prevista em legislação própria, define o quadro híbrido básico em um número limitado de vagas, que são ocupadas por um espaço limitado de tempo. Assim, o conselho de saúde do município X possui 11 integrantes, entre membros da Administração e membros da comunidade local. Lembra-se que a eleição dos membros também deve estar alinhavada com ideais democráticos, ou seja, os membros não podem ser figuras repetidas do cenário político ou apenas indicados de forma unilateral. Dessa forma, os conselhos devem possuir instrumentos legislativos de formação que levem em conta diversos canais de acesso que permitam a rotatividade de seus membros.

Composto o quadro de conselheiros, a comunidade deve ter conhecimento sobre sua existência, lugar de trabalho e matérias de debate. Isso porque a formação híbrida do conselho não encerra o caráter democrático deste em si mesmo; os conselheiros são figuras que assumem o compromisso de participar do processo de atuação do conselho com poder de decisão; entretanto, a prática democrática deliberativa exige que o conselho seja aberto a todos os potenciais participantes.

No caso do conselho de saúde de X, não somente os 11 conselheiros

devem compor o conselho, mas também todos os sujeitos interessados em suas decisões, como os usuários do sistema de saúde do município, os prestadores de serviços, os especialistas na área de saúde, os trabalhadores de instituições médicas e hospitalares etc. Assim sendo, amplia-se a gama de argumentos presentes no debate público capaz de formar opinião e de transformá-la em políticas públicas que aperfeiçoem o serviço público. Ainda que os participantes externos não tenham poder de voto, suas demandas também são consideradas na medida em que ratificam ou modificam as concepções que são expressas pelos conselheiros.

Dito isso, resta claro que a qualificação deliberativa dos conselhos começa com a organização de sua composição; ou seja, o formato do conselho deve permitir a máxima interlocução entre os sujeitos da esfera pública, não vedando a participação de qualquer segmento interessado.

A capacidade deliberativa, próximo item a ser analisado, é categoria encontrada na obra de Avritzer, a qual tem o condão de permitir a verificação das práticas do conselho. Para o autor, a aferição da deliberação passa pelo grau de propostas realizadas, bem como da existência posterior de debates (AVRITZER, 2010, p. 22-25). Os conselhos devem ter em seu cerne a presença do debate público, pois, caso contrário, ele seria apenas um reflexo distorcido do parlamento eleito representativamente. O conselho não pode apenas ser destinatário de escolhas preestabelecidas; sua estrutura tem que lhe dar suporte para que suas atividades girem em torno da construção ou da desconstrução de ideias públicas.

A razão para o exposto é que um conselho deliberativo não se encerra apenas no exercício participativo. A participação, realizada diretamente pelos integrantes, sozinha é desprovida do caráter qualitativo da deliberação. Se os conselheiros apenas votam pela aceitação ou rejeição de medidas já constituídas (como, por exemplo, medidas do Poder Público), sua ação mais o qualifica como um departamento anexo à Administração, *longa manus* de decisões unilaterais do gestor público,

do que um espaço de interação e intersecção dos interesses da comunidade local.

Avritzer (2010) destaca que dois instrumentos chamam especial atenção em relação aos conselhos de políticas públicas no que toca à capacidade deliberativa: a presença de comissões temáticas e a existência de conferências municipais. Segundo o autor, ambas têm o condão de qualificar a prática democrática, uma vez que, em seu entendimento, conselhos desprovidos de comissões temáticas têm sua capacidade deliberativa reduzida em relação aos demais, tendendo a discutir apenas aspectos muito gerais das políticas sociais.

O que é fundamental pontuar, contudo, é a necessidade de haver uma razoável disseminação das atividades do conselho e do conteúdo de suas discussões, fornecendo-se a pauta de seus debates aos interessados que a requeiram, ou mesmo dando publicidade a ela pelos meios midiáticos e eletrônicos existentes. Assim, no município X, os indivíduos devem conhecer a existência e o papel do conselho de saúde, dando-lhes a oportunidade de se manifestar se assim revelarem interesse.

Não obstante, as características apontadas até então referem-se à organização e à estrutura do conselho. Assim, a qualificação do conselho como instituto democrático-deliberativo requer uma abertura de participação e problematização, lembrando que as relações operadas dentro dele devem ser isentas (tanto quanto possível) de coações de ordem econômica, financeira e social.

Entretanto, não basta que as ações dos conselhos se encerrem em suas mesas. De nada resolve se um objeto como a saúde seja objeto de produtiva deliberação, se ao cabo o gestor pode ignorar o consenso do conselho e decidir de outra forma unilateralmente. Assim, se os conselhos são meramente consultivos, as demandas públicas identificadas passam a ser apenas longínquas expectativas de um direito que talvez venha a ser concretizado. Se a deliberação, por mais qualificada que seja, não puder surtir efeitos no mundo jurídico, a própria dimensão do conselho se torna obsoleta em termos democráticos. Se o conselho de saúde do município X decide de uma forma, mas o gestor, por suas con-

vicções, adota outra possibilidade, todo o debate anterior é perdido.

Nessa seara, entende-se que, nos termos de sua competência, as decisões proferidas em deliberação pelo conselho devem ter caráter vinculante, comprometendo os cofres públicos com a escolha dos participantes sobre o objeto deliberado. Não se trata de usurpar do gestor municipal as suas prerrogativas de administrador, uma vez que é de sua responsabilidade a gestão do município. O conselho não pode, por exemplo, definir os horários de trabalho dos profissionais da saúde ou decidir sobre o aumento salarial destes. No entanto, parece irrazoável ou mesmo contrário ao espírito democrático o gestor que decide investir em pediatria quando, em deliberação, pautado pela avançada idade da população do município X, o conselho decide buscar investimentos em medicina geriátrica.

Assim sendo, as decisões do conselho, uma vez vinculadas ao orçamento, devem ter a capacidade de aumentar o acesso da população aos bens públicos (AVRITZER, 2010). Portanto, para uma melhor gestão democrática o conselho deve possuir poderes de fiscalização sobre as políticas públicas aprovadas em seu bojo e executadas conforme o orçamento municipal. Não basta a decisão do conselho ser deliberativa, vinculada ao orçamento e executada pela gestão municipal: ela deve corresponder com as expectativas almejadas. Para tanto, o conselho, que decide uma ação que reflete sobre seus próprios integrantes, precisa avaliar se a política pública constituída satisfaz as necessidades pelos sujeitos identificadas. Esse processo de identificação pressupõe, todavia, que o conselho possa fiscalizar a execução da política pública e, caso haja algum desvio, exercer o controle sobre ela.

Dito isso, a caracterização do conselho como instituição de prática democrático-deliberativa requer que sua estrutura, composição e ação sejam amplas e difundidas entre a população local. Além disso, as decisões do conselho devem ser tomadas como decisões da comunidade sobre si mesma, na medida em que seus pares fazem uso do discurso para definir quais são as demandas sociais e as respectivas políticas públicas que as satisfazem.

Nesses termos, as decisões do conselho, no limite de sua competência, devem compor as ações do poder público municipal, que serão igualmente fiscalizadas e controladas pelo conselho, que novamente poderá deliberar sobre a matéria objeto da demanda, conduzindo a gestão conforme as pretensões dos cidadãos, integrantes do espaço local.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando que o ordenamento jurídico brasileiro já traz uma série de dispositivos democráticos de nível participativo e deliberativo, a partir deste estudo buscou-se refletir sobre o melhor desenvolvimento dos instrumentos democráticos, tomando-se o conselho popular como objeto de análise.

Indubitavelmente, o conselho se destaca das demais formas de participação popular, uma vez que contém em seu cerne uma estrutura complexa que reúne diversos pressupostos democrático-deliberativos, dentre eles a pluralidade de sujeitos e a intersecção comunicacional entre o Estado e a sociedade civil.

Entretanto, a disseminação dos conselhos populares no Brasil não implica sua adjetivação como prática deliberativa, tampouco democrática. Os conselhos precisam atuar de forma deliberativa e se pautar por premissas democráticas para então cumprirem o papel que lhes é atribuído.

Assim sendo, mostra-se necessário trazer luz à formatação dos conselhos populares por meio de uma matriz que fundamente a própria democracia deliberativa, razão pela qual se buscou subterfúgios na ética discursiva e na democracia deliberativa. Como já dito anteriormente, talvez a principal contribuição da teoria da democracia exercida nos moldes da teoria discursiva é trazer uma avaliação qualitativa para as decisões. Nesse contexto, o papel atribuído aos conselhos municipais como instância de participação e controle da sociedade sobre decisões acerca de políticas públicas, que nada mais são do que demandas que emergem da necessidade social e retornam à própria sociedade, requer

qualidade democrática da tomada de decisões, e tal qualidade democrática se atinge através de práticas discursivas que são privilegiadas em espaços de deliberação pública.

Dito isso, conclui-se que o conselho de políticas públicas, a partir da ótica habermasiana, para ser melhor qualificado como prática democrático-deliberativa, deve minimamente conter: 1) instrumentos legislativos de formação que levem em conta diversos canais de acesso que permitam a rotatividade de seus membros; 2) abertura e possibilidade de manifestação de participantes externos à composição institucional do conselho; 3) a distribuição equitativa do uso da palavra, entre todos que desejarem problematizar qualquer assertiva; 4) decisões de caráter vinculante no que toca à adoção das políticas públicas, seja a qual ramo pertencer o conselho (saúde, educação etc.), na medida de sua competência; 5) capacidade de tornar efetiva a política pública estruturada, com possibilidade de controle e fiscalização sobre sua execução.

Nesses termos, as práticas concretas de conselhos preexistentes podem ser avaliadas conforme seu alinhamento com a democracia deliberativa. Ou seja, aproximando-se das proposições acima elencadas (que não são exaustivas, mas apenas indicativas), os conselhos estarão cumprindo sua função de acordo com os pressupostos instituídos pela Constituição Federal, contribuindo para a construção de uma sociedade mais justa, marcada pelo amplo acesso aos bens públicos.

REFERÊNCIAS

AVRITZER, Leonardo. Introdução: A dinâmica da participação local no Brasil. In: _____ (Org.) *A dinâmica da participação local no Brasil*. São Paulo: Cortez, 2010.

BANCO INTERAMERICANO DE DESENVOLVIMENTO. *A política das políticas públicas*. Rio de Janeiro: Elsevier; Washington/DC: BID, 2006. (Relatório anual).

BENHABIB, Seyla. Sobre um modelo deliberativo da legitimidade democrática.

In: WERLE, Denílson Luis; MELO, Rúrion Soares. *Democracia deliberativa*. São Paulo: Singular, 2007.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. *Revisitando os fundamentos do controle de constitucionalidade: uma crítica à prática judicial brasileira*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2008.

DOWBOR, Ladislau. *A reprodução social*. Petrópolis: Vozes, 2003. v. 3.

GOHN, Maria da Glória. *Conselhos gestores e participação sociopolítica*. São Paulo: Cortez, 2001.

HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Universitário, 2003.

_____. _____. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. II.

_____. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. I.

_____. *Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Universitário, 1990.

LEAL, Rogério Gesta. Demarcações conceituais preliminares da democracia deliberativa: matrizes habermasianas. In: _____ (Org.). *A democracia deliberativa como nova matriz de gestão pública: alguns estudos de casos em Santa Cruz do Sul*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2011.

MANIN, Bernard. Legitimidade e deliberação política. In: WERLE, Denílson Luis; MERLIN, Meigla Maria Araújo. *O município e o federalismo: a participação na construção da democracia*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

RECK, Janriê. *Aspectos teórico-constitutivos de uma gestão pública compartilhada: o uso da proposição habermasiana da ação comunicativa na definição e execução compartilhada do interesse público*. Dissertação (Mestrado) - Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2006. Disponível em <<http://www.unisc.br/portal/images/stories/mestrado/direito/dissertacoes/2006/janrie.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2010.

SWAROVSKY, Aline. *A importância da participação social na elaboração, implementação e execução de políticas públicas: um estudo a partir da atuação do Conselho Municipal de Saúde de Santa Cruz do Sul como um espaço para a*

prática democrática deliberativa. 2011. 259 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2011.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Ideologia, estado e direito*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

OS CRIMES NA LEI DE LICITAÇÕES: PRINCIPAIS ASPECTOS LEGAIS E JURISPRUDENCIAIS¹

BRUNA HENRIQUE HÜBNER²

RESUMO: No seguinte estudo buscou-se demonstrar ser o instituto da licitação pública um terreno fértil e corriqueiramente usado para a propagação de atos corruptivos e os reflexos desse quadro na sociedade. Inicialmente buscou-se demonstrar a íntima ligação que as licitações possuem com os princípios constitucionais e expor os demais princípios que devem ser observados no certame licitatório. Depois foi abordado o tema da corrupção nas licitações, seu histórico e a situação brasileira quanto à temática. Então, analisaram-se de maneira geral e histórica os crimes previstos na Lei de Licitações, além de expormos os resultados de pesquisa realizada no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) quanto ao tema de crimes nas licitações. Por fim, foram analisados os dois tipos penais de maior incidência no TJRS de forma mais específica e aprofundada.

PALAVRAS-CHAVE: Administração Pública. Corrupção. Crime. Licitações.

ABSTRACT: *In the ensuing study it was sought to demonstrate that the organization of public bidding is a fertile soil and routinely used for the broadcast of corruptive acts and reflections of this framework in society. Initially it was sought*

- 1 Artigo produzido no grupo de pesquisa “Patologias Corruptivas”, vinculado ao Centro de Estudos e Pesquisas em Políticas Públicas, da Unisc, e do PPGD da mesma instituição, coordenado pelo prof. dr. Rogério Gesta Leal. Trabalho apresentado e selecionado no I Seminário Nacional Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis, realizado nos dias 22 e 23 de outubro de 2015, na Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público.
- 2 Bruna Henrique Hubner é graduanda em Direito na Unisc, bolsista de iniciação científica do prof. dr. Rogério Gesta Leal e membro do projeto de pesquisa intitulado “Patologias corruptivas nas relações entre estado, administração pública e sociedade: causas, consequências e tratamentos”. Eixo temático: Patologias corruptivas e interesses públicos indisponíveis. E-mail: bruna.hubner@outlook.com.

to demonstrate the intimate connection bids have with constitutional principles and expose other principles that must be observed in these processes. Afterwards it was approached the issue of corruption in biddings, its history and the Brazilian situation regarding this theme. Then, it was analyzed in a general and historical way the crimes defined in the Public Bidding Law, and it was exposed the research results conducted at the Court of Justice of Rio Grande do Sul (TJRS) on the subject of bidding crime. Lastly, it were analyzed the two higher incidences of criminal types in a more specific and deep arrangement.

KEYWORDS: Public Administration. Corruption. Crime. Biddings.

NOTAS INTRODUTÓRIAS

O presente artigo pretende, sem a intenção de esgotar o assunto, demonstrar quais são os principais crimes cometidos, dentre os previstos na Lei de Licitações, no Rio Grande do Sul. Para tanto, num primeiro momento, far-se-á uma breve análise da Lei de Licitações, principalmente com relação aos princípios constitucionais que a regem. Da mesma forma, uma abordagem no Direito Comparado, como é tratado, juridicamente, em outros países, o instituto das licitações. Demonstra-se que o uso desviante e fraudulento nos procedimentos de licitações cria a possibilidade de inúmeros comportamentos corruptivos. A partir disso, far-se-á a análise jurisprudencial dos crimes previstos na Lei de Licitações, trazendo a sua descrição geral, especificamente dos crimes dos artigos 89 e 90 da Lei de Licitações, para, finalmente, concluindo e comprovando, através da pesquisa, ilustrando didaticamente, através de um gráfico, quais são os crimes que mais ocorrem no Rio Grande do Sul.

I. LICITAÇÕES: PRINCIPAIS ASPECTOS COM RELAÇÃO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

A Lei de Licitações veio regulamentar o art. 37, XXI, da Constituição de 1988 (CF/88), o qual determina que, ressalvados os casos especificados na legislação, obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta,

nos termos da lei.

Os princípios da licitação estão previstos no art. 3º, *caput*, da Lei Federal nº 8.666/93³, evidenciando, pois, preocupação específica em relação à regularidade dos procedimentos de contratação pública no país. Como observa Hely Lopes Meirelles (2010), o referido artigo dá destaque aos princípios mais específicos da licitação, podendo ser os demais princípios constitucionais aplicados ao instituto. Seus princípios podem ser resumidos pelos seguintes preceitos: (i) procedimento forma⁴: que é a vinculação da licitação às prescrições legais que regem todos os seus atos ou fases, não decorrendo só da lei, mas do próprio regulamento, do caderno de obrigações, do edital ou convite; (ii) publicidade de seus atos: abrangendo todos os atos do processo licitatório, em decorrência do que é imposta a abertura dos envelopes da documentação e propostas em público⁵; (iii) igualdade entre os licitantes: não pode haver discriminação entre os participantes, seja através de cláusulas que favoreçam uns em detrimento a outros ou mediante julgamento parcial, porém o estabelecimento de requisitos mínimos de participação não atenta contra esse princípio; (iiii) sigilo na apresentação das propostas: tal princípio é consequência do princípio da igualdade, pois estaria em vantagem o licitante que tem o conhecimento da proposta do outro licitante antes da apresentação da sua; (iiiii) vinculação ao edital: é princípio básico de toda a licitação, sendo o edital a lei interna da licitação, vinculando tanto a administração como os licitantes; (iiiii) julgamento objetivo: obriga os julgadores a aterem-se em critérios prefixados pela Administração, reduzindo e delimitando a margem de valoração subje-

3 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 36. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 282. Procedimento formal não se confunde com formalismo, que é caracterizado por exigências inúteis ou desnecessárias. Omissões ou irregularidades irrelevantes, desde que não causem prejuízo à Administração ou aos licitantes, não podem ser motivo de nulidade.

4 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 36. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 282. Procedimento formal não se confunde com formalismo, que é caracterizado por exigências inúteis ou desnecessárias. Omissões ou irregularidades irrelevantes, desde que não causem prejuízo à Administração ou aos licitantes, não podem ser motivo de nulidade.

5 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 36. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 283. Não confundir a abertura da documentação e das propostas (sempre ato público) com seu julgamento, o qual poderá ser realizado em recinto fechado e sem a presença dos interessados, para que os julgadores tenham mais tranquilidade na apreciação e para que haja livre discussão acerca das questões.

tiva; (iiiiiii) proibidade administrativa: é dever de todo administrador público, possuindo previsão constitucional no art. 37, § 4º; (iiiiiii) adjudicação compulsória ao vencedor: não pode a Administração, depois de concluído o processo licitatório, atribuir seu objeto a outrem que não seja o legítimo vencedor do certame.

Como observa Celso Antônio Bandeira de Mello (2012), caso não haja a observância aos ditames desses preceitos relevantes, a validade do processo de licitação fica comprometida, tornando-o vulnerável à sua desconstituição por razões de juridicidade pela autoridade administrativa ou judicial competente.

I.1. Direito Comparado

Para Hely Lopes Meirelles (2010), os sistemas licitatórios que mais se assemelham ao brasileiro são os de Portugal, Espanha, Argentina e Uruguai, porém com sensíveis diferenças no sistema. Deve-se ter o cuidado de notar que o sistema de licitação no Brasil não corresponde ao de outro país, pois existe uma variedade terminológica, conceitual e de modalidades de licitação entre os países. Quando se tratar de contratos administrativos, a doutrina já é mais assemelhada e uniforme. Hely traz a França como exemplo da diferença entre os sistemas, onde “[...] licitação é *adjudication*, adjudicação é *attribution* e *concurrence* não é a nossa concorrência, mas, sim a participação em qualquer licitação” (MEIRELLES, 2010, p. 279).

Pode-se fazer o seguinte paralelo a partir da obra de Meirelles (2010): (A) Direito Francês: *adjudication publique ouverte* corresponde a nossa concorrência, e *adjudication restreinte* possui duas modalidades: *réglementation des conditions d’admission*, assemelhada a nossa tomada de preço, e *procédure des admissions individuelles*, que equivale ao convite. Nossa adjudicação é *attribution*, homologação é a *approbation*, e concorrência é *concurrence*, mas com o significado de participação em qualquer modalidade de licitação (*adjudication*). (B) Direito Alemão: a licitação (*Ausschreibung*) possui três modalidades, a saber: concorrên-

cia pública (*öffentliches Ausschreibungsverfahren*), concorrência restrita (*beschränktes Ausschreibungsverfahren*) e convite (*Ausschreibung*). (C) Direito Italiano: *asta pubblica*, equivalente à nossa concorrência; *licitazione privata*, equivalente à nossa tomada de preços; *trattativa privata*, que é escolha direta do contratante; e *appalto concorso*, assemelhado ao nosso concurso de projetos. (D) Direito Espanhol: a licitação (*licitación*) compreende o concurso subasta, o concurso e a subasta (assemelhada à nossa concorrência). (E) Direito Argentino: a *subasta*, a *licitación pública*, a *licitación privada*, o *concurso público*, o *concurso público-subasta*, o *concurso de precios* e a *cotización de precios*. (F) Direito Uruguaio: a *licitación pública*, equivalente a nossa concorrência, e a *licitación restringida*, assemelhada à tomada de preços, havendo, ainda, a *licitación de precios*, a *licitación sobre muestras* e a *licitación-concurso*, sem símile no nosso Direito. (G) Direito Português: *ajuste direto* e *concurso* (pode ser público ou limitado, o primeiro equivalendo à concorrência e o segundo assemelhado à tomada de preço). Há a *licitação sobre amostras*, na qual os licitantes devem apresentar as amostras e as propostas; escolhida a amostra, sobre ela os ofertantes disputam o preço.

2. LICITAÇÕES E GARGALOS CORRUPATIVOS

A corrupção tem sido um dos temas centrais no processo comunicativo de globalização, unindo esforços e energias internacionais, tanto para seu combate quanto para a implementação, difusão e fortalecimento de ferramentas preventivas e de diagnósticos precisos, visando objetivos comuns aos povos civilizados e democráticos (OSÓRIO, 2013).

De um lado, tal realidade desafia novas e criativas políticas públicas, porque se percebem a magnitude e a veloz expansão de atores e processos corruptos e corruptores, de modo multifacetário. De outro, a mesma realidade, no evidenciar uma concentração de esforços em torno a uma patologia específica, indica a indevida limitação do olhar sobre uma complexa situação, multifacetária e sofisticada, que certa-

mente não se encaixa numa terminologia unitária e ideológica, cultural e normativa (OSÓRIO, 2013, p. 28).

Observa Delmanto (2014) que, passados mais de 200 anos desde a vinda da família real portuguesa, a história da transformação da colônia no enorme país que temos hoje, superadas duas ditaduras (a de Getúlio Vargas e a Militar) e tornando-se o Brasil a sexta economia do mundo, com cerca de 200 milhões de habitantes, é manchada pela “corrupção desenfreada”, que sempre acompanhou a história do Brasil, mas que nunca esteve tão presente. As licitações públicas são um grande palco para a corrupção no Brasil, com origens históricas que mostram sua instalação aqui antes mesmo de o Brasil se tornar independente de Portugal, um verdadeiro “câncer” nacional (DELMANTO, 2014).⁶

Nesse sentido também observa Fábio Medina Osório:

Lamentavelmente, os processos licitatórios têm se prestado ao perverso papel de veículos de corrupção e de fraudes no setor público, na medida em que as informações privilegiadas parecem constituir o principal instrumento de trabalho de empresas especializadas em assessorar terceiros que competem em certames licitatórios. Estes, por sua vez, passam a cumprir tarefas de blindagem formal de responsabilidades. Não precisamos lembrar as dívidas de campanha ou das alianças eleitorais na base de licitações fraudulentas, formalmente corretas substancialmente viciadas por favorecimentos indevidos. Nem seria necessário recordar dos editais que direcionam vantagens e fecham o certame a determinados atores (OSÓRIO, 2013, p. 288).

⁶ DELMANTO, Roberto; DELMANTO JUNIOR, Roberto; DELMANTO, Fabio M. de Almeida. Leis penais especiais comentadas. atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 291. A promiscuidade entre o público e o privado remonta à vinda de D. João VI, fugindo das tropas de Napoleão Bonaparte, em 1808. A cidade do Rio de Janeiro, que então se tornou, por breve período, a capital do Império, assistiu à Coroa, endividada, literalmente “vender” títulos de nobreza, como de barão, visconde e conde, com as benesses que garantiam aos seus titulares nas relações com o Poder Público. Eram, por vezes, proprietários de terras, comerciantes e, inclusive, traficantes de escravos, sendo o Brasil (já depois da Independência), e para a vergonha mundial, o último país a proibir a escravidão e o tráfico de negros, em 1888.

Da mesma forma que está enraizada na cultura brasileira, em parcela da sociedade que defende “o se dar bem” à custa do dinheiro do contribuinte, até mesmo personalidades públicas que são comprovadamente corruptas continuam a circular pelos governos, e o que é pior, encontram apoio na sociedade, que repete o famigerado jargão: “ele rouba mas faz!” (DELMANTO; DELMANTO JÚNIOR; DELMANTO, 2014).

Garcia traz a debilidade do Estado Democrático frente ao grandioso problema da corrupção:

A debilidade democrática facilita a propagação da corrupção ao aproveitar-se das limitações dos instrumentos de controle, da inexistência de mecanismos aptos a manter a administração adstrita à legalidade, da arbitrariedade do poder e da conseqüente supremacia do interesse dos detentores da potestas publica face ao anseio coletivo. Esse estado de coisas, longe de se diluir com a ulterior transição para um regime democrático, deixa sementes indesejadas no sistema, comprometendo os alicerces estruturais da administração pública por longos períodos. Ainda que novos sejam os mecanismos e as práticas corruptas, os desvios comportamentais de hoje em muito refletem situações passadas, das quais constituem mera continuação (GARCIA, 2013, p. 50).

Mas, observa Emerson Garcia (2013), é possível afirmar, com certa “tristeza”, que a ordem natural das coisas indica que temos um longo e tortuoso caminho a percorrer. O combate à corrupção não há de ser fruto de mera produção normativa, mas sim de um resultado da aquisição da consciência democrática, como também de uma lenta e paulatina participação popular. Isso permitirá a contínua fiscalização das instituições públicas, reduzirá a conivência e, pouco a pouco, depurará as ideias daqueles que pretendem ascender ao poder. Observa que com isso a corrupção poderá ser atenuada, pois eliminada ela nunca será.

Não parece ser necessário muito esforço teórico para de-

monstrar a realidade da má gestão pública no Brasil, é verdade. Não estamos bem situados nos índices de Transparência Internacional, tampouco nos noticiários nacionais e internacionais, menos ainda na percepção geral da cidadania brasileira e, sobretudo, em face dos resultados que os mais variados Governos têm alcançado em suas gestões, cujas falhas, lacunas, vícios e problemas saltam aos olhos da população, que sofre na “carne” e no “espírito” todos os seus possíveis desdobramentos (OSÓRIO, 2013, p. 30).

Delmanto, Delmanto Júnior e Delmanto (2014), com relação, especificamente, à Lei de Licitações, quando abordam as práticas corruptas, observam que, mesmo com os esforços do legislador, a Lei de Licitações não alcança com eficácia a criminalidade. Os escândalos corruptivos se tornaram públicos, graças à imprensa e aos novos meios de prova, com destaque à interceptação telefônica. O nosso Judiciário, em razão da alta demanda e de sua falta de estrutura diante do vultoso número de processos, além de falhas humanas, não consegue prestar jurisdição satisfatória, sendo a impunidade, infelizmente, predominante. Esse quadro de impunidade tem ocorrido também pelos abusos praticados por parte da Polícia e do Ministério Público. Como efeito disso, tem sido corriqueira a anulação de processos que envolvem esses escândalos pelas instâncias superiores, em função do desrespeito à Constituição nessas investigações.

Por fim, deve-se ter em mente que a corrupção é um fenômeno multifacetário e de difícil combate:

A luta contra a corrupção é complicada por inúmeros fatores; porém, a dificuldade básica é definir o que seja a corrupção, independentemente se sua definição legal, que varia enormemente de uma sociedade para a outra. O termo tem sido empregado para se referir a um amplo espectro de ações. Pode ser usado para designar ações ilegais ou antiéticas perpetradas por pessoas em posição de autoridade ou de confiança no serviço público, ou por cidadãos e empresas

em sua relação com os agentes públicos. Consequentemente, parece claro que a luta contra esse mal não pode ser confinada ao setor público e restringir-se a medidas punitivas, penais e administrativas, dirigidas a agentes individuais, pois não há dúvida de que a corrupção interna quase sempre depende da relação entre os agentes públicos e os cidadãos (SILVA, 2008, p. 575).

3. CRIMES PREVISTOS NA LEI DE LICITAÇÕES – DESCRIÇÃO GERAL E PESQUISA JURISPRUDENCIAL NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL

Especificamente no campo da contratação pública, há gargalos corruptivos muito intensos, destacando-se nesse particular os chamados crimes da licitação e dos contratos públicos, conforme os arts. 89 e seguintes da Lei de Licitações e Contratos (8.666/93).⁷ O que se preten-

7 Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade: Pena - detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa. Parágrafo único. Na mesma pena incorre aquele que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público.

Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação: Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Art. 91. Patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a Administração, dando causa à instauração de licitação ou à celebração de contrato, cuja invalidação vier a ser decretada pelo Poder Judiciário: Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Art. 92. Admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação ou vantagem, inclusive prorrogação contratual, em favor do adjudicatário, durante a execução dos contratos celebrados com o Poder Público, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação ou nos respectivos instrumentos contratuais, ou, ainda, pagar fatura com preterição da ordem cronológica de sua apresentação: Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Art. 92. Admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação ou vantagem, inclusive prorrogação contratual, em favor do adjudicatário, durante a execução dos contratos celebrados com o Poder Público, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação ou nos respectivos instrumentos contratuais, ou, ainda, pagar fatura com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade, observado o disposto no art. 121 desta Lei: (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994). Pena - detenção, de dois a quatro anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994). Parágrafo único. Incide na mesma pena o contratado que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, obtém vantagem indevida ou se beneficia, injustamente, das modificações ou prorrogações contratuais.

Art. 93. Impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório: Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

de aprofundar na presente pesquisa são os dois tipos penais de maior ocorrência, segundo pesquisa jurisprudencial realizada no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

No procedimento licitatório, várias são as ilegalidades passíveis de serem cometidas. Algumas delas espelham infrações administrativas, indicando a violação de normas internas da Administração, ao passo que outras, de maior gravidade, configuram-se como crimes, sujeitos às normas do Direito Penal. Nesse aspecto, nunca é demais sublinhar que a aplicação de uma não afasta a outra, ou seja, pode o infrator ser punido com ambas as sanções cumulativamente (CARVALHO FILHO, 2014).

Conforme a melhor doutrina, abordar a licitação é estudar um instituto de Direito Público que está na convivência da sociedade brasileira há mais de 130 anos. Observa-se que ela teve a sua introdução em nosso ordenamento jurídico pelo Decreto nº 2.926, de 14 de maio de 1962. Após outras codificações referentes a esse ponto, chega-se, finalmente, à lei 8.666/93. Essa lei disciplina a matéria licitatória em 126 artigos, seguindo os moldes estabelecidos pela Constituição Federal de 1988, especificamente em seu artigo 37⁸ (FREITAS, 2010).

Art. 94. Devassar o sigilo de proposta apresentada em procedimento licitatório, ou proporcionar a terceiro o ensejo de devassá-lo: Pena - detenção, de 2 (dois) a 3 (três) anos, e multa.

Art. 95. Afastar ou procurar afastar licitante, por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo: Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa, além da pena correspondente à violência. Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem se abstém ou desiste de licitar, em razão da vantagem oferecida.

Art. 96. Fraudar, em prejuízo da Fazenda Pública, licitação instaurada para aquisição ou venda de bens ou mercadorias, ou contrato dela decorrente: I - elevando arbitrariamente os preços; II - vendendo, como verdadeira ou perfeita, mercadoria falsificada ou deteriorada; III - entregando uma mercadoria por outra; IV - alterando substância, qualidade ou quantidade da mercadoria fornecida; V - tornando, por qualquer modo, injustamente, mais onerosa a proposta ou a execução do contrato: Pena - detenção, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

Art. 97. Admitir à licitação ou celebrar contrato com empresa ou profissional declarado inidôneo: Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa. Parágrafo único. Incide na mesma pena aquele que, declarado inidôneo, venha a licitar ou a contratar com a Administração.

Art. 98. Obstar, impedir ou dificultar, injustamente, a inscrição de qualquer interessado nos registros cadastrais ou promover indevidamente a alteração, suspensão ou cancelamento de registro do inscrito: Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

8 FREITAS, André Guilherme Tavares de. *Crime na lei de licitações*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 1-4. Ressalta-se no presente que a disciplina licitatória chegou ao ápice com a Constituição Federal de 1988, pois nela estão três importantes referências diretas a esse tema: art. 22, XXVII, art. 37, XXI, e art. 175, como também uma referência indireta: art. 195, § 3º, que estão vigentes atualmente.

A referida lei torna a licitação obrigatória no âmbito da Administração Pública direta e indireta de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios (FREITAS, 2010).

Antes da edição da lei 8.666/93, qualquer conduta que fosse praticada em detrimento do erário público e da moralidade administrativa, com relação à contratação da Administração Pública, deveria encontrar tipicidade no Código Penal, onde, na maioria das vezes, as disposições eram esparsas, resumidas basicamente em três tipos penais, e não davam uma resposta penal mais severa, adequada à conduta dos ofensores (FREITAS, 2010).

Veio a Lei de Licitações como resposta à necessidade de tratamento específico das licitações e contratos pactuados pelo poder público, não só em matéria penal, e sim de forma mais abrangente possível, versando, pois, sobre vários ramos do Direito, podendo-se dizer, por consequência, que se trata de lei multidisciplinar (FREITAS, 2010).

A lei 8.666/93 trouxe então a tutela penal específica, prevendo condutas típicas específicas para aqueles que ofenderem a moralidade administrativa e outros bens jurídicos ligados diretamente com a matéria licitatória⁹, condutas típicas possíveis de serem aplicadas desde o início da licitação até a sua finalização. Tal representou uma grande inovação e avanço na disciplina penal das contratações da Administração Pública (FREITAS, 2010).

9 Disponível em: <<http://noticias.r7.com/brasil/policia-federal-investiga-contratos-publicos-que-somam-r-156-bi-27012014>>. Acesso em: 17 fev. 2014. A Polícia Federal (PF) investiga contratos da administração pública que somam R\$ 15,6 bilhões em investimentos do Tesouro por suspeita de fraudes e corrupção. O acervo de negócios sob investigação com dinheiro da União atingiu marco histórico no desempenho da corporação em 2013. É a primeira vez que a PF divulga o mapeamento das investigações de crimes contra os cofres públicos. Há 12.870 inquéritos em curso em todo o país que apuram delitos dessa natureza - peculato, desvios, violação à Lei de Licitações por cartéis e outros atos lesivos ao patrimônio público. Esse número representa quase 12% de todas as investigações da PF, que totalizam 108.822 inquéritos. A Região Nordeste é a mais afetada pela ação do crime organizado. Ela concentra 5.371 inquéritos, 41,7% dos procedimentos. A PF atribui essa demanda ao fato de a União destinar mais constantemente um maior volume de verbas para cidades e Estados sob a tutela da carência e da exclusão. “É uma questão de proporcionalidade”, afirma a corporação. O Distrito Federal é onde a PF mantém sob suspeita contratos que manejam o maior volume de recursos: R\$ 5,85 bilhões. O argumento é que Brasília aloja a rede de ministérios e autarquias federais, fontes de dinheiro para projetos e programas de toda sorte e natureza que atendem a emendas parlamentares e pleitos de gestores estaduais e municipais.

Convém, todavia, fazer rápidas observações sobre os crimes previstos no estatuto. Em primeiro lugar, verifica-se que são severas as sanções penais no caso do cometimento dos delitos, bem mais severas, aliás, do que as previstas em tipos idênticos de leis penais anteriores. Outro aspecto a ser considerado consiste na aplicação do direito intertemporal. De fato, alguns dos tipos penais previstos no estatuto constavam do Código Penal e de leis extravagantes. Esses tipos foram revogados pela nova lei. Mas o estatuto caracteriza-se como lei especial, de modo que continuam vigentes as normas penais de caráter geral, não absorvidas nos tipos relacionados naquele diploma (CARVALHO FILHO, 2014).

Observa-se que a contratação pública, quando desrespeita o que está estabelecido na Lei de Licitações, é facilitador para que ocorram comportamentos corruptivos.

O termo “corrupção”, desse modo, passou a significar o ato de desvirtuamento ou de degradamento de uma regra socialmente ativa. Ou seja, o conceito de corrupção só existe porque existe um conceito antônimo. Eis a situação de fato que representa o termo “honestidade”. Um ser honesto é um ser decente, que age ou se omite conforme a regra geral ensina (SIMÃO NETO, 2014).

E essa “chaga”, a da corrupção, está muito presente em nossa realidade social.

Quando a corrupção encontra-se dispersa em todo o corpo político e mesmo tolerada pela comunidade, as pessoas mais necessitadas sofrem de forma mais direta com os efeitos disto, haja vista que as estruturas dos poderes instituídos se ocupam, por vezes, com os temas que lhes rendem vantagens seja de grupos, seja de indivíduos, do que com os interesses públicos vitais existentes: hospitais públicos deixam de atender pacientes na forma devida porque são desviados recursos da saúde para outras rubricas orçamentárias mais fáceis de serem manipuladas e desviadas como prática de suborno e defraudação; famílias em situação de pobreza e hipossuficiência material não podem se alimentar porque

os recursos de programas sociais são desviados para setores corruptos do Estado e da Sociedade Civil; as escolas públicas não têm recursos orçamentários à aquisição de material escolar em face dos desvios de recursos para outros fins, e os alunos ficam sem condições de formação minimamente adequadas (LEAL, 2013, p. 33).

Daí a importância da pesquisa e estudo da Lei de Licitações, em seu aspecto criminal, especificamente no que diz respeito aos contratos públicos, seus reflexos, com relação às patologias corruptivas.

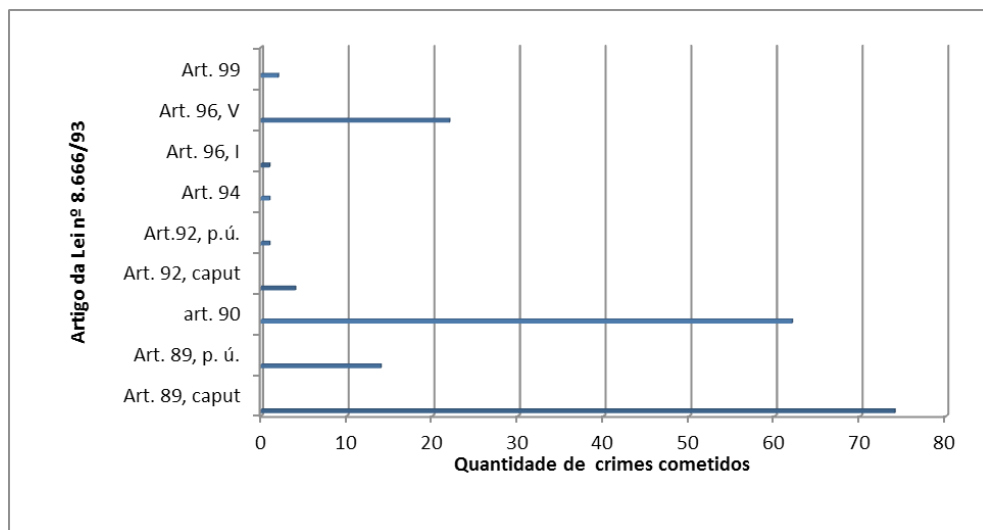
Os anseios sociais são a moralidade pública, como também a aplicação dos demais princípios da Lei de Licitações, com objetivo de preservação do erário público. E, havendo desvios desse tipo de finalidade, como consequência, a tipificação criminal de algumas condutas, da punição dos responsáveis, tem como objetivo afastar os danos que esses comportamentos, muitas vezes de índole corruptiva, causam à Administração Pública como um todo.

Pode-se questionar a natureza das penas adotadas na nova legislação. Existiria um descompasso entre o espírito da nova legislação e os princípios para os quais se volta o Direito Penal. Tratando-se da chamada “criminalidade econômica”, a Lei poderia ter utilizado mais amplamente sanções de cunho pecuniário ou restritivas de direito e deixar em segundo plano as penas privativas de liberdade. Deve-se considerar que as condutas reprimidas apresentam uma danosidade e um grau de reprovabilidade valorados como de extrema gravidade. A opção legislativa retratou uma vocação da sociedade. Afinal, em épocas como a presente, seria o supremo escárnio que o criminoso pudesse livrar-se da cadeia através do pagamento de importâncias em dinheiro. A Lei determinou, como regra, a incidência da multa, mas cumulada com pena privativa de liberdade (JUSTEN FILHO, 2012, p. 1.031).

3.1. Pesquisa jurisprudencial: conclusões

A pesquisa inicial foi realizada em 19.8.2014, no *site* oficial do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (www.tjrs.jus.br), na sessão “Pesquisa de Jurisprudência”, ferramenta “Busca Unificada” e selecionada a “Seção crime”. Na caixa de texto foram introduzidas as expressões: “lei nº 8.666/93” (com aspas), que obteve 77 resultados, destes 39 até 2010; e “lei de licitações” (com aspas), que obteve 43 resultados, destes 28 até 2010 (analisamos 67 acórdãos, destes 12 eram concomitantes, já que a pesquisa foi feita com duas expressões que remetem à mesma lei, o que poderia levar ao mesmo acórdão). Buscamos diagnosticar quais os tipos da Lei de Licitações que possuem maior incidência no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

Gráfico 1 - Os crimes da Lei de Licitação no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul desde 2010



Fonte: Gráfico elaborado pelas autoras a partir de informações recolhidas após pesquisa jurisprudencial realizada no TJRS

3.2. Crimes específicos: análise dos artigos 89 e 90 da Lei de Licitações

Com relação à objetividade jurídica do art. 89, o tipo penal busca, especialmente, garantir que a inexigibilidade ou a dispensa de licitação ocorra em situações excepcionais, objetivando preservar a moralidade administrativa, que ficará lesada com a prática das condutas que estão descritas nesse tipo penal incriminador.

Bem jurídico ofendido nesse crime (art. 89) relaciona-se somente com as pessoas listadas no art. 85 da lei. Não se visualiza nessa norma penal ofensa a bem jurídico que pertence a particular ou outra pessoa além das listadas no art. 85 da lei nº 8.666/93.¹⁰

Observa-se que o crime, quando praticado, poderá não gerar nenhuma consequência prejudicial ao patrimônio do ente contratante, pois o contratado pode ter oferecido preços de mercado ao serviço ou produto fornecido. Ocorre que, em algumas vezes, não raras vezes, a contratação direta indevida pode vir acompanhada de um superfaturamento de preços, de desvios de verba pública, de crimes de corrupção, dentre outros correlatos, casos em que, além da sanção civil estabelecida no art. 25, § 2º¹¹, da lei 8.666/93, poderá ocorrer concurso de crimes do art. 89

10 Art. 85. As infrações penais previstas nesta Lei pertinem às licitações e aos contratos celebrados pela União, Estados, Distrito Federal, Municípios, e respectivas autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações públicas, e quaisquer outras entidades sob seu controle direto ou indireto.

11 Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial: I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes; II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação; III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública. § 1º Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato. § 2º Na hipótese deste artigo e em qualquer dos casos de dispensa, se comprovado superfaturamento, respondem solidariamente pelo dano

da Lei de Licitações com outras infrações penais que tenham ocorrido.

Geralmente, quando ocorre concurso de crimes, poderá ser com o crime de peculato (312 do CP), formação de quadrilha ou bando (288 do CP), ou com alguma modalidade de delito prevista no decreto-lei nº 201/67, que é a norma que estabelece os crimes de responsabilidade de prefeitos e vereadores.

Porém, máxime na situação de superfaturamento de preços, jamais poderá ser com o art. 96 da lei 8.666/93, pois neste temos como elementar do tipo a expressão “licitação instaurada”, o que, evidentemente, não se observa no art. 89 da lei, em que não houve licitação.

As referidas condutas exigem uma qualidade especial do sujeito ativo: ser servidor público - art. 83 da lei (crimes próprios). Nos crimes de mão própria (modalidade de crimes próprios) há uma exigência no tipo penal de que a conduta nele disposta seja executada diretamente pelo sujeito que reúne as qualidades dispostas na norma, razão pela qual também são chamados de crimes de atuação pessoal.¹²

O fato de determinada conduta ser tida como crime próprio não afasta a possibilidade de também ser praticada por aqueles que não detêm a qualidade exigida no tipo penal, para o sujeito ativo - desde que estejam em concurso de pessoas, coautoria e participação - com aquele que possui essa qualidade.¹³

Nos crimes de mão própria há uma exigência no tipo penal de que a conduta nele disposta seja executada diretamente pelo sujeito que reúne as qualidades dispostas na norma, razão pela qual também são

causado à Fazenda Pública o fornecedor ou prestador de serviço e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis.

12 Essa exigência de realização pessoal em tais crimes faz com que o terceiro só possa concorrer para tal prática na qualidade de partícipe - participação necessária. Crimes de mão própria também não admitem autoria mediata nem coautoria, pois o conteúdo do injusto está especificamente na realização da atividade proibida, que é pessoal e indeclinável.

13 Observa-se que nos crimes próprios o autor direto ou executor (o que executa diretamente o verbo do tipo penal) do crime não necessita ser aquele que reúne as qualidades exigidas no tipo penal (funcionário público), podendo ser terceiro concorrente (partícipe). Basta que, para a prática de um crime próprio, o executor de alguma forma concorra para o crime, situação em que o terceiro concorrente venha com este último praticar o crime próprio, também sendo punido por tal prática. Comunicação de elementares e circunstâncias - art. 30 do CP.

chamados de crimes de atuação pessoal.¹⁴

A realização concreta desse crime somente poderá ocorrer por meio daquele servidor público que é o emissor da decisão final de dispensa ou inexigibilidade de licitação, ou daquele servidor a quem diretamente se atribuir a omissão da formalidade relacionada à dispensa ou inexigibilidade. Outros servidores públicos poderão concorrer para tais condutas, mas apenas na qualidade de partícipes, como aquele servidor que ratifica o ato de dispensa ou inexigibilidade.¹⁵

O sujeito passivo no sentido abrangente é o Estado. Especificamente, é a pessoa jurídica na qual se observou a dispensa ou inexigibilidade indevida, ou a omissão das formalidades que são pertinentes, podendo ser qualquer um dos entes do art. 85 da lei.¹⁶

O parágrafo único do art. 89 exige, além da prova da coautoria ou participação, seja ainda demonstrado que o concorrente auferiu vantagem, benefício consistente em celebrar o contrato com o Poder Público (FREITAS, 2010).

O sujeito ativo é toda e qualquer pessoa física que tenha concorrido para a consumação direta indevida ou daí tenha extraído algum benefício, desde que não seja o titular da competência para deliberar sobre a não adoção da licitação numa hipótese em que esta era necessária.

Observa-se que existe uma relação de dependência entre a consumação do crime do parágrafo único e do *caput* do art. 89. Somente pode

14 Essa exigência de realização pessoal em tais crimes faz com que o terceiro só possa concorrer para tal prática na qualidade de partícipe - participação necessária. Crimes de mão própria também não admitem autoria mediata nem coautoria, pois o conteúdo do injusto está especificamente na realização da atividade proibida, que é pessoal e indeclinável.

15 Quando observa-se que o executor direto desse crime deve ser um servidor público, não estamos informando que esse servidor deve ser o que tenha, dentro da estrutura administrativa, a atribuição ou “competência” para contratar diretamente com dispensa ou inexigibilidade de licitação. É possível também a autoria por servidor que não detenha a atribuição para ordenar a dispensa ou inexigibilidade do torneio e, mesmo assim, o faz. FREITAS, André Guilherme Tavares de. *Crime na lei de licitações*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 55-56.

16 Doutrina analisa e menciona que o particular que se viu impossibilitado de participar da licitação e de futura contratação, em razão da indevida dispensa ou inexigibilidade levada a efeito, também seria sujeito passivo desse crime. O doutrinador Freitas não concorda, pois o âmago do mesmo é a proteção da moralidade administrativa, bem jurídico que tem como titular a pessoa jurídica no bojo da qual se observou a ilegalidade, não o particular externo à estrutura administrativa. Poderá ser visto como lesado somente através de conjecturas e presunções, e não com a análise objetiva do fato delituoso. FREITAS, André Guilherme Tavares de. *Crime na lei de licitações*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 58.

haver a tipificação da conduta do particular contratado sem licitação (art. 89, parágrafo único) se for reconhecido que um agente estatal cometeu o crime de dispensar ou inexigir indevidamente a licitação (art. 89, *caput*).¹⁷

O art. 90 poderá ter como sujeito ativo tanto o particular que participa da licitação quanto o servidor público que intervir na fase interna ou externa da licitação. O tipo penal do art. 90 envolve concurso de agentes.

Não é necessário que ocorra a efetiva frustração ou fraude que comprometa a eficácia total da licitação, sendo suficiente que alguns aspectos do certame sejam atingidos. O crime aperfeiçoa-se inclusive quando o acordo se destina a excluir da disputa participantes em potencial e inexista uma definição prévia sobre qual dos concertantes será o vencedor.¹⁸ A invalidação do certame não exclui a configuração de crime.¹⁹

REFERÊNCIAS

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2014.

DELMANTO, Roberto; DELMANTO JUNIOR, Roberto; DELMANTO, Fabio M. de Almeida. *Leis penais especiais comentadas*. São Paulo: Saraiva, 2014.

17 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 1.040. O reconhecimento da não configuração do crime tipificado no *caput* do art. 89 conduz à automática atipicidade de qualquer conduta praticada pelo sujeito contratado diretamente pela Administração Pública. No entanto, a configuração do crime do *caput* do art. 89 não implica a automática existência do crime do parágrafo único. Os tipos penais são diversos e é possível que exista apenas o crime do *caput* e não estejam presentes os elementos previstos no parágrafo único.

18 O tipo penal do art. 90 não se confunde com o crime previsto no art. 95, que atinge o comportamento praticado diretamente perante o terceiro, que é o potencial competidor. No art. 90 o ajuste é ignorado pelo terceiro, cuja exclusão tem-se como objetivo se obter mediante ajuste, combinação ou outro expediente. No art. 95, o terceiro é afastado através de fraude praticada relativamente a ele. Art. 95. Afastar ou procura afastar licitante, por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo: Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa, além da pena correspondente à violência. Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem se abstém ou desiste de licitar, em razão da vantagem oferecida.

19 RHC nº 18.598/RS, 5ª Turma, rel. Min. Laurita Vaz, j. em 06.11.2007, DJ de 10.12.2007: A anulação do certame licitatório, em razão do evidente ajuste prévio entre os licitantes, não afasta a tipicidade da conduta prevista no art. 90 da Lei nº 8.666/93.

- FREITAS, André Guilherme Tavares de. *Crime na lei de licitações*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- GARCIA, Emerson. *Improbidade administrativa*. 7. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012.
- LEAL, Rogério Gesta. *Patologias corruptivas nas relações ente estado, administração pública e sociedade: causas, consequências e tratamentos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2013.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 36. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2010.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2012.
- OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública, corrupção, ineficiência*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- SILVA, Jorge da. *Criminologia crítica: segurança pública e polícia*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- SIMÃO NETO, Calil. *Improbidade administrativa: teoria e prática: de acordo com a lei nº 12.846 de 01 de agosto de 2013, com a lei complementar nº 135 de junho de 2010: ficha limpa*. 2. ed. Leme: J. H. Mizuno, 2014.

UMA BREVE ANÁLISE ACERCA DA ORIGEM HISTÓRICA DO ESTADO MODERNO E SUA ÍNTIMA RELAÇÃO COM O PROBLEMA CRÔNICO MUNDIAL DA CORRUPÇÃO¹

JULIANA MACHADO FRAGA²
CYNTHIA GRUENDLING JURUENA³

1. Introdução. 2. Breve relato acerca da formação histórica do Estado moderno. 3. Análise da corrupção, sua conceituação e causas na globalização do sistema corruptivo. 4. A cultura corruptiva mundial como problema crônico e seus entraves. 5. Conclusão. 6. Referências

-
- 1 Artigo submetido ao eixo temático “Patologias corruptivas e interesses públicos indisponíveis”.
 - 2 Mestranda do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direitos Sociais e Políticas Públicas da Universidade de Santa Cruz do Sul (Unisc). Pós-Graduada em Direito e Processo do Trabalho e Direito Previdenciário. Membro do grupo de pesquisa “Patologias Corruptivas”, coordenado pelo prof. dr. Rogério Gesta Leal. Advogada. E-mail: juliana_m_fraga@hotmail.com. Trabalho apresentado e selecionado no I Seminário Nacional Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis, realizado nos dias 22 e 23 de outubro de 2015, na Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público.
 - 3 Mestranda em Direito do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul (Unisc), com bolsa Capes (Prosup) tipo II. Integrante do grupo de pesquisa “Espaço local e inclusão social”, coordenado pelo prof. pós-doutor Ricardo Hermany. Integra o projeto de pesquisa internacional “Patologias Corruptivas”, coordenado pelo prof. dr. Rogério Gesta Leal, e o grupo de pesquisa “Direito, Cidadania e Políticas Públicas”, sob coordenação da prof. pós-doutora Marli Marlene Moraes da Costa. E-mail: cjuruena@gmail.com.

RESUMO: O presente trabalho visa abordar em um amplo aspecto a origem histórica do Estado, bem como da corrupção, a fim de delimitar meios conceituais e casuísticos de sua propagação que vieram a causar uma pandemia corruptiva. Imprescindível que se aborde a corrupção em espectro amplo, compreendendo sua expansão e caráter mundial dessa cultura corruptiva que contamina âmbitos pessoais e estatais. Abordar-se-á a corrupção como problema institucional, social e político, relacionando com o problema recorrente que afeta o mundo inteiro. Para tal feito, utiliza-se o método dedutivo, partindo da análise geral do tema e chegando a conclusões específicas. Nesse diapasão, conclui-se que a corrupção se encontra enraizada no ordenamento mundial, necessitando de uma conexão entre todas as esferas de combate a essa patologia.

PALAVRAS-CHAVE: Corrupção. Ética administrativa. Origem do Estado.

ABSTRACT: *This work aims to address in a broad aspect the historical origin of the state, as well as corruption, in order to define conceptual and casuistic means of propagation that came to cause a pandemic corrupting. Essential that addressing corruption in a broad spectrum, including its expansion and global character of this corrupting culture infecting personal and state levels. It will address corruption as institutional, social and political issue, relating to the recurring problem that affects the whole world. For such a feat is used deductive method starting from the theme of the overall analysis, coming to specific conclusions. In this vein, it is concluded that corruption is embedded in the world order requiring a connection between all levels to combat this disease.*

KEYWORDS: *Corruption. Administrative ethics. Origin of the state government.*

I. INTRODUÇÃO

A palavra corrupção advém do latim *corruptio*, que transmite a ideia de corromper. Inclusive, chega a ser conceituada como uma fraqueza moral enraizada na alma humana. Contudo, hodiernamente a corrupção tem sido entendida como modo atentatório aos cofres públicos e desvio de ética, lesando o patrimônio público.

Imprescindível que se situe o ponto de partida da análise deste esboço, tratando-se de nossa história, a fim de compreender o estágio de desenvolvimento atual desse fenômeno, conforme salientam diversos doutrinadores.

Certamente não é recente a emergência das condutas corruptivas em nosso ordenamento, configurando-se como um fenômeno dos primórdios, que, inclusive, teve previsão na Lei da XII Tábuas, na qual pu-

nia-se as condutas desonestas daqueles competentes ao julgamento dos demais, ou seja, os juízes. Pode-se perceber que a preocupação com o dano propenso ao bem público sempre esteve no foco do legislador, ainda que nos tempos mais remotos (LEAL, 1997).

Entretanto, ainda que o foco deste trabalho seja a conduta corruptiva na esfera pública, há de se ressaltar a existência desta em âmbito privado, a qual é tão complexa e relevante quanto a anterior, porém, em função de suas distinções, abordar-se-á a corrupção apenas em nível público.

Nesse sentido, a questão da corrupção na esfera pública envolve uma série de fatores, como o desrespeito aos princípios da legalidade, moralidade, publicidade, impessoalidade e eficiência, elencados no artigo 37 da Constituição Federal, dos quais o agente público não pode se afastar, sob pena de comprometer o adequado funcionamento da administração e, conseqüentemente, a deficiência das prestações sociais de responsabilidade do Estado (LEAL, 2000).

O alvo deste estudo é justamente a análise do Estado e seu surgimento, e, também, este enquanto alvo passível de condutas corruptivas, sendo um problema mundial em expansão.

2. BREVE RELATO ACERCA DA FORMAÇÃO HISTÓRICA DO ESTADO MODERNO

O Estado pode ser compreendido como um fenômeno histórico, no qual se aprofunda a compreensão acerca de sua evolução no decorrer do tempo. Certamente remonta-se à criação do Estado desde as primeiras formas de organização, sejam elas a sociedade nômade, Estado-cidade, império burocrático e Estado feudal.

Entretanto, para a ciência política é necessário analisar mais a fundo o sistema formativo do Estado moderno. Sabe-se que a denominação de Estado emergiu do latim “*status*”, que significa firme, ideia centralizada ao poder de permanente convivência, entrelaçada à política. O Estado caracteriza-se como um organismo dotado de função própria; ou

seja, o modo de ser da sociedade politicamente organizada é uma das formas de manifestação do poder (SOUSA; TRIÃES, 2008).

Os países europeus passaram a desenvolver a expressão “Estado” aplicando-a às pequenas propriedades rurais particulares. Embora com nomes diversos, a sistemática é igual àquelas que a precederam, visto que possuía a autoridade superior, fixando as regras de convivência de seus membros. O primeiro ensaio empregando o termo “Estado moderno” foi realizado por Maquiavel, concebendo uma sociedade política organizada com autoridades e normas predefinidas. Salienta-se que nos remotos tempos a Grécia antiga já utilizava a expressão “*polis*”, a qual continha um cunho civilista (LEAL, 1997). Assim, a Idade Média e a Idade Moderna passaram a utilizar os termos remontando a essa realidade, tais como reino, República, dentre outros, para indicar a acepção do verbete Estado e sua conceituação.

Acerca do Estado moderno, Matias-Pereira (2010, p. 216) elucida que:

[...] desde o seu surgimento, apresenta dois elementos que diferem dos Estados que existiram no passado: o primeiro é a autonomia, na qual se verifica a plena soberania o Estado; e o segundo é que o Estado se torna uma organização distinta da sociedade civil, embora seja expressão desta.

Nesse sentido, o Estado moderno inicia-se na segunda metade do século XV na Europa, dotando-se de autonomia e possuindo um caráter unitário, diferenciando-se dos modelos passados. A partir de então, surgem reflexões acerca da concepção de Estado, visto que de forma diferente adveio esse sistema como ocorrência das monarquias instauradas pelo Estado feudal, no qual um rei dominante, assegurado através de força militar, leis unificadas no território do Estado, burocracia administrativa com tarefas de administração pública, tributação de impostos e idioma oficial, passa a reger determinada região, utilizando-se de instrumentos de controle político (SOUSA, 2011).

Matias-Pereira (2010) assevera que o Estado moderno se estendeu durante algumas fases, sendo iniciado na Monarquia, passando pelo Estado liberal, chegando às ideologias fascistas e comunistas e, por fim, ao Estado democrático liberal, sendo essa uma evolução de mais de três séculos. Vale ressaltar que para a Europa há a incidência do Estado-providência.

Certamente o conceito de Estado na ciência política é impreciso. Kelsen (1998) aduz que Estado e Direito são sinônimos, pois ambos unificam os acontecimentos sociais. Entende, então, que o Direito deve justificar o Estado, sendo pressuposto de uma ordem coletiva. Assim, o Estado é um simples ato de poder que se compreende através do Direito.

Embora haja incongruências filosóficas na conceituação de Estado, tem-se que o povo, o território, a soberania e o poder político formam um Estado, que existe fundamentalmente para realizar o bem comum trazendo segurança, bem-estar e justiça a seus cidadãos.

Considerando-se o Estado como ente maior na estrutura cidadã e detentor do poder, é também possuidor de obrigações perante seus tutelados. Leal (2006) assevera que os textos de Sócrates, Platão e Aristóteles aduzem o fenômeno social e político das relações sociais intermediado por um modelo de poder institucionalizado, ou seja, a ideia de competências naturais, realizando assim o Estado.

Leal (2006, p. 18) destaca também que:

[...] de qualquer sorte, o poder político, nesse diapasão, passa a ser entendido como proveniente de um processo histórico e mundano de constituição do social, mediado por mecanismos de gestão operacional dos interesses sociais e privados e, enquanto tal, será criticamente localizado num tempo e num espaço específico.

Nessa linha de pensamento, acentua que a teoria moderna e também a contemporânea têm de enfrentar e justificar a representação política enquanto estrutura estatal representante dos direitos dos ci-

dados.

Surge assim a filosofia política, que fundamenta a noção de poder político com matrizes teocráticas com argumentos laicos e coerentes com o espírito científico (pacto social), emancipando o exercício do poder daquelas vertentes até então acreditadas, ou seja, o poder dividido e a sua transmissão.

Em análise da situação de formação do Estado, pode-se entender, também, a facilidade da chegada dos níveis de corrupção estratosféricos que se presenciavam no cenário mundial atual. É preciso entender o surgimento do Estado como início de um quadro que possibilitou a transferência de responsabilidades, assim como cargas tributárias, ao detentor do poder de segurança, ora Estado, assim possibilitando aos seus agentes o contato direto com verbas públicas e condutas sem fiscalizações severas, ao passo que compunham-se como representantes do poder institucionalizado.

Dessa forma, abarcando no próximo momento o conceito e as causas da corrupção, é imprescindível que se contorne sua historicidade a fim de abranger mais facilmente os motivos de a realidade corruptiva manter-se em tão alto patamar, visto que o país possui em seu ordenamento altas penalidades para esses crimes, assim como princípios idôneos regentes na Carta Magna brasileira.

3. ANÁLISE DA CORRUPÇÃO, SUA CONCEITUAÇÃO E CAUSAS NA GLOBALIZAÇÃO DO SISTEMA CORRUPTIVO

Hodiernamente fala-se em corrupção como um fenômeno multifacetado. Isso quer dizer que advém de inúmeras vertentes, com cunho econômico, político, histórico, institucional, e, sem dúvidas, se dá em diversas espécies de manifestações, privadas ou públicas. Dessa forma, sendo um movimento tão complexo, pode-se analisar a corrupção por diversas frentes em embate, sendo, por esse motivo, extremamente difícil formar um conceito que possa abarcar todas as idiosincrasias inseridas nesse manifesto.

Bobbio (1998) define que a corrupção deve ser analisada sob o aspecto da legalidade ou ilegalidade, e não confundida com moralidade e imoralidade. Já de acordo com a Transparência Internacional⁴, a corrupção enquadra-se no abuso de poder com ganhos ilegítimos, ocorrendo em âmbito privado e/ou público, consoante refere Leal (2013).

Ainda que seja difícil uma conceituação pontual e certa sobre a corrupção, é de conhecimento geral que o enriquecimento ilícito e as vantagens auferidas por desvios de poder ou recursos caracterizam atos corruptivos, e, sem dúvidas, fraudes, apropriações, nepotismos, tráficos de influências e extorsões são meros exemplos dessa conduta criminosa (SOUSA, 2011).

As causas mais conhecidas de corrupção são aquelas ligadas ao extremo poder, ou seja, poder muito discricionário, regimes autoritários, desigualdades sociais e baixos salários geram diferenças que propiciam práticas corruptivas como forma de burlar o sistema (ROCHA, 2009).

Certamente a corrupção não é apenas uma particularidade do Brasil. Índices internacionais, como o Índice de Controle de Corrupção (ICC), do Banco Mundial, apontam que a corrupção é um processo mundial em expansão, visto que a globalização contribui firmemente para a supressão de barreiras físicas e para o desenvolvimento de tecnologias que auxiliem essas práticas, conforme elucida Filgueiras (2011).

Garcia (2008) dispõe que a corrupção sempre esteve presente na humanidade, mas com a globalização advieram facilidades nas transações comerciais que contribuiriam muito para sua proliferação.

a globalização também se apresenta como elemento estimulador da corrupção na medida em que realça e aproxima as desigualdades de ordem econômica, social, cultural e jurídica, o que permite a coexistência de realidades que em muito destoam entre si. Com isso, tem-se um campo propício ao oferecimento e à consequente aceitação de vantagens indevidas, em especial quando os envolvidos ocupam polos

4 www.transparencymundial.org

opostos em relação aos mencionados indicadores (GARCIA, 2008, p. 16).

A corrupção por si é uma mazela que assola o mundo, acaba por enfraquecer a legitimidade política e desperdiça recursos em proporções inimagináveis, afetando comércio, cidadãos, políticos e fluxos de investimentos (FRANCIS, 1986). Quase como diz o ditado “chover no molhado” é tentar explicar todas as implicações negativas que advêm da corrupção, e não somente aquelas em grande escala.

Os atos corruptivos sempre serão - ainda que em pequeno grau - formas de desigualdades, danos à legitimidade e redução do potencial de crescimento (em âmbito privado ou público).

A corrupção passou a fazer parte da vida de todas as nações, industrializadas ou não. Passamos a conviver intimamente com essa realidade. Essa “normalidade” corruptiva está em todos os Estados modernos, e certamente está presente no cenário brasileiro. Segundo Viola (2005):

[...] não conseguimos construir uma cultura republicana na qual as coisas públicas pertençam, de fato, à população. A Primeira República se constitui a partir de uma aliança entre as elites do café, que dominavam a vida pública nacional. A busca da cidadania foi feita por meio de rebeliões que resultaram numa profunda repressão aos movimentos populares. Quando o Brasil ingressa no mundo moderno a partir de 1930, o próprio processo eleitoral é suprimido. As mudanças por que o Brasil passa são estatais. O governo é seguidamente acusado de corrupção, e, ao mesmo tempo, acusa seus opositores de corruptos. A partir da redemocratização, em 1946, as disputas eleitorais são permanentemente marcadas por acusações recíprocas de corrupção, como o exemplo de Jânio Quadros, eleito com o símbolo da vassoura, e Adhemar de Barros, outro político de São Paulo, afirmando que rouba, mas faz.

Diante dessa colocação, entende-se que a corrupção é um fenômeno que sempre esteve presente em nosso cotidiano; contudo, a ampliação e o aprofundamento da integração econômica global, o aparecimento de um sistema financeiro internacional em rede eletrônica, que maximiza as possibilidades de corrupção, e uma imensa elevação no número de alianças estratégicas de cooperação fizeram emergir uma cultura corruptiva.

Essa globalização, que em muito auxiliou outros campos da sociedade mundial, acarretou problemas quanto à batalha da corrupção, visto que essas novas realidades são imensamente mais difíceis de prevenir e também de combater.

4. A CULTURA CORRUPTIVA MUNDIAL COMO PROBLEMA CRÔNICO E SEUS ENTRAVES

Os fatores incidentes da disseminação da corrupção são inúmeros, conforme citado. Entretanto, a ineficiência legislativa, estatal, administrativa ou judicial propiciam um ambiente farto para a expansão desse sistema de condutas.

Garcia e Alves (2004) destacam que há muitos meios que auxiliam e induzem as práticas corruptivas, ainda que em pequena ou menor escala, havendo diversos fatores supervenientes nesse sentido, consoante assevera:

[...] como manifestações inequívocas das falhas do aparato estatal, podem ser mencionadas: a) as decisões arbitrárias que resultam de uma excessiva discricionariedade dos agentes públicos e desvirtuam o uso do poder, estimulando as práticas corruptas e o seu uso em benefício de terceiros; b) as conhecidas mazelas no recrutamento dos ocupantes dos cargos comissionados, que relegam a plano secundário a valoração da competência e prestam-se ao favorecimento pessoal, o que termina por estimular a corrupção em razão

dos desvios comportamentais de tais agentes; c) o corporativismo presente em alguns setores do poder, em especial no Judiciário e no Legislativo, isto sem olvidar o Ministério Público - que, no Brasil, em que pese não ostentar esse designativo, tem prerrogativas próprias de um Poder - o que em muito dificulta a investigação de ilícitos praticados pelos setores de maior primazia nesses órgãos; d) a quase que total ineficiência dos mecanismos de repressão aos ilícitos praticados pelos altos escalões do poder; e) a concentração, em determinados funcionários, do poder de gerenciar ou arrecadar elevadas receitas; e f) a tolerância, em especial na estrutura policial, das práticas corruptas.

Os desvios comportamentais trazem como decorrência o estímulo à proliferação da corrupção, gerando uma comodidade acerca dessas práticas, tornando-as rotineiras. Devido a tal problemática, em muito se progride no sistema paralelo, antiético, de administração pública, que desestrutura por completo a organização estatal (LOPES, 2011).

A possibilidade de exemplificação de atos corruptivos é muito vasta e corriqueira, podendo se dar em âmbito público ou privado, como atitudes de prefeitos que se utilizam de bens públicos para fins particulares, ou até mesmo na busca de empresas privadas por informações privilegiadas. Essas ações têm o condão de fomentar a cadeia de impunidade, visto que, se o maior responsável passa ileso pelo sistema e aplica formas corruptas, os menores e menos visados podem acompanhá-lo e se favorecer de verbas públicas em benefício próprio também, ao passo que a conduta foi aceita, validada pela sociedade, e muitas vezes o corrupto é posto novamente em cargos públicos (SOUSA, 2008).

Outro grave ato que fomenta a pandemia corruptiva é o financiamento de campanhas políticas visando a futuras trocas de favores, negociatas e alianças políticas, fatos que ocorrem em diversos países (FILGUEIRAS, 2011).

Nesse sentido, evidencia-se que o dinheiro público acaba sendo di-

rigido para atividades político-partidárias, valendo-se o administrador muitas vezes de expedientes com atitudes maquiadas de legalidade, como liberação de verbas orçamentárias, celebração de convênios às vésperas do pleito etc., visando arrecadar votos.

Garcia (2004, p. 222) destaca que:

o agente público, na medida em que exerce uma função de igual natureza, deve ter uma conduta absolutamente transparente, daí a necessidade de serem amenizadas as regras que reduzem a publicidade de sua evolução patrimonial, em especial as concernentes aos sigilos bancário e fiscal. Devem ser instituídos órgãos responsáveis pelo efetivo monitoramento da evolução patrimonial do agente, sempre buscando analisar a compatibilidade entre o que fora informado e a realidade fenomênica. Com isto, evitar-se-ão situações que em muito contribuem para o enfraquecimento das instituições, como na hipótese de o agente receber parca remuneração e usufruir de bens de consumo de alto custo, sem que nenhum órgão afira a desproporção entre esses dois vetores.

Assim, diante de tantas formas de impunidade e atos condenáveis que se passam por legais e saem sem qualquer penalidade, existe a necessidade de se repensar o sistema político brasileiro e mundial, visto que é um problema perturbador de cunho global, tornando as campanhas mais transparentes e com maior fiscalização (LEAL, 2013).

Arrisca-se a afirmar que um poder que pode e deve insurgir-se contra a corrupção é a mídia, ao passo que o poder da informação veloz que esse meio pode criar conduz ao máximo de obstáculos para que a Administração Pública não venha a se tornar meio de meras negociatas para quem paga mais, condenando a coletividade aos efeitos devastadores de uma sociedade política corrupta.

Nessa seara, Leal (2013, p. 87) sublinha que um fenômeno que se interliga com a fonte de corrupção é o Estado, dispondo:

[...] relação entre os poderes de Estado, em especial a que envolve o Poder Executivo e Legislativo, haja vista que, não raro, a despeito das tensões próprias que estão na base de suas interlocuções, há o problema sério da ausência significativa de maioria parlamentar para governar, fazendo com que o Executivo brasileiro tenha que estabelecer diversas e constantes negociações para obter a governabilidade [...].

Contudo, embora o Brasil tenha evoluído em termos de combate à corrupção - saindo de um regime militar autoritário -, ainda são muito incipientes suas formas de punição, gerando revolta e sentimento de impunidade social, o que faz a sociedade desacreditar na máquina estatal.

Garcia (2004, p. 220) aduz que, no que tange ao funcionamento econômico, exigem-se:

[...] transparência e estabilidade, características de todo incompatíveis com práticas corruptas. A ausência desses elementos serve de desestímulo a toda ordem de investimentos, que serão direcionados a territórios menos conturbados, o que, em consequência, comprometerá o crescimento, já que sensivelmente diminuído o fluxo de capitais.

Entende, ainda, que é imprescindível que se analise a relevância dos interesses que o agente público dispõe, pois maior será o custo social de sua conduta (LEAL, 2013). Essa evasão fiscal acarreta diminuição da receita tributária, em especial daquela originária das classes mais abastadas da população, com isso diminuindo a redistribuição de renda às classes menos favorecidas e aumentando a injustiça social.

Com efeito, embora na Constituição Federal fale-se em igualdade, o que se evidencia é uma situação de desigualdade, deixando a população acreditar que o Estado só existe para atingir a população pobre, numa postura seletiva, que raramente alcança os corruptos, os criminosos de colarinho branco. Esse quadro é um claro indicador de que os fundos

públicos não chegam ao seu propósito e sem dúvida estão muito distantes de beneficiar aqueles fins aos quais se destinam (FILGUEIRAS, 2011).

De uma forma ou de outra, os cenários da corrupção atingem a todos, ao passo que destroem os direitos difusos e interpõem efeitos em diversos setores da vida civil, fomentando atividades ilícitas visando a benefícios próprios, sem mencionar a evidente violação dos direitos humanos com as ações (e omissões) do ente estatal (SCHILLING, 1999).

Nessa linha de pensamento, Leal (2013, p. 100) ressalta:

na medida em que a administração do sistema de justiça se vê contaminada com estas situações corruptivas, por certo que restam violados aqueles direitos internacional e nacionalmente assegurados à pessoa humana, mesmo que não decorra daí danos materiais específicos a ela, mas o sistema foi violado, e com ele a presunção de veracidade, imparcialidade, independência e confiança nas instituições.

Logo, entende-se que a medida que clama ser realizada é o acompanhamento e estudo acerca da corrupção, visando à compreensão e à tomada de medidas que possam refrear esse sistema que se expande em alta velocidade (LOPES, 2011). Ainda é muito difícil mensurar em níveis numéricos o espaço que a corrupção tomou em âmbito nacional e internacional. Contudo, o que se pode afirmar com certeza são os danos causados por ela e a possibilidade de alastramento da corrupção.

Precisamos desenvolver uma visão ampla de abordagem investigativa, para então compreender as especificidades de cada conduta corruptiva, sendo mais diretos na punição e prevenção de cada conduta, ao passo que a globalização torna os meios de defesa cada vez mais rapidamente defasados.

Ainda que nos seja muito útil o serviço midiático, é impossível que não haja meios que possibilitem uma mensuração dos índices corruptivos que não estejam ligados à mídia. Há necessidade de instauração de meios de transparência e com isso de inserção de cidadania nos Estados,

a fim de garantir os direitos básicos de seus cidadãos, possibilitando cobranças de utilizações de verbas e realização de serviços orçados anteriormente (SOUSA, 2011).

Com base em estudos fundamentados por inúmeros doutrinadores e amparados nos dois principais indicadores mundiais sobre o tema, Leal (2013) aduz que a corrupção gera reflexos negativos sobre o desenvolvimento dos países nos aspectos econômico, social, político e cultural, visto que envolve intimamente cada elemento do Estado, reduzindo seu potencial de crescimento.

CONCLUSÃO

Diante desse breve esboço, objetivou-se abordar a corrupção como fenômeno dissociado de conceitos rasos, demonstrando a relevância social dessa cultura que passa a dominar o mundo inteiro e corromper Estados e entes privados.

Observando a história do Estado moderno, pôde-se demonstrar que o nível de corrupção, que sempre esteve presente na sociedade, tem aumentado gradualmente com a globalização, ao passo que se expandem mais facilmente as fronteiras da criminalidade e, infelizmente, da impunidade também.

Certamente há muito que se buscar no combate à corrupção; contudo, a necessidade premente de obtenção de meios que possibilitem a apuração de dados mais concretos é imensa, visto que a degeneração do ente público acarreta consequências severas gravíssimas a todo o sistema e corrói o próprio alicerce do Estado de Direito, ao passo que associa indiscriminadamente os atos ilícitos à normalidade e em tom de impunidade.

Dessa forma, é lógico que os padrões comportamentais sociais são modificados e acaba-se acreditando que estes são modelos a serem seguidos. Assim, a corrupção, muito mais do que meras condutas ilícitas, gera falhas de caráter e afeta o íntimo da sociedade, rompendo direitos fundamentais e difusos sem respeito algum pela coletividade, tampouco

pela verba pública, que poderia ser empregada de forma a melhorar o serviço estatal e cambiar a máquina pública.

Pode-se visualizar com firmeza que as práticas corruptivas se alastram e se impregnam na sociedade, tornando-se um problema crônico mundial. Certo é que não só no Brasil, mas em nível mundial, é preciso que se encontrem formas de comunicação dos diversos meios de repressão a essas práticas, e também por isso que se apresenta como fenômeno de múltiplas facetas, pois para seu combate, mais do que nunca, há a necessidade de ligação de todas as esferas jurídicas que possam forçar um embate mais alastrado do que a conduta criminoso da corrupção.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. *A ética*. Trad. de Cássio M. Fonseca. Rio de Janeiro: Edições de Ouro, 1979.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: UNB, 1989.

_____; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998. v. 1.

CANOTILHO, José J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2014.

FELDENS, Luciano. *Tutela penal de interesses difusos e crimes do colarinho branco*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

GARCIA, Emerson. A corrupção: uma visão jurídico-sociológica. *Revista da Emerj*, v. 7, n. 26, 2004.

_____; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LEAL, Rogério Gesta. *Direitos humanos e fundamentais no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1997.

_____. *Perspectivas hermenêuticas dos direitos humanos e fundamentais no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____. *Teoria do estado: cidadania e poder político na modernidade*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. *A administração pública compartilhada no Brasil e na Itália: reflexões preliminares*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008.

_____. *A democracia deliberativa como nova matriz de gestão pública: alguns estudos de caso*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2011.

_____. *Patologias corruptivas nas relações entre estado, administração pública e sociedade: causas, consequências e tratamentos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2013.

LOPES, José Mouraz. *O espectro da corrupção*. Coimbra: Almedina, 2011.

LOUREIRO, Patrícia. A cidadania da União Europeia: mito ou realidade? In: SOUSA, Mônica Teresa Costa; LOUREIRO, Patrícia (Orgs.). *Cidadania: novos temas, velhos desafios*. Ijuí: Unijuí, 2009.

LUKAMBRA, Paulino; BARRACHO, Carlos. *História das ideias políticas*. Lobito: Escolar, 2012.

MARTÍN, Nuria Belloso. Igualdades injustas o Igualdades justas: breves apuntes sobre el post-liberalismo. *Júris Poiesis: revista jurídica da Universidade Estácio de Sá*, Rio de Janeiro, 2000.

_____. *Os novos desafios da cidadania*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2005.

MARTINS, Ana Maria Guerra. *Direito internacional dos direitos humanos*. Coimbra: Almedina, 2014.

MATIAS-PEREIRA, José. A governança corporativa aplicada ao setor público brasileiro. *APGS, Viçosa*, v. 2, n. 1, p. 110-135, 2010. Disponível em: <http://repositorio.bce.unb.br/bitstream/10482/5974/1/ARTIGO_GovernancaCorporativa-Aplicada.pdf> Acesso em: 09 out. 2014.

MENEZES, Anderson de. *Teoria geral do estado*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 2014. v. 3.

ROCHA, Patrícia Barcelos Nunes de Mattos. *Corrupção na era da globalização*.

Curitiba: Juruá, 2009.

SÁNCHEZ, C. Demelsa Benito. *Notas sobre la corrupción transnacional: sus efectos y su combate*. Salamanca: Ratio Legis, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SCHILLING, Flávia. *Corrupção: ilegalidade intolerável? Comissões parlamentares de inquérito e a luta contra a corrupção no Brasil*. São Paulo: IBCCrim, 1999.

SOUSA, Luís de. *Corrupção*. Lisboa: FFMA, 2011.

SOUSA, Luís de; TRIÃES, João. *Corrupção e os portugueses*. Cascais: RCP, 2008.

SOUZA, M. T. C.; LOUREIRO P. *Cidadania: novos temas, velhos desafios*. Ijuí: Unijuí, 2009.

SPECK, Bruno Wilhelm. *Mensurando a corrupção: uma revisão de dados provenientes de pesquisas empíricas*. Disponível em: <<http://www.transparencia.org.br/docs/BSpeck4.pdf>>. Acesso em: 02 set. 2015.

TOURINHO NETO, Fernando. *Corrupção da administração pública*. *Revista Ibero-Americana de Direito Público*, p. 51, jan.-mar. 2003.

VIANNA, Oliveira. *Instituições políticas brasileiras*. São Paulo: Edusp, 1987.

VIOLA, Solon Eduardo Annes. *IHU On-Line: revista do Instituto Humanitas Unisinos*, São Leopoldo, ago. 2005. Disponível em: <<http://www.unisinos.br/ihu>>. Acesso em: 01 set. 2015.

WARAT, Luis Alberto. *Ciudadania y derechos humanos de la otredad*. In: MARTIN, Nuria Belloso. *Los nuevos desafíos da cidadania*. Burgos: Servicio de publicaciones de la Universidad de Burgos, 2001.

WEBER, Max. *Três tipos de poder e outros escritos*. Lisboa: Tribuna, 2005.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Constitucionalismo e direitos sociais no Brasil*. São Paulo: Acadêmica, 1989.

