

HANDEL MARTINS DIAS
JOSÉ TADEU NEVES XAVIER
ORGANIZADORES

ANAIS DO II SEMINÁRIO NACIONAL

TUTELAS À
EFETIVAÇÃO DE
DIREITOS
INDISPONÍVEIS



2016

WWW.FMP.EDU.BR

ANAIS DO II SEMINÁRIO NACIONAL

**TUTELAS À
EFETIVAÇÃO DE
DIREITOS
INDISPONÍVEIS**



HANDEL MARTINS DIAS
JOSÉ TADEU NEVES XAVIER
ORGANIZADORES

ANAIS DO II SEMINÁRIO NACIONAL

TUTELAS À EFETIVAÇÃO DE DIREITOS INDISPONÍVEIS

CONSELHO ADMINISTRATIVO

David Medina da Silva – Presidente

Cesar Luis de Araújo Faccioli – Vice-Presidente

Fábio Roque Sbardellotto – Secretário

Alexandre Lipp João – Representante do Corpo Docente

DIREÇÃO DA FACULDADE DE DIREITO

Fábio Roque Sbardellotto

COORDENADOR DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

Luis Augusto Stumpf Luz

CONSELHO EDITORIAL

Anizio Pires Gavião Filho

Fábio Roque Sbardellotto

Guilherme Tanger Jardim

Luis Augusto Stumpf Luz



PORTO ALEGRE, 2016

© FMP 2016

CAPA: Walter Stenzel

DIAGRAMAÇÃO: Liquidbook | tecnologias para publicação

REVISÃO DE TEXTO: Liquidbook | tecnologias para publicação

EDITOR: Rafael Martins Trombetta | Liquidbook

RESPONSABILIDADE TÉCNICA: Patrícia B. Moura Santos

Fundação Escola Superior do Ministério Público

Inscrição Estadual: Isento

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

Porto Alegre – RS – CEP 90010-350

Fone/Fax (51) 3027-6565

E-mail: fmp@fmp.com.br

Website: www.fmp.com.br

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

S471 Seminário Nacional Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis (2. : 2016 : Porto Alegre, RS)
Anais do II Seminário Nacional Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis [recurso eletrônico] / Handel Martins Dias, José Tadeu Neves Xavier, organizadores. – Dados eletrônicos – Porto Alegre: FMP, 2016.
704 p.

Modo de acesso: <<http://www.fmp.edu.br/serviços/285/publicacoes>>
ISBN 978-85-69568-05-6

1. Direito. 2. Direitos Fundamentais. 3. Democracia. 4. Combate à Corrupção. I. Dias, Handel Martins. II. Xavier, José Tadeu Neves. III. Título.

CDU: 342:7

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

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

Apresentação

O Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP) promoveu, entre os dias 22 e 23 de junho deste ano, o *II Seminário Nacional Tutelas à Efetivação dos Direitos Indisponíveis*, consolidando, em âmbito nacional, um espaço próprio para a comunidade acadêmica apresentar, debater e publicar pesquisas relacionadas a tutelas à efetivação de direitos indisponíveis, área de concentração do Mestrado Acadêmico em Direito e das atividades de pesquisa da Faculdade de Direito da FMP. Houve intensas e profícuas discussões nos painéis e grupos de trabalho entre professores e acadêmicos da Faculdade de Direito da FMP, assim como de outras instituições com relevantes investigações científicas sobre a temática e que mantêm, entre si, uma proveitosa interlocução acadêmica.

Agrupados conforme o recorte epistemológico efetivado na área de concentração do Mestrado Acadêmico em Direito da FMP, notadamente em *Tutelas à efetivação de direitos públicos incondicionados* e em *Tutelas à efetivação dos direitos transindividuais*, o evento contemplou dez eixos temáticos: Multiculturalismo, constituição e Direito Penal; Direito fundamental à segurança e o direito de liberdade; Patologias corruptivas e interesses públicos indisponíveis; Relações tensionais entre mercado, Estado e sociedade; Garantias processuais dos bens públicos indisponíveis; Direitos fundamentais e jurisdição; Proteção do consumidor como garantia fundamental constitucional; Transparência e participação na gestão pública; Sustentabilidade urbana: institutos e mecanismos de efetivação; e Garantias processuais dos bens transindividuais.

Esta obra coletiva reúne os estudos apresentados nos painéis do *II Seminário Nacional Tutelas à Efetivação dos Direitos Indisponíveis*. No painel *Tutelas à efetivação de direitos transindividuais*, o professor Glaucio Salomão Leite (UNICAP/UFPB) apresentou a pesquisa elaborada com o professor Marcelo Casseb Continentino (FADIC) acerca dos desafios da jurisdição

constitucional brasileira contemporânea, enquanto o professor Janriê Rodrigues Reck (UNISC) tratou do regime jurídico dos parceiros privados do poder público, sustentando, como tratamento preventivo das patologias corruptivas, a extensão das obrigações de moralidade administrativa ao direito privado. No painel *Tutelas à efetivação dos direitos transindividuais*, o professor Paulo Márcio Cruz (UNIVALI) expôs suas reflexões sobre o presente e o futuro do Estado Constitucional Moderno, fruto de pesquisa realizada com o professor Gabriel Real Ferrer, da Universidad de Alicante. E o professor Jorge Renato dos Reis (UNISC), a partir de pesquisa realizada com a mestranda em Direito Caroline Cristiane Werle (UNISC), integrante de seu grupo de pesquisa *Intersecções jurídicas entre o público e privado*, abordou a inteligência coletiva em Pierre Lévy e a sua possível relação com o princípio constitucional da solidariedade no âmbito da sociedade da informação.

Também se encontram nestes Anais os estudos, de docentes e discentes, selecionados durante o *II Seminário Nacional Tutelas à Efetivação dos Direitos Indisponíveis*. Instituíram-se duas bancas no evento, uma para avaliar as pesquisas relacionadas aos eixos temáticos da linha *Tutelas à efetivação de direitos públicos incondicionados* e outra para as referentes aos eixos temáticos da linha *Tutelas à efetivação dos direitos transindividuais*. A primeira etapa da avaliação consistiu na análise dos resumos das pesquisas, por pares cega a fim de assegurar a integridade do processo avaliativo. A segunda etapa deu-se com a apresentação e o debate público dos estudos nos grupos de trabalho. Em razão do formato participativo-dialógico, oportunizou-se aos pesquisadores integrar os seus textos, agregando, nas versões finais, os proveitos das alterações havidas no colóquio. Assim, os trabalhos presentes nestes Anais são resultado de pesquisas criteriosamente selecionadas, gabaritadas pelo produtivo diálogo acadêmico desenvolvido em um espaço próprio para a construção e reconstrução coletiva do conhecimento.

No eixo temático *Multiculturalismo, constituição e Direito Penal*, foram selecionadas três pesquisas: a do professor Bruno Heringer Júnior (FMP) e da professora Raquel Fabiana Lopes

Sparemberger (FMP/FURG) sobre o multiculturalismo liberal, na qual apontam a complexidade teórica e prática da política da identidade e procuram traçar os limites do tolerável à luz da ordem jurídica internacional; a da professora Raquel Fabiana Lopes Sparemberger com o historiador e mestrando em Direito Lizandro Mello (FURG), em que apuram a presença, em decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, de aspectos de secularismos, racialização e colonização de saberes e crenças, como componentes da colonialidade; e a da professora Daniela de Oliveira Pires (FMP) com a pós-graduanda Bruna de Linhares Silva, que analisam a incompletude da Justiça de Transição brasileira, com enfoque no direito à memória e à verdade.

No eixo temático *Direito fundamental à segurança e o direito de liberdade* foi selecionado o estudo do pós-graduando Vinícius Wildner Zambiasi (FMP), no qual examina os reflexos sociais, econômicos e eleitorais gerados pela cultura do medo na sociedade e na política criminal brasileira, bem como investiga quão profunda é a influência midiática neste processo.

O eixo temático *Patologias corruptivas e interesses públicos indisponíveis* foi um dos mais profícuos. A professora Caroline Fockink Ritt (UNISC) e sua orientanda em projeto de iniciação científica na Universidade de Santa Cruz do Sul, a acadêmica Chaiene Meira de Oliveira, tiveram selecionado seu estudo acerca da corrupção enquanto fator prejudicial à confiança nas instituições públicas e à concretização do Estado Democrático de Direito. Na mesma linha, a pesquisa da acadêmica Vitória Etges Becker Trindade (UNISC) sobre como a corrupção é um fator inibidor para a concretização dos direitos sociais, na qual aponta possíveis formas de prevenção e combate através da ativa participação popular e exercício da cidadania. Também foi selecionada a pesquisa da mestra em Direito Juliana Machado Fraga (UNISC) e da mestranda em Direito Cynthia Gruending Juruena (UNISC) em que defendem a participação política como meio de controle da corrupção, assim como a da mestranda em Direito Carla Luana da Silva (UNISC) com a bacharelada em Direito Bruna Henrique Hübner (UNISC) sobre a implementação no País de medidas de controle da corrupção por fatores externos.

Nas *Relações tensionais entre mercado, Estado e sociedade*, a professora Denise Bittencourt Friedrich (UNISC) e Márcia Silveira Moreira, integrante do grupo de pesquisas *Patologias corruptivas* da Universidade de Santa Cruz do Sul, tiveram selecionada a sua investigação, em que realizam abordagens práticas da conexão entre ética pública e a ética privada nas relações políticas para evidenciar tutelas à efetivação de *direitos públicos incondicionados*. Foi destacada, outrossim, a pesquisa do professor José Tadeu Neves Xavier (FMP), na qual reflete acerca da utilização da teoria da desconsideração da personalidade jurídica como mecanismo adequado para tutela dos credores nos casos de subcapitalização. Ainda neste eixo temático, foi selecionada a pesquisa do mestrando em Direito Mario Ederich Filho relativa à tutela dos interesses do titular de empresa individual de responsabilidade limitada.

No eixo temático *Garantias processuais dos bens públicos indisponíveis* foi agraciado o estudo dos mestrados em Direito da FMP José Elias Gabriel Neto e Vanessa Pedroso Coelho sobre as garantias processuais no tocante à substituição de meio de prova típico por instrumento probatório anômalo para a demonstração de fato delituoso. Da mesma forma, a investigação do professor Anizio Pires Gavião Filho (FMP) com os acadêmicos Carolina Korenowski Guazzelli (FMP) e Pedro Acosta de Oliveira (FMP), ambos do grupo de pesquisa *Colisão de direitos fundamentais e argumentação* da FMP, em que procuram definir o conceito, a função e a estrutura da analogia no discurso prático geral e no discurso jurídico de interpretação e aplicação do direito, bem como delinear contornos mais nítidos para a distinção entre a analogia e a interpretação extensiva no discurso jurídico.

Em *Direitos fundamentais e jurisdição*, selecionou-se a pesquisa de Carlos Augusto Peixoto Reis e Janine Rosi Faleiro, mestrados em Direito da FMP, em que perquirem o mínimo existencial, as suas interligações com princípios constitucionais, direitos fundamentais e o conceito de justiça social, bem como a investigação da Flávia Hagen Matias, também mestranda em Direito na FMP, em que esposa a legitimidade do instituto da desobediência civil para o exercício da cidadania e o aprofunda-

mento da democracia, por se sustentar nos mesmos princípios de justiça que compõem o Estado Constitucional Democrático. Ainda foram escolhidos o estudo de Katherine Rodrigues de Amador, pós-graduanda em direito público na FMP, referente ao direito à indenização em decorrência de violação a um direito fundamental de personalidade, e a pesquisa da professora Cristina Stringari Pasqual (FMP) e do professor Marco Antonio Pasqual (ISJT) acerca do Estatuto da Pessoa com Deficiência e do novo regramento da incapacidade civil, no qual sublinham a necessidade de um tratamento especial aos deficientes mentais, em especial nas relações patrimoniais.

Na esfera do eixo temático da *Proteção do consumidor como garantia fundamental constitucional*, selecionou-se o trabalho de Germano Henrique Roewer. O mestrando em Direito na FMP defende o Código de Defesa do Consumidor como norma principiológica nas relações contratuais em virtude das garantias protetivas da Constituição Federal e seus efeitos irradiantes ao ordenamento infraconstitucional, aduzindo a evolução na interpretação das responsabilidades entre comerciantes, produtores e fornecedores frente ao consumidor.

Em *Transparência e participação na gestão pública*, destacaram-se a pesquisa do professor Rogério Gesta Leal (FMP/UNISC) e da professora Caroline Fockink Ritt (UNISC) sobre o efetivo controle social como forma de evitar práticas corruptivas na realização de políticas públicas, assim como a pesquisa do professor Rogério Gesta Leal com a mestra em Direito Ramônia Schmidt (UNISC) acerca da importância da informação para o exercício da cidadania, assim como para o combate à corrupção. Foi, ainda, selecionada a pesquisa da mestranda em Direito Cynthia Gruending Juruena (UNISC) com a bacharelada Mariana Port Marques (UNISC) sobre o Sistema LicitaCon, em que avaliam se a nova ferramenta efetivamente possibilita o controle social e a participação popular.

No eixo temático *Sustentabilidade urbana: institutos e mecanismos de efetivação*, destacou-se o trabalho do mestrando em Direito Guilherme Augusto Faccenda (FMP), no qual exami-

na o papel da regularização fundiária na concretização do direito à moradia.

Finalmente, no eixo temático *Garantias processuais dos bens transindividuais*, selecionaram-se mais quatro pesquisas: a do professor Anizio Pires Gavião Filho (FMP) com os acadêmicos Bernardo Spencer da Fontoura Teixeira (FMP), Filipe Soares Denicol (FMP) e Gabriel Silva de Souza (FMP), integrantes do grupo de pesquisa *Colisão de direitos fundamentais e argumentação*, em que diferenciam o raciocínio por precedentes do raciocínio analógico; a do pós-graduando Gabriel Silva de Souza (FMP) sobre a legitimidade das decisões dos tribunais internacionais, sustentando que os direitos humanos constituem razões suficientemente aptas a autorizar o desenvolvimento do Direito pelo intérprete; a do mestrando em Direito Alexandre Sikinowski Saltz (FMP) sobre a insuficiência do sistema demandista para a solução de litígios e o desafio do Ministério Público para a efetivação dos métodos de autocomposição; e a da mestranda em Direito Daniele Ferron D'Avila (FMP) acerca do direito ao contraditório e de defesa do réu revel no novo Código de Processo Civil.

Uma excelente leitura a todos!

Porto Alegre, agosto de 2016.

Handel Martins Dias
Coordenador da Pesquisa da FMP
Professor do PPGD/FMP

Sumário

A CORRUPÇÃO COMO FATOR INIBIDOR DA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS E POSSÍVEIS FORMAS DE PREVENÇÃO E COMBATE POR MEIO DA ATIVA PARTICIPAÇÃO POPULAR E EXERCÍCIO DA CIDADANIA

Vitória Etges Becker Trindade17

A CORRUPÇÃO COMO FENÔMENO MUNDIAL: BREVES APONTAMENTOS ACERCA DA CORRUPÇÃO E DAS CONVENÇÕES INTERNACIONAIS QUE ENSEJARAM A EDIÇÃO DA LEI FEDERAL N.º 12. 846/2013 – LEI ANTICORRUPÇÃO BRASILEIRA

Bruna Henrique Hübner e Carla Luana da Silva39

A CORRUPÇÃO ENQUANTO FATOR PREJUDICIAL À CONCRETIZAÇÃO DA DEMOCRACIA E PREJUÍZOS QUANTO À CONFIANÇA NAS INSTITUIÇÕES: PATOLOGIAS CORRUPATIVAS E INTERESSES PÚBLICOS INDISPONÍVEIS

Caroline Fockink Ritt e Chaiene Meira de Oliveira .63

A DEMOCRACIA PARTICIPATIVA E O SEU (DES)ESTÍMULO PELO PODER PÚBLICO: UMA ANÁLISE DA FERRAMENTA DO LICITACON E A POSSIBILIDADE DE ACESSO PELOS CIDADÃOS

Cynthia Gruending Juruena e Mariana Port Marques85

A TUTELA DOS INTERESSES DO TITULAR DE EIRELI (EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDADE LIMITADA)

Mario Ederich Filho103

A VIOLAÇÃO DE UM DIREITO FUNDAMENTAL DE PERSONALIDADE: DANOS MORAIS E O QUANTUM INDENIZATÓRIO BASEADO NO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. TUTELAS À EFETIVAÇÃO DE DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS DIREITOS FUNDAMENTAIS E JURISDIÇÃO

Katherine Rodrigues de Amador129

ALGUMAS ABORDAGENS PRÁTICAS DA CONEXÃO ENTRE ÉTICA PÚBLICA E A ÉTICA PRIVADA

Denise Bittencourt Friedrich e Márcia Silveira Moreira153

AUTOCOMPOSIÇÃO: A NOVA REALIDADE TRAZIDA PELO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E O DESAFIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA IMPLEMENTÁ-LA

Alexandre Sikinowski Saltz179

MULTICULTURALISMO LIBERAL: OS LIMITES DA POLÍTICA DA DIFERENÇA

Bruno Heringer Júnior e Raquel Fabiana Lopes Sparemberger203

CIDADANIA: O CONTROLE DA CORRUPÇÃO POR MEIO DO DIREITO FUNDAMENTAL DE PARTICIPAÇÃO POLÍTICA – EM ANÁLISE OS DILEMAS DA DEMOCRACIA BRASILEIRA

Juliana Machado Fraga e Cynthia Gruending Juruena221

COLONIALIDADE, PODER JURISDICIONAL E CRENÇA: BREVE ESTUDO DE CASOS DO TJ/RS

Lizandro Mello Raquel e Lopes Sparemberger239

CULTURA DO MEDO: IMPACTOS SOCIAIS E NA POLÍTICA CRIMINAL BRASILEIRA

Vinícius Wildner Zambiasi267

DEMOCRACIA, CIDADANIA E DESOBEDIÊNCIA CIVIL

Flávia Hagen Matias293

DIREITO À INFORMAÇÃO, TRANSPARÊNCIA E COMBATE À CORRUPÇÃO

Ramônia Schmidt e Rogério Gesta Leal315

DIREITO À MEMÓRIA E À VERDADE: UMA ANÁLISE ACERCA DA INCOMPLETUDE DA JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO BRASILEIRA

Bruna de Linhares Silva e
Daniela de Oliveira Pires335

DISCURSO JURÍDICO, ANALOGIA E INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA

Anizio Pires Gavião Filho, Carolina Korenowski
Guazzelli e Pedro Acosta de Oliveira361

DOS SUCEDÂNEOS DE PROVA

Vanessa Pedroso Coelho e
José Elias Gabriel Neto389

DESAFIOS DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA CONTEMPORÂNEA

Glauco Salomão Leite e
Marcelo Casseb Continentino413

O RESGATE DO DIREITO ADMINISTRATIVO: A EXTENSÃO DAS OBRIGAÇÕES DE MORALIDADE ADMINISTRATIVA AO DIREITO PRIVADO

Janriê Rodrigues Reck443

A PROBLEMÁTICA DA SUBCAPITALIZAÇÃO EMPRESARIAL E A APLICAÇÃO DA TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

José Tadeu Neves Xavier461

LEGITIMIDADE DAS DECISÕES DOS TRIBUNAIS INTERNACIONAIS, ACEITABILIDADE RACIONAL E DIREITOS HUMANOS COMO CRITÉRIO DE RACIONALIDADE

Gabriel Silva de Souza487

O CÓDIGO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR COMO NORMA PRINCÍPIOLÓGICA NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS

Germano Henrique Roewer513

O EFETIVO CONTROLE SOCIAL COMO FORMA DE EVITAR PRÁTICAS CORRUPTIVAS NA REALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Rogério Gesta Leal e Caroline Fockink Ritt531

O MÍNIMO EXISTENCIAL E A CAPACIDADE CONTRIBUTIVA

Carlos Augusto Peixoto Reis e
Janine Rosi Faleiro555

O PAPEL DA REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA NA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À MORADIA

Guilherme Augusto Faccenda.....579

O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E A PRODUÇÃO DE PROVAS PELO RÉU REVEL NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Daniele Ferron D'Avila.....605

REFLEXÕES SOBRE O FUTURO DO ESTADO CONSTITUCIONAL MODERNO

Gabriel Real e Paulo Márcio Cruz625

PRECEDENTE E ANALOGIA NO DISCURSO JURÍDICO

Anizio Pires Gavião Filho,
Bernardo Spencer da Fontoura Teixeira,
Filipe Soares Denicol e Gabriel Silva de Souza....657

A INTELIGÊNCIA COLETIVA EM PIERRE LÉVY E A SUA (IM)POSSÍVEL RELAÇÃO COM O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SOLIDARIEDADE NO ÂMBITO DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

Jorge Renato dos Reis e
Caroline Cristiane Werle679

O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA COMO INSTRUMENTO DE TUTELA DA VULNERABILIDADE E O NOVO REGRAMENTO DA INCAPACIDADE CIVIL

Cristina Stringari Pasqual e
Marco Antonio Pasqual707

A CORRUPÇÃO COMO FATOR INIBIDOR DA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS E POSSÍVEIS FORMAS DE PREVENÇÃO E COMBATE POR MEIO DA ATIVA PARTICIPAÇÃO POPULAR E EXERCÍCIO DA CIDADANIA

VITÓRIA ETGES BECKER TRINDADE*

* Graduanda do curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), desenvolve pesquisas no âmbito de patologias corruptivas com enfoque na Lei 12.846/13, sob a orientação da professora doutoranda Caroline Fockink Ritt. E-mail: vitoriatrindade0702@gmail.com

Resumo

O presente trabalho busca analisar a corrupção como fator inibidor da concretização dos Direitos Sociais, com o fim de compreender a problemática acerca da corrupção pública no Brasil sobre os direitos dos brasileiros. Em um primeiro momento, estuda-se a problemática acerca da corrupção pública no Brasil visando as violações que causam nos Direitos Sociais básicos constantes na Constituição Federal de 1988. Depois, abordam-se aspectos, origem, conceitos e consequências específicas causadoras de fatores inibidores de serem realizados na prática os direitos fundamentais no âmbito dos direitos sociais violados pela corrupção pública no Brasil. E por fim, interpelar sobre possíveis meios de combater, prevenir e diminuir a corrupção por meio da ativa participação do cidadão na vida política e exercício da cidadania.

Palavras-chave: Combate, Corrupção, Direitos Sociais, Prevenção.

Abstract

This study seeks to analyze corruption as a factor inhibiting the implementation of Social Rights, in order to understand the issue about public corruption in Brazil on the rights of Brazilians. At first, we study the problem about public corruption in Brazil on violations that cause the basic social rights contained in the Constitution of 1988. After, addressing aspects, origin, specific concepts and consequences causing inhibiting factors to be realized in practice the fundamental rights under the social rights violated by public corruption in Brazil. Finally, be questioned about possible ways to combat, prevent and reduce corruption through the active participation of citizens in political life and citizenship.

keywords: Corruption, Social rights, Prevention, Combat.

Introdução

A corrupção tem tomado grandes proporções, de forma até mesmo mundial, causando desestruturação na sociedade, interferindo no desenvolvimento do país, e um enorme desequilíbrio social e econômico entre as pessoas, atingindo a educação, a saúde, igualdade e segurança da população brasileira.

Os danos causados pela corrupção estão cada vez mais aparentes e gravosos, visto que todos os dias há notícias sobre essa realidade e que toda população está sendo afetada, portanto, a corrupção tem estado em evidência nos conhecimentos da sociedade brasileira, por meio de informações, em estudos e na mídia, sendo que a corrupção no Brasil já atingiu proporção de conhecimento mundial, sendo notícia em diversos países.

Conforme nos explica Filgueiras (2012, p. 301), em relação à corrupção com a política:

Representa momentos de mau funcionamento das organizações do sistema político, que criam sistemas de incentivo para que esse tipo de comportamento se torne comum na política. Estes momentos de mau funcionamento do sistema institucional da política estão associados ao fato de as organizações do sistema ser pouco adaptáveis às mudanças, simples, sujeitas à captura por parte da burocracia do Estado e pouco coesas.

Sendo assim, faz-se necessário o combate à corrupção, tendo em vista que não se trata de problema puramente institucional, mas também social, já que, com o avanço da corrupção, estão surgindo muitas dificuldades para a sociedade e o Brasil em si se desenvolverem de forma adequada, plena, com igualdade econômica e social e de forma democrática.

Observa-se que os direitos sociais estão sendo violados pela corrupção, considerando que diversos aspectos poderiam estar mais bem amparados economicamente, atendendo à população com melhor qualidade e de forma adequada.

Com a corrupção, deixa-se de investir no básico para a população da forma que se merecia, já que são pagos altos im-

postos que não são investidos, para obter vantagens para si ou para outrem, de forma egoísta, destruidora e degradante, deixando a população esquecida, faltando o básico dos direitos sociais em diversos locais do país.

É nesse contexto que a corrupção afeta a sociedade, devendo ser combatida de forma legal para que a população possa ver retornos de seus altos impostos e poder utilizar seus direitos sociais, considerados fundamentais, com dignidade, conforme abarca nossa Constituição Federal de 1988, sendo que muito depende da Administração Pública a concretização dos Direitos Fundamentais, como educação, trabalho, saúde, alimentação, lazer, segurança pública, habitação, etc., direitos esses que são essenciais para a sobrevivência humana, levando em consideração a dignidade da pessoa humana que todos merecem e tem direito.

A corrupção na administração pública brasileira

“De tanto ver triunfar as nulidades, de tanto ver prosperar a desonra, de tanto ver crescer a injustiça, de tanto ver agigantarem-se os poderes nas mãos dos maus, o homem chega a desanimar da virtude, a rir-se da honra, a ter vergonha de ser honesto.” (Rui Barbosa).

Entende-se a corrupção como sinônimo de destruição ou degradação. Algo que tem ocorrido por muito tempo não só no Brasil, mas também em vários outros países do mundo. Fatores e ações considerados e tratados de forma escancarada e com grande desprezo de forma que todos brasileiros podem ter consciência da triste realidade, além das inúmeras perdas a que toda a sociedade está submetida.

Conforme destaca Ferreira (2003):

O enriquecimento ilícito obtido por meio do abuso da função pública constitui a essência da corrupção. A corrupção representa, em termos gerais, uma relação socialmente pa-

tológica entre duas fontes de poder: o poder econômico e o poder político. Mediante tal relação, aqueles que detêm um de tais poderes, o transacionam em troca do outro. Assim, em uma relação corrupta, o poder do dinheiro busca influir sobre a função pública em benefício próprio e, inversamente, aqueles que exercem esta última a distorcem para favorecer aqueles que lhes proporcionam rendimentos econômicos.

Toda a corrupção é fruto da ganância e da imoralidade entre as relações sociais. Por isso, tais ações enquadradas como uma corrupção sempre vêm para demonstrar a total falta de rumo social entre todos os valores econômicos e políticos envolvidos.

Na origem grega, conforme dispõe Starling (2008, p. 259) referentemente à conceituação de corrupção:

A palavra corrupção aponta para dois movimentos: algo que se quebra em um vínculo; algo que se degrada no momento dessa ruptura. As consequências são consideráveis. De um lado, quebra-se o princípio da confiança, o elo que permite o cidadão associar-se para intervir 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.

No âmbito da administração pública, a corrupção está ligada principalmente ao desvio de função realizado pelo agente público, sendo que esse agente se beneficia do bem público ou então o utiliza para outros fins. Deixando a população à mercê, sem receber o que seria de seu direito para que pudesse vir a satisfazer as necessidades básicas necessárias para a sobrevivência de todos os seres humanos. Nesses casos, sendo algumas vezes esquecida a Constituição Federal, a qual nos traz os Direitos Sociais, considerados fundamentais, que deveriam ser devidamente aplicados.

Com o mínimo de dignidade para o ser humano, e com o desvio das verbas públicas para outros fins, fica a população à espera de melhores escolas, hospitais, emprego, segurança

adequada, entre outros direitos que ficam a desejar devido à corrupção.

Os cidadãos brasileiros são afetados diretamente em seu bem-estar quando a corrupção diminui os investimentos públicos na saúde, na educação, segurança, habitação, direitos essenciais à vida, ferindo a Constituição Federal ao ampliar a exclusão social e a desigualdade econômica.

São desviados recursos dos orçamentos públicos da União, estados e municípios que seriam destinados para aplicação benéfica para a sociedade, como em hospitais, escolas, programas sociais, transportes e lazer, para uso pessoal dos agentes, sem pensar na sociedade. A população acaba ficando de lado, esquecida, enquanto os interesses particulares prevalecem.

Resta claro para grande parte da população brasileira sobre as altas quantias que são desviadas diariamente nos três níveis (municipal, estadual e federal) da Administração Pública, por meio de práticas corruptas, como simular dados, documentos ditos para realizar serviços que nunca foram realizados, relações pessoais, subornos, entre outros diversos meios, não é por menos que esta pode ser considerada uma das maiores causas da pobreza, miséria e falta de emprego que se alastram pelo Brasil, com efeitos extremamente danosos.

Importante salientar que a corrupção não se encontra nos partidos. A corrupção alastrou-se por toda a política do país, independentemente de partido ou cidadão representante político do povo, pois se fundamenta em atitudes humanas sem valores morais, que afetam a toda a população brasileira e que necessita ser combatida de forma urgente e preventiva. O combate à corrupção busca impedir a consumação de atos ímprobos. Sempre de forma repressiva, visando à punição dos corruptos e buscando recuperar o prejuízo causado, além da promoção, que tem a finalidade de estimular mudanças, valorizando a ética e a moral do cidadão.

Assim, todas as formas de banir a corrupção no país têm sempre o objetivo maior de conceituar e pôr em prática todo o grau de moralidade e transparência, seja na Administração Pública, seja fora dela.

Sendo assim, é importante ter conhecimento da problemática da corrupção em si, para então criar mecanismos de combate e prevenção para tal problema.

Conforme pontua Carvalho, verifica-se que a vítima da corrupção é toda a sociedade que está sendo lesada em seus direitos:

Com efeito, a corrupção tem três características que a diferenciam dos demais ilícitos e dificultam a utilização de técnicas convencionais de repressão. Em primeiro lugar, a corrupção é invisível e secreta: trata-se de um acordo entre o corrupto e o corruptor, cuja ocorrência, em regra, não chega ao conhecimento de terceiros. Além disso, a corrupção não costuma deixar rastros: o crime pode ser praticado mediante inúmeras condutas cuja identificação é difícil, e, ainda que provada uma transação financeira, é ainda necessário demonstrar que o pagamento tinha realmente por objetivo um suborno. Por fim, a corrupção é um crime sem vítima individualmente determinada – a vítima é a sociedade -, o que dificulta sua comunicação às autoridades, já que não há um lesado direto que se sinta obrigado a tanto.¹

De fato, a corrupção age de forma silenciosa, invisível e secreta, o que torna mais difícil a investigação, demora a ser descoberta, e por isso, acaba por causar danos extremos na sociedade, pois quando descoberta é quando já se sente e percebe-se na saúde, na educação, na falta de emprego, tomando proporções aparentes e gravosas, capazes de afetar a sociedade.

Violações da corrupção nos Direitos Sociais

A Constituição Federal de 1988 traz como direitos fundamentais os Direitos Sociais, relacionados com o princípio da dignidade da pessoa humana, solidariedade e igualdade, tendo como objetivo atingir a justiça social, tendo como primórdio a

¹ CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. Legislação anticorrupção no mundo: análise comparativa entre a lei anticorrupção brasileira, o Foreign Corrupt Practices Act norte-americano e o Bribery Act do Reino Unido. Lei Anticorrupção. In: SOUZA, J. M.; QUEIROZ, R. P. (Orgs.) Salvador: JusPODIVM. 2015, p. 39.

educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados.

Conforme afirma Comparato (2010) sobre os direitos sociais: “Se realizam pela execução de políticas públicas, destinadas a garantir amparo e proteção social aos mais fracos e mais pobres; ou seja, aqueles que não dispõem de recursos próprios para viver dignamente”.

Para que se concretizem na prática os Direitos Sociais, é necessária a intermediação dos entes estatais considerando que a pessoa precisa de condições mínimas de subsistência, devendo ser de aplicabilidade imediata, considerando tratar-se de Direitos Fundamentais.

Importante ressaltar que a Constituição Federal de 1988 tem como objetivos fundamentais erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e regionais; no entanto, essas metas serão alcançadas somente com o avanço dos Direitos Sociais.

Afirma Jorge Miranda (2000) que os Direitos Sociais objetivam: “Promover o aumento do bem-estar social e económico e da qualidade de vida das pessoas, em especial, das mais desfavorecidas, de operar as necessárias correções das desigualdades na distribuição da riqueza e do rendimento (...)”.

No entanto, é necessário que os Direitos Sociais estejam à disposição da população para que esta possa usufruir deles com qualidade, com o investimento adequado das verbas públicas para esses fins, sem o desvio das verbas públicas para fins desconhecidos da sociedade.

A corrupção está ligada diretamente à violação dos Direitos Sociais, uma vez que o agente público, ao participar ou permitir que ocorram esquemas fraudulentos para desvios de recursos públicos que deveriam ser investidos em prol da sociedade – em relação a educação, segurança pública, saúde, emprego, alimentação, vida –, está violando os direitos sociais.

Dessa forma, toda forma de corrupção afasta dos cidadãos todo e qualquer direito a viver dignamente, usufruindo do

que deveria estar à disposição de toda a sociedade como um bem comum.

Sendo assim, os direitos fundamentais são sempre invioláveis, pois não podem ser jamais desrespeitados por qualquer autoridade ou lei infraconstitucional.

Trata-se, nesse caso, especificadamente de todos os Direitos Sociais, que têm como característica a universalidade, sendo que devem ser aplicados a todo ser humano, com observância do princípio da isonomia.

Entende-se que, quando se trata de Direitos Fundamentais, os Estados têm três níveis de obrigações: obrigação de respeito; obrigação de proteção; obrigação de garantia.

Sendo assim, toda obrigação de respeito que venha do Estado inclui abster-se de tomar atitudes que privem o cidadão de gozar seus direitos. Já a obrigação de proteção ao cidadão diz respeito à prevenção de violações de terceiros nos direitos do indivíduo. E por fim, a obrigação de garantia entende que o Estado deve fazer proteção dos direitos, satisfazendo as necessidades básicas da população.

No entanto, o Estado, muitas vezes, falha, pois não consegue garantir totalmente os direitos básicos aos cidadãos, tais como respeito, proteção, garantia dos direitos sociais quando há desvios de recursos e finalidades, deixando dessa forma a sociedade sem o amparo legal esperado, constante na Constituição Federal.

Diante desse entendimento, é possível comprovar que todo ato de corrupção causa violações aos direitos sociais, e não se pode jamais esquecer o agente público causador ou mediador de tal ato, afinal, todo ser humano tem direito a viver de forma digna.

Portanto, sabe-se que é dever do governo do Brasil respeitar, proteger e garantir as necessidades de seu povo, pela expressão de poder e sujeito de direito.

Um dos direitos sociais inerentes à população que, como outros, estão englobados no que se refere à dignidade da pessoa humana, é a saúde. São de conhecimento público as péssimas

condições dos hospitais públicos, a pouca mão de obra qualificada, médicos mal pagos, falta de equipamentos adequados e escassez de medicamentos básicos, além de outros fatores de risco à saúde dos brasileiros, por exemplo.

Por muitas vezes, os pacientes passam meses à espera de atendimento, adoentados, em filas enormes, não se esquecendo daqueles que se acomodam no chão dos corredores dos hospitais no aguardo de um leito, o que por vezes, não poucas, leva à morte do paciente, que esperava por um atendimento público, o que leva à violação de outro direito fundamental: a vida.

Se fossem os investimentos de forma correta utilizados, onde as verbas públicas atingissem seus objetivos, sem desvio de finalidade, e se utilizando de bom senso por parte dos governantes, muito poderia se esperar da saúde pública.

Outro importantíssimo direito social que todos temos à disposição conforme a Constituição Federal é a educação.

O Brasil passa por diversos problemas em seu sistema de ensino público, tais como faltam professores e profissionais qualificados, professores com salários baixíssimos, alunos desmotivados e com fome pela falta de merenda escolar adequada, estrutura precária nas escolas, falta de transporte escolar adequado, segurança, entre outros problemas que apenas reforçam a falta de bom senso e bons investimentos de prioridades por parte dos governantes.

Conforme cita, sobre esse aspecto, o pesquisador Clóvis de Melo (2010), da Universidade Federal de Pernambuco:

Nos municípios em que a corrupção foi detectada, a estrutura educacional apresentava índices de precariedade superiores aos dos municípios sem corrupção: menor número de bibliotecas, de equipamentos pedagógicos, de dependências administrativas e de estruturas de apoio, além de turmas maiores e maior contingente de professores menos qualificados e com menor remuneração [...] Em suma, os alunos dos municípios com corrupção passam a contar com menor quantidade de insumos educacionais, o que resulta em deficiência de aprendizagem.

Temos, também, como direito social, o trabalho, outro importante direito, que vem para garantir e oferecer o mínimo de dignidade ao trabalhador e sua família. No entanto, muitas empresas não estão conseguindo manter seus funcionários. Devido aos altos impostos e altos custos de vida nos dias atuais, muito trabalhadores estão sendo demitidos, ficando, assim, grande parte da população sem mais um direito importante, o direito ao trabalho.

Conforme afirma Tiago Cabral Barreira, pesquisador em economia do trabalho do IBRE/FGV: "Na nossa avaliação, a Pnad Contínua fecha este ano próxima de 9% e chega aos dois dígitos no primeiro trimestre de 2016, quando haverá o fim das contratações de trabalhadores temporários e uma continuidade das demissões".

Com uma elevada taxa de desemprego, aumenta-se a taxa de criminalidade e há conseqüentemente avanço na sensação de insegurança, o que, por sua vez, torna-se cabível tratar como mais um direito da população brasileira: a segurança pública.

Ao que se refere a tal tema, existe a constatação de que se faz necessário, na luta por segurança e mais qualidade de vida, não somente mais policiamento, mas também novos gestores dessa segurança: mais delegados, promotores, juízes e policiamento em geral quando se considerarem as elevadas taxas de criminalidade.

Dessa forma, esses itens citados acima são apenas alguns dos direitos fundamentais lesionados devido à corrupção generalizada em algumas esferas da política brasileira.

Nesse sentido, conforme aborda Clóvis Goczevski (2011):

Os Direitos Humanos e os Direitos Fundamentais dos cidadãos são profundamente afetados pelos atos de corrupção e, evidentemente, os indivíduos mais necessitados serão os mais atingidos, na medida em que hospitais reduzem o atendimento, escolas reduzem vagas, assistência social reduz pessoa e investimentos, programas sociais são abandonados, tudo porque os recursos foram ilicitamente desviados para atender interesses vis de alguns.

Possivelmente muita coisa se resolveria se alguns governantes tivessem como prioridade o bom senso, a ética e bons valores na hora de gerir patrimônio público, priorizando sempre as demandas mais urgentes e necessárias de acordo com cada contexto social.

Conforme acredita o filósofo Mário Sergio Cortella (2003) a respeito do tema:

Ética não é cosmética! É «reflexão prévia» que dá sustentação à resposta pessoal e livre para as três grandes questões que devem anteceder qualquer ação: Quero? Devo? Posso? Há coisas que quero mas, não devo; outras, devo, mas não posso; outras ainda, posso, mas não quero. A decência está na escolha e no resultado. Por isso, por exemplo, não é a ocasião que faz o ladrão; esta apenas o revela, dado que a decisão de ser ladrão ou não, é anterior à decisão.

Ainda nesse sentido, aborda Goczevski (2014, p. 78):

Para quem governa sem a ética intenção de fazer o bem coletivo, mas apenas de defender meros interesses privados, a omissão popular é providencial, já que, quando não há cobranças ou participação/fiscalização, os administradores atuam a seu bel-prazer, enquanto os administrados assistem a tudo de forma apática. Isso acaba por fortalecer o caráter assistencialista dos governos, de modo que enquanto todos tiverem "pão e circo", ninguém irá cobrar mais nada. Porém, esta concepção, de mera participação passiva, como dita, enfraquece a democracia e fortalece o surgimento das patologias corruptivas.

Salienta-se, portanto, que lamentavelmente a classe política é uma das poucas que não conta com um código de ética, como tantas outras classes profissionais, pois a realidade dos fatos da história política demonstra que seria necessário que houvesse tal código, a fim de normatizar e criar um eixo único de posicionamento diante de fatos e necessidades sociais, sempre preocupados em promover o bem comum da melhor forma possível.

Temos, para tanto, a Lei de Responsabilidade Fiscal, que foi criada com o fim de limitar os gastos dos estados e municípios, objetivando criar determinado equilíbrio orçamentário,

financeiro e fiscal. Tal lei busca mais transparência nos gastos públicos, o que é de enorme importância para o combate à corrupção.

Estratégias de combate à corrupção por meio da ativa participação popular e cidadania

Qualquer indivíduo tem capacidade de participar das atividades do governo, além da eleição popular, sem ter necessariamente requisitos ou condições especiais. Porém, muitas vezes, o cidadão não vota no candidato que pode estar mais preparado e capacitado para representá-lo, sendo muitas vezes eleitos artistas, jogadores de futebol, figuras públicas, etc.

Conforme aborda o professor e doutor em direito Clóvis Gorczewski (2014) sobre o tema: “Os cidadãos não votam no dirigente preparado e sim no mais carismático ou naquele que apresentar um slogan mais sugestivo”.

E continua a fazer importante afirmação a respeito:

Evidentemente o povo, os cidadãos também não estão livres de culpa [...] deixam-se convencer pelo líder carismático, por aquele que os meios de comunicação apoiam, por aqueles que ao insistir maciçamente acabam os convencendo.

Sendo assim, a sociedade tem importante papel para o combate à corrupção: o voto. No entanto, muitas vezes a população se omite para a política, limitando sua participação política somente a exercer tal direito nas eleições, deixando assim que a corrupção aumente cada dia mais, sem questionar, inteirar-se de forma clara e correta dos fatos e sem cobrar seus direitos de forma íntegra e dentro da lei.

Nesse sentido, Rogério Gesta Leal (2008, p. 193) aborda:

Inegavelmente, o que se percebe é que o cidadão tem, cada vez mais, limitado a sua atuação cívica ao exercício

do voto e tal fato debruça-se sobre a justificativa de que os indivíduos se contentam com esse espaço de ação social que lhe é dado, ou seja, não refletem sobre seu imprescindível papel dentro da sociedade e minimizam a sua própria atuação política, abrindo margem para a ocorrência de atos corruptivos.

Contudo, Gorczewski (2014) afirma que o povo, os cidadãos de forma ampla, deve ser participativo na vida pública, devendo se comprometer via participação ativa na vida política do seu país:

[...] É pelo fato de os indivíduos viverem em sociedade com interação diária, que todos, em maior ou menor grau, de forma direta ou indireta, sofrerão as consequências de qualquer decisão política. O indivíduo influencia na sociedade pelo simples fato de pertencer a ela, pelo simples fato de ocupar um espaço físico, mesmo sem manifestação, sem ser visto ou ouvido. É por essa razão, lógica, racional e moral, porque todos sofrerão as consequências de qualquer ato, que justifica que todos devam participar na tomada da decisão.

Sendo assim, para lutar contra a corrupção, devem existir disposição e vontade política por parte de todos, seja por parte dos políticos, seja por parte da sociedade em geral.

Nesse sentido, Franco (2005, p. 290) afirma: “No puede haber estado democrático, sin que exista una verdadera libertad de acción y expresión de parte del ciudadano”.

Pode-se, portanto, afirmar que, sem a participação popular, com a omissão da sociedade, é visivelmente favorável para os políticos quando seja corrupto, agirem para benefícios próprios, sem tomar decisões em prol da sociedade, deixando assim de atender interesses da coletividade.

Os indivíduos da sociedade precisam ter a noção e consciência de que por meio de suas atitudes é que começarão a haver mudanças em relação aos atos corruptivos e corruptos. É exercendo a cidadania e a participação popular que a corrupção terá proporções menores, e a sociedade será menos afetada em seus direitos, tendo devido acesso aos seus direitos sociais, como educação, saúde, trabalho.

A participação do cidadão na política, buscando compreender, ter conhecimento, cobrando dos governantes seus direitos, o faz ter a noção de que, assim como os políticos, a sociedade também é responsável pela coisa pública, por uma política justa e pela busca de seus direitos.

Nesse sentido, asseveram Custódio e Manarim (2011, p. 17):

O direito-dever de participação e a concretização do real significado de cidadania ativa implicam em uma participação efetiva e costumeira por parte de todos os cidadãos, que devem se conscientizar e se organizar com o objetivo de encontrar melhores soluções para os problemas sociais e, principalmente, para a corrupção, por se tratar de um dos mais devastadores problemas da atualidade.

Ainda, seguindo essa linha de raciocínio, Borba e Reis (2011, p. 70) preconizam que:

A população deve superar seu caráter historicamente apático para, então, contextualizar uma nova concepção democrática para a cidadania, onde seja concretizada a participação ativa dos cidadãos na gestão política com o intuito de tornar melhor a sociedade em que vivem e, ainda, de resgatar a confiança depositada nos governantes.

E, ainda, importante ressaltar que Rogério Gesta Leal (2008, p. 193) afirma:

Inegavelmente, o que se percebe é que o cidadão tem, cada vez mais, limitado a sua atuação cívica ao exercício do voto e tal fato debruça-se sobre a justificativa de que os indivíduos se contentam com esse espaço de ação social que lhe é dado, ou seja, não refletem sobre seu imprescindível papel dentro da sociedade e minimizam a sua própria atuação política, abrindo margem para a ocorrência de atos corruptivos.

Sabe-se que não há solução fácil ou alguma forma mágica para resolver a corrupção, pelo fato de ser silenciosa e também pelas grandes proporções que vem atingindo em todas as esferas no nosso país. Sendo assim, seria muita ingenuidade acreditar que rapidamente todo o problema da corrupção seria resolvido, assim como suas consequências.

Nesse sentido, Rogério Gesta Leal (2008) pondera: “Fenômenos multifacetais como a corrupção não podem ser tratados como passíveis de soluções mágicas, imediatas e mi-diáticas”.

Conforme afirma Nuria Beloso Martin (2005):

Importante frisar que, para tornar pleno o direito-dever de participação na vida política da comunidade, é amplamente necessário que o cidadão utilize as ferramentas que estão dispostas na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, pois, mediante essa prática, os indivíduos irão se sentir ativos e, ainda, responsáveis pelas mudanças sociais e decisões públicas.

O cidadão tem, portanto, o poder de denúncia – direito garantido a qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato, com respaldo no artigo 74, parágrafo 2º, da Constituição Federal de 1988. Sendo assim, o cidadão deve estar atendo ao cumprimento dos objetivos das políticas públicas, e, no caso de ser observada alguma irregularidade, tem o direito e dever de denunciar.

Para o recebimento da denúncia, existem diversos órgão que podem ser contatados, como a Controladoria-Geral da União, o Tribunal de Contas da União, o Ministério Público Federal, a Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão, a Ouvidoria-Geral da União.

A Controladoria-Geral da União recebe denúncias referentes ao patrimônio público e também ao controle de aplicação dos recursos públicos federais. A denúncia pode ser enviada por correspondência ou pelo preenchimento e envio de formulário disponível no site da CGU.

O Tribunal de Contas da União fiscaliza atos referentes à utilização de recursos públicos federais – a denúncia pode ser formal, ou por reclamação via ouvidoria ou correspondência.

O Ministério Público Federal recebe e investiga as denúncias de desvios de dinheiro público e também denuncia os envolvidos à Justiça, para o devido julgamento e punição, enquanto a Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão recebe denúncias relacionadas aos Direitos Humanos.

A Ouvidoria-Geral da União deve ouvir o cidadão e suas entidades representativas sobre suas queixas, reclamações, elogios e sugestões referentes aos serviços prestados pelos órgãos que integram o serviço público federal. Atua como mediadora entre o cidadão e os órgãos.

Sendo assim, a sociedade não tem o devido conhecimento da importância de sua atuação na vida política. Por vezes falta informação de onde o indivíduo pode reclamar ou fazer a denúncia. Sendo assim, torna-se necessário que o conceito de cidadania seja revitalizado e que se torne ativo, permitindo que se incentive a participação dos cidadãos nas decisões estatais.

Nesse sentido, além de contribuir, prevenir e ajudar a combater a corrupção, a sociedade irá se sentir mais valorizada, e conseqüentemente irá se interessar pelo assunto política, cobrando dos políticos que invistam e façam seu trabalho com honradez.

Conclusão

A proposta inicial deste trabalho foi analisar as consequências geradas pela corrupção pública nos direitos sociais dos cidadãos, já tão desacreditados em uma política honesta e eficaz, e por fim, buscar possíveis formas de combate à corrupção por meio da participação popular e do exercício da cidadania.

Na presente pesquisa, teve-se como foco principal os direitos sociais, também considerados fundamentais para o cidadão; no entanto, não poucas vezes tem deixado uma lacuna para a sociedade, que muitas vezes não é correspondida de forma adequada pelo Estado, já que algumas vezes as verbas públicas são utilizadas para outras finalidades que não as do interesse coletivo e em conformidade com as demandas sociais e contextuais.

Os atos de corrupção, por intermédio de agentes corruptos, impedem que o Estado atenda às demandas sociais da população. Sendo assim, o povo fica em segundo plano e sem saber a quem recorrer, já que seus direitos algumas vezes

são corrompidos pelo próprio Estado, que deveria ser o maior protetor dos direitos do cidadão, assegurando devidamente os direitos da Constituição Federal, de forma justa, honesta e permitindo que o cidadão tenha uma vida digna.

Ao longo da História, o brasileiro conquistou diversos direitos, entre eles os Direitos Sociais. No entanto, o cidadão tem, também, deveres perante a sociedade em que vive, e entre esses deveres estão a participação social e política, havendo nesse aspecto a necessidade da participação popular e de efetivo exercício da cidadania, indivíduos preocupados, que buscam conhecimentos acerca da política e que cobram de forma eficaz seus governantes eleitos.

É de extrema necessidade que a população volte a resgatar o interesse e a efetiva participação na vida política, tendo sua vontade acolhida e respeitada nas decisões públicas, sem nunca deixar de cobrar os governantes para que observem os direitos coletivos, fazendo com que esses direitos sejam cumpridos de forma justa e digna e que o cidadão seja amparado como merece.

Nesse sentido, e por fim, o que se buscou com este trabalho é demonstrar a importância de o cidadão jamais desistir de ser participativo e interessado na vida política, exercer efetivamente a cidadania, ir além do voto, que se trata de um direito, antes de ser um dever cívico e político de todos.

Referências

BARREIRA, Tiago Cabral. **RHLOGSP.BLOGSPOT.com.br**

BRASIL. **Constituição da República Federativa Brasileira**. 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso: em 18 mar. 2016.

CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. **Legislação anticorrupção no mundo: análise comparativa entre a lei anticorrupção brasileira, o Foreign Corrupt Practices Act norte-americano e o Bribery Act do Reino Unido. Lei Anticorrupção**. In: SOUZA, J. M.; QUEIROZ, R. P. (Orgs.) Salvador: Jus PODIVM. 2015.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos Humanos**. 7ª Ed. Rev. E ATUAL. – São Paulo: Saraiva, 2010.

CORTELLA, Mário Sergio. > <http://diariodesantamaria.clicrbs.com.br/rs/cultura-e-lazer/noticia/2015/03/entenda-por-que-a-corrupcao-esta-em-nosso-dna-4723208.html>

CUSTÓDIO, A. V.; MANARIM, M. S. **Fundamentos para a compreensão dos novos movimentos sociais no Brasil contemporâneo**. In: REIS, J. R. dos; LEAL, R. G. (Org.). **Direitos sociais & políticas públicas: desafios contemporâneos**. Tomo 11. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2011.

FERREIRO, Alejandro. **Corrupción, Transparencia y Democracia: Reflexiones pertinentes a la hora actual**. Informe n° 288. asuntospublicos.org, 2003.

FILGUEIRAS, Fernando. **Marcos teóricos da corrupção**. In: AVRITZER L; et. al. (Org.) **Corrupção: ensaios e críticas**. Belo horizonte: UFMG, 2012.

FRANCO, Enrique Rojas. **Participación ciudadana en el derecho administrativo costarricense**. In: LEAL, R. G. (Org.). **Administração pública e participação social na América Latina**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2005.

GORCZEVSKI, Clóvis. Borba e Reis (2011, p. 70) --> BORBA, E. J. H. de; REIS, J. R. **Democracia cooperativa eletrônica: novas perspectivas para a aquisição de um espaço público não estatal**.

A corrupção como fator inibidor da concretização dos direitos sociais e possíveis formas de prevenção e combate por meio da ativa participação popular e exercício da cidadania

In: REIS, J. R. dos GORCZEVSKI, C. (Org.). **Constitucionalismo contemporâneo: desafios modernos**. Curitiba: Multideia, 2011.

_____. **Cidadania ativa e virtude cívica para o combate as patologias corruptivas**. In: COSTA, M. M. M. de A; LEAL, M. C. H. (Org.) **Direitos sociais & políticas públicas: Desafios contemporâneos**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2014. 19

LEAL, Rogério Gesta. **A administração pública compartilhada no Brasil e na Itália: reflexões preliminares**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2008.

_____. **Poder local e participação social: uma difícil equação?** In: COSTA, M. M. M. da; LEAL, M. C. H. (Org.). **Direitos sociais & políticas públicas: desafios contemporâneos**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2012.

MARTIN, Nuria Belloso. **Os novos desafios da cidadania**. Tradução de Clovis Gorczewski. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2005.

MELO, Clóvis Alberto Vieira de. **Corrupção e Políticas Públicas: Uma análise empírica dos municípios brasileiros**. Repositório. UFPE. BR/HADLE/123456789/1517. Data: 2010.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. TOMO. IV, 3ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

A CORRUPÇÃO COMO FENÔMENO MUNDIAL: BREVES APONTAMENTOS ACERCA DA CORRUPÇÃO E DAS CONVENÇÕES INTERNACIONAIS QUE ENSEJARAM A EDIÇÃO DA LEI FEDERAL N.º 12. 846/2013 – LEI ANTICORRUPÇÃO BRASILEIRA*

BRUNA HENRIQUE HÜBNER**
CARLA LUANA DA SILVA***

* Linha 1: Tutelas à Efetivação de Direitos Públicos Incondicionados – Patologias Corruptivas e interesses públicos indisponíveis.

** Graduanda do Curso de Direito na Universidade de Santa Cruz do Sul. Bolsista de iniciação científica CNPq, do Grupo de Pesquisa Estado, Administração Pública e Sociedade, coordenado pelo Prof. Dr. Rogério Gesta Leal, atuando na linha de pesquisa “Patologias Corruptivas”, do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da UNISC. E-mail: bruna.hubner@outlook.com

*** Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), com bolsa PROSUP/CAPES, modalidade Taxa, na linha de pesquisa Constitucionalismo Contemporâneo. Integrante do Grupo de Pesquisa “Estado, Administração Pública e Sociedade”, coordenado pelo Prof. Dr. Rogério Gesta Leal, na linha de Patologias Corruptivas, vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da UNISC. E-mail: carlaluanschulz@hotmail.com

Resumo

No presente trabalho, buscou-se analisar como a crescente e elevada preocupação internacional sobre o fenômeno da corrupção resultou em medidas de controle no plano nacional, voltando-se para a criação da Lei n.º 12.846/2013. Para isso, analisou-se, de forma breve, a corrupção desde seu conceito, características e efeitos até a consequente preocupação internacional em torno do tema. Na sequência buscaram-se os diplomas internacionais (Convenção Interamericana Contra a Corrupção, Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção e Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE) de combate à corrupção, explanando sobre seus reflexos na edição da Lei n.º 12.846/2013 – Lei Anticorrupção Brasileira. Por fim, voltam-se a observar os motivos e contextos ensejadores da criação da referida lei, que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil das pessoas jurídicas.

Palavras-chave: Convenções Internacionais; Corrupção; Lei Anticorrupção.

Abstract

In the present study sought to analyze how the high and growing international concern about the phenomenon of corruption resulted in control measures at the national level, turning to the creation of the law 12,846/2013. For this, we analyzed briefly corruption since its concept, characteristics, effects until the ensuing international concern around the theme. In response to the international diplomas (inter-American Convention against corruption, the United Nations Convention against corruption and the Convention on the fight against corruption of foreign public officials in International Business Transactions of the Organization for economic cooperation and Development-OECD) anti-corruption scientific paper expounding on his reflexes in law No. 2013-Anti-corruption Law 12,846/Brazilian. Finally, he turns to look at the reasons and contexts of creation occasion of the Act, which provides for the administrative and civil liability of legal persons.

Keywords: International Conventions; Corruption; Anti-corruption Law.

Considerações iniciais

Tendo o reconhecimento de que a corrupção ultrapassa as fronteiras do plano nacional de cada país, surge uma crescente preocupação no âmbito internacional a respeito do tema, principalmente com o fenômeno da globalização. Nesse contexto se terá que a corrupção, mesmo não tendo como se conceituá-la de forma delimitada, consegue atingir a sociedade de tantas maneiras que seus efeitos se tornam suficientes para considerá-la um grande entrave.

Em resposta global a esse problema, vê-se o surgimento de inúmeras convenções e acordos internacionais a respeito do tema. Esses, por sua vez, teriam o objetivo de fomentar medidas diretas na legislação de cada país signatário no sentido de observarem as determinações ali pactuadas. Por esse exposto é que se busca analisar, no presente estudo, como essa elevada preocupação resultou em medidas de controle no Brasil, voltando-se diretamente para a criação da Lei 12.846/2013.

A Lei n.º 12.846, de 2013 (Lei Anticorrupção ou Lei da Empresa Limpa), que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil das pessoas jurídicas contra atos de corrupção, servirá como resposta da implementação de mecanismos na inibição de práticas corruptivas. Para chegar a essas análises e testar a veracidade das afirmações, discorre-se, de forma breve, sobre a corrupção desde seu conceito, características e efeitos até a consequente preocupação internacional em torno do tema, que terá como principal expoente a globalização.

Na sequência, para fazer essas ligações, buscam-se os diplomas internacionais existentes acerca do tema dos quais o Brasil é signatário. Explana-se, de forma estratégica, sobre a Convenção Interamericana Contra a Corrupção, a Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção e a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), para chegar aos seus reflexos diretos na edição da Lei n.º 12.846/2013.

Por fim, volta-se a observar qual o cuidado que o Brasil vem dispondo acerca do combate à corrupção em seu texto constitucional e no plano infraconstitucional, com motivos e contextos ensejadores da criação da Lei Anticorrupção, foco do presente artigo. Para isso, utiliza-se do método hipotético dedutivo, utilizando a pesquisa bibliográfica em livros como fonte principal, bem como sites de estudos e notícias sobre o tema.

Breves apontamentos da corrupção como fenômeno social e político

Sabe-se que conceituar corrupção não é tarefa simples, nem se almeja tal feito neste trabalho. Recai a dificuldade, basicamente, no fato de a corrupção ter definições em diferentes áreas, como no direito, na política, na própria opinião pública, na imprensa, etc. (MARINELA; PAIVA; RAMALHO, 2015).

Segundo o Ministério Público Federal (www.combateacorrupcao.mpf.mp.br), principal ator de combate à corrupção no Brasil, a palavra corrupção veio do latim *corruptio*, dando a ideia de corromper, que nesse sentido significa decomposição, putrefação, desmoralização, suborno. Costódio Filho (2014, p. 11, grifos originais) fala que “grosso modo, ‘corromper’ é influenciar a conduta de alguém por meio da oferta de vantagem ou recompensa com vistas a obter desse sujeito dada prestação indevida, de interesse do próprio agente corruptor ou de terceiro”.

Historicamente a ideia de corrupção sempre esteve associada à participação do Estado e à atuação criminosa dos agentes públicos ou às condutas descritas nos tipos penais dos crimes contra a Administração Pública (FURTADO, 2015). Atualmente, não há consenso do que viria a ser a definição do conceito de corrupção, pois ela tem se evidenciado como fenômeno de múltiplos fundamentos, o que leva muitos autores a apontar para um caráter multifacetado da corrupção.

A circunstância de que se trata de fenômeno que ultrapassa a dimensão jurídica para alcançar os âmbitos da sociologia,

da política e das relações transnacionais, dentre outros aspectos, impedem a elaboração de um conceito acabado de corrupção. (FURTADO, 2015, p. 27).

Haveria a existência dessa constatação justamente porque se verifica impossibilidade de definição das formas instrumentais de que se revestem os atos corruptivos, dificultando a delimitação do seu âmbito de atuação público ou privado (FURTADO, 2015). Ao encontro disso dispõe Petrelluzzi e Rizek Junior (2014), para os quais essas condutas corruptivas são extremamente complexas, sendo bastante difícil encontrar definição ou conceito que contemple todas as possibilidades que o vocábulo encerra. Nesse sentido é que se fala apenas de “diferentes abordagens desse problema de acordo com fins normativos especificados em conceitos e categorias” (FILGUEIRAS, 2012).

Afirma o Prof. Mellilo Dinis que o conceito de corrupção não é igual em todos os países, culturas, ou mesmo em todas as sociedades. Explica que a corrupção deve ser compreendida mediante uma pluralidade de significados e que falar de corrupção nos países escandinavos, no Reino Unido, na Ásia, nos países africanos ou nos países periféricos da América Latina não tem o mesmo significado, apesar de alguns aspectos isolados aparentarem ser os mesmos. (MARINELA; PAIVA; RAMALHO, 2015, p. 27).

Furtado (2015), para clarificar, aponta características de identificação da corrupção ou do que seria um ato corrupto, que, na sua concepção, permitiria reconhecer sua ocorrência em diferentes âmbitos da sociedade. Começa dizendo que um ato corrupto importa em abuso de posição, transgressão das regras de conduta acerca do exercício de uma função ou cargo; em segundo, um ato corrupto requer a violação de dever previsto em um sistema normativo que sirva de referência; em terceiro, os atos corruptos estão sempre vinculados à expectativa de obtenção de benefício de natureza política, sexual, profissional ou, até mesmo, promessa futura; por quarto, pode ainda ser apontado como característica o fato de a corrupção estar revestida de sigilo – por isso se insurge como medida preventiva a questão da transparência.

Observando essas características, pode-se identificar a corrupção nas diferentes formas de sua manifestação. Manifestando-se das mais variadas formas, não obstante gera efeitos de diversas ordens. A corrupção prejudica as instituições democráticas, freia o desenvolvimento econômico e colabora para a instabilidade política (UNODC, www.unodc.org). Conforme a Transparência Internacional (www.transparency.org), os custos da corrupção podem ser percorridos em quatro categorias principais: político, econômico, social e ambiental.

On the political front, corruption is a major obstacle to democracy and the rule of law. In a democratic system, offices and institutions lose their legitimacy when they're misused for private advantage. This is harmful in established democracies, but even more so in newly emerging ones. It is extremely challenging to develop accountable political leadership in a corrupt climate. **Economically**, corruption depletes national wealth. Corrupt politicians invest scarce public resources in projects that will line their pockets rather than benefit communities, and prioritise high-profile projects such as dams, power plants, pipelines and refineries over less spectacular but more urgent infrastructure projects such as schools, hospitals and roads. Corruption also hinders the development of fair market structures and distorts competition, which in turn deters investment. (TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL, www.transparency.org, grifos originais).

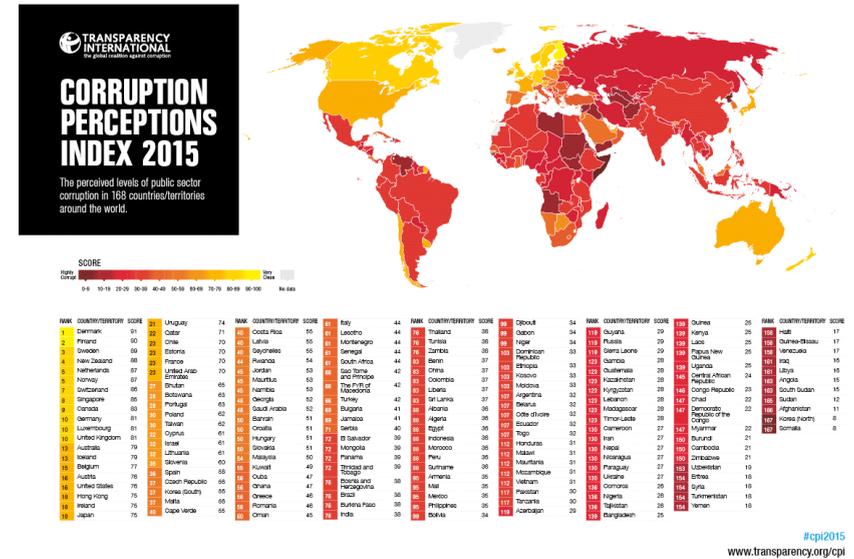
Na esfera política, a corrupção seria um obstáculo para a democracia e o Estado de Direito; na economia, ela acaba por esgotar as riquezas nacionais, dentre outras consequências devastadoras. Já na esfera social, a corrupção gera relevante desconfiança das pessoas, que são diretamente prejudicadas, e no meio ambiental passa por cima da preservação dos sistemas ecológicos e recursos naturais, com suas crescentes explorações desregradadas:

corruption corrodes the social fabric of society. It undermines people's trust in the political system, in its institutions and its leadership. A distrustful or apathetic public can then become yet another hurdle to challenging corruption. **Environmental** degradation is another consequence of corrupt systems. The lack of, or non-enforcement of, environmen-

tal regulations and legislation means that precious natural resources are carelessly exploited, and entire ecological systems are ravaged. From mining, to logging, to carbon offsets, companies across the globe continue to pay bribes in return for unrestricted destruction. (TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL, www.transparency.org, grifos originais).

De qualquer forma, os efeitos gerados pela corrupção representarão a forte preocupação que tem se efetivado em torno do tema. Os países de forma geral têm compartilhado a concepção de que a corrupção deixou de ser um problema local para converter-se em um fenômeno transnacional, trazendo graves problemas e ameaças para a estabilidade e a segurança das sociedades, por ter essa constatação latente em suas realidades.

Tendo o assunto sido incluído na agenda política internacional, no índice de percepção da corrupção realizado pela Transparência Internacional em 2015, considerando 168 países do mundo, latente torna-se essa preocupação. Segundo esse índice (www.transparency.org), o Brasil, em comparação à percepção de 2014, foi quem teve a maior queda, perdendo 5 pontos e descendo 7 posições, para o 76º lugar. Os países que registaram maiores melhorias foram a Áustria, a República Checa, a Jordânia e o Kuwait. Os que registaram descidas mais acentuadas foram o Brasil, a Guatemala e o Lesoto. Nesse sentido, pode-se observar a tabela abaixo, retirada do site da Transparência Internacional:



O índice de percepção da corrupção que permeia sua avaliação na corrupção política e administrativa pontua e classifica os países/territórios com base na percepção da dimensão da corrupção do setor público de um país, sendo composto por uma combinação de pesquisas e avaliações de corrupção recolhidos por várias instituições (www.transparency.org). A pontuação de um país/território indica o nível da percepção sobre a corrupção do setor público em uma escala de 0-100, em que 0 significa que o país é considerado como altamente corrupto e 100 significa que o país é considerado muito íntegro com relação aos outros países.

Nesse contexto, vê-se ampla notoriedade destinada à corrupção. Essa evidência crescente da prática de atos corruptivos tem como um dos grandes meios responsáveis a globalização – “nos últimos tempos, ganhando mais notoriedade em face da difusão e redifusão midiática tradicional (jornais, televisão, rádio, etc.) e, alternativas (blogs, Twitter, Facebook, redes sociais, etc.) [...]” (LEAL, 2013, p. 14).

Segundo Furtado (2015), a globalização da corrupção, desse modo, constitui importante aspecto do tema no sentido de que, a partir dela, as políticas e estratégicas de combate à

corrupção devem necessariamente considerar que as causas e os efeitos da corrupção não se limitam às fronteiras de determinado país.

Nesse sentido, um ponto positivo que se pode obter dessa amplitude de transparência é a existência de mais leis, tratados, convenções, sentenças judiciais e procedimentos administrativos ocupando-se do tema, gerando até mesmo grandes reflexos sobre a opinião pública da massa (LEAL, 2013). Essas políticas e estratégias “requerem a organização dos esforços dos agentes privados, dos Estados e das organizações internacionais dentro de uma perspectiva supranacional” (FURTADO, 2015, p. 44).

Consoante dispõe Furtado (2015), no plano internacional reconhece-se a preocupação de instituições como as Nações Unidas, a Organização dos Estados Americanos ou o Conselho da Europa. Considerando o grau de interligação proporcionado pela globalização, na seara econômica, cultural, política e social, o combate à corrupção exige a união de ânimos, tanto no plano nacional como no internacional, que abarquem todos os atores sociais envolvidos, como sindicatos, organizações empresárias, companhias, organizações não governamentais e governos (MARINELA; PAIVA; RAMALHO, 2015).

Tendo em vista os efeitos devastadores da corrupção, exemplificados no texto abaixo:

talvez a maior ameaça à instituição de um regime democrático de qualidade seja a corrupção, uma vez que esta representa uma indevida apropriação, por um indivíduo ou um pequeno grupo de pessoas, daquilo que deveria servir a toda coletividade. A corrupção impossibilita que o governo responda adequadamente às necessidades da população e faz com que a maioria da população seja excluída dos processos decisórios, que passam a se voltar ao atendimento dos interesses daqueles que estão dispostos a pagar pelos privilégios. Essa indevida apropriação do Estado causada pela corrupção gera inúmeros efeitos, todos deletérios, como o enriquecimento ilícito das empresas e dos funcionários corruptos, o prejuízo ao erário, a violação da lei e da moralidade administrativa, perda da eficiência administrativa em razão da elevação indevida dos custos desses negócios, supressão ou redução de políticas públi-

cas como decorrência do desvio de recursos, aumento da carga tributária para compensar o intencional desperdício. (MARINELA; PAIVA; RAMALHO, 2015, p. 13).

Dessa forma, não é de se estranhar a crescente preocupação dos países, bem como dos órgãos internacionais, com o fenômeno da corrupção, buscando a criação de mecanismos de combate a essa prática. Esse tópico é o que se passa a analisar.

Preocupação transnacional e as convenções decorrentes

Foi a partir da década de 1990 que se verificou grande interesse por parte do plano internacional em combater a corrupção, com progressivo aumento de esforços, tendo em vista o custo econômico, social e político envolvendo alguns países (FURTADO, 2015). Nessa década é que se reverteu o quadro que, até então, desconsiderava a corrupção como fenômeno econômico, pois estudos realizados pelos economistas demonstraram que a corrupção afetava a competitividade da economia global e a eficiência dos investimentos estrangeiros dos organismos internacionais.

Diversos fenômenos verificados no cenário internacional ao longo das duas últimas décadas do século XX levaram a Comunidade Internacional repensar as posturas até então adotadas para enfrentar a corrupção, tema até então tratado como de interesse interno de cada país e incapaz de ser enfrentado no plano internacional ou multilateral. [...]. Os efeitos detectados pelos mais recentes estudos realizados acerca do tema demonstram como a corrupção pode afetar o ambiente social, político e econômico interno de cada país, e que esses efeitos ultrapassam suas fronteiras contaminando suas relações externas. (FURTADO, 2015, p. 382).

Como resultado de profundas preocupações, observando esse cenário, foi crescente nas últimas décadas a celebração de inúmeros acordos de cooperação e convenções internacionais (COSTÓDIO FILHO, 2014). Com esse objetivo, o Brasil já ra-

tificou três tratados internacionais que preveem a cooperação internacional nessa área: a Convenção Interamericana Contra a Corrupção, a Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção e a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE).

No ano de 1996, em Caracas, na Venezuela, os países da Organização dos Estados Americanos (OEA) aprovaram a Convenção Interamericana Contra a Corrupção (CICC). Segundo Petrelluzzi e Rizek Junior (2014), essa, por sua vez, foi a primeira a conter a preocupação com a corrupção sob o viés internacional (embora de plano regional) e a necessidade de promover e facilitar a cooperação entre os Estados para combatê-la. Os propósitos da convenção são:

1. promover e fortalecer o desenvolvimento, por cada um dos Estados Partes, dos mecanismos necessários para prevenir, detectar, punir e erradicar a corrupção; e 2. promover, facilitar e regular a cooperação entre os Estados Partes a fim de assegurar a eficácia das medidas e ações adotadas para prevenir, detectar, punir e erradicar a corrupção no exercício das funções públicas, bem como os atos de corrupção especificamente vinculados a seu exercício. (CICC, <http://www.oas.org>).

Essa convenção procura tipificar atos de corrupção, dispõe de princípios acerca do tema e ainda compreende a implementação de mecanismos contra práticas corruptivas, dentre esses, uma série de disposições para fortalecer a cooperação entre os Estados partes, além da instituição de sistemas de compras governamentais voltados a publicidade, equidade e eficiência, bem como procedimentos de cooperação para extradição, sequestro de bens, dentre outros (PETRELLUZZI, RIZEK JUNIOR, 2014).

A convenção também determina aos Estados partes que criminalizem atos de corrupção de funcionários públicos estrangeiros, e ao mesmo tempo engloba grande elenco de práticas corruptas (PETRELLUZZI, RIZEK JUNIOR, 2014). Essa convenção o Brasil acabou firmando em 1997 e promulgou em 2002.

Em 1997 obtém-se a promulgação, pela Organização para a Cooperação Econômica e o Desenvolvimento (OCDE), da Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em transações Comerciais Internacionais (NASCIMENTO, 2014). Segundo Petrelluzzi e Rizek Junior (2014), a OCDE seria uma organização pública internacional com missão de promover políticas que proporcionam a melhoria das condições econômicas das nações, o bem-estar econômico e social das pessoas. Quanto à convenção, ela dispõe que:

os países signatários deverão criminalizar a conduta de corromper funcionários públicos estrangeiros, e, no campo da responsabilização das pessoas jurídicas, impõe que “cada parte deverá tomar todas as medidas necessárias ao estabelecimento das responsabilidades de pessoas jurídicas pela corrupção de funcionário público estrangeiro, de acordo com seus princípios jurídicos”. (PETRELLUZZI, RIZEK JUNIOR, 2014, p. 25, grifos originais).

Além da responsabilização das pessoas jurídicas, a convenção impõe a manutenção de registros contábeis que dificultem a lavagem de dinheiro e o pagamento de vantagens indevidas a funcionários estrangeiros, bem como autorizou a criação de um Grupo de Trabalho com o intuito de examinar se os Estados partes estariam implementando as determinações da convenção (PETRELLUZZI, RIZEK JUNIOR, 2014). O Brasil firmou-a em 1997 e promulgou-a em 2000.

Agora, como resposta global contra a corrupção, tem-se a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, aprovada pela Assembleia Geral da ONU em 29 de setembro de 2003, na cidade mexicana de Mérida (BOTELHO, 2010). Segundo Petrelluzzi e Rizek Junior (2014), essa convenção dispõe de uma concepção moderna e internacional do que se entende por corrupção. No que diz respeito à prevenção da corrupção, há previsão de que os Estados partes implementem políticas contra a corrupção efetivas, que promovam a participação da sociedade e reflitam os princípios do Estado de Direito, tais como a integridade, a transparência e a accountability (UNODC, www.unodc.org).

Essas convenções serão de suma importância pelo fato de sensibilizar os Estados signatários para que avancem no combate à corrupção, ampliando e aperfeiçoando suas legislações internas (LEAL, 2013). Leal (2013) explica que esses consensos internacionais permitem desenvolver estratégias de ampliar os mecanismos de prevenção da corrupção, cobrindo atos corruptivos que já são tipificados internacionalmente, mas não nos Estados que a elas aderem em seu plano nacional. Essa pressão internacional, juntamente com o contexto e a pressão internos, é que fará o Brasil repensar continuamente sua atuação na redução dessas práticas.

Assim, vindo a atender compromissos internacionais, viu-se no Brasil o surgimento da Lei Federal nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, a chamada Lei Anticorrupção (LAC), ou Lei da Empresa Limpa, surgindo como esforço transnacional por mais transparência na gestão pública e ética nas sociedades.

Contornos da corrupção no Brasil: a edição da lei federal n.º 12.846, De 1º de agosto de 2013, a chamada lei anticorrupção (lac) ou lei da empresa limpa

Todas as Constituições brasileiras, de algum modo e de acordo com seus contextos históricos, trataram da corrupção. Leal (2013) explana que, já na Constituição do Império, de 1824, a corrupção constituiu-se como tema, tornando responsáveis os ministros de Estado por qualquer dissipação dos bens públicos por peita, suborno e concussão. Seguindo, na Constituição de 1891 também já se previa, entre os crimes de responsabilidade do presidente da República, o atentado contra a probidade administrativa, colocando-a como um valor (LEAL, 2013). Essa mesma norma acompanharia a Constituição de 1934, a Constituição Federal de 1937, a de 1946 e a de 1967, que, no mesmo sentido, cuidaram de responsabilizar o chefe do Poder Executivo

por crime quando violasse a probidade administrativa (NASCIMENTO, 2014).

Além desse tratamento na esfera constitucional, soma-se aos poucos sua ampliação na esfera infraconstitucional, trazendo "ora alguns instrumentos de confronto direto à corrupção, ora outros mecanismos/meios de viabilização desse enfrentamento" (LEAL, 2013, p. 106). Nesse sentido, viu-se o surgimento de inúmeras leis, como a Lei n.º 4.717, de 1965 (Lei da Ação Popular) e a Lei n.º 1.079, de 1950 (Lei dos crimes de responsabilidade) (NASCIMENTO, 2014).

Agora, segundo Nascimento (2014), foi em 1988 que realmente se atingiu uma nova configuração quanto ao cuidado com o tema da corrupção. Para além do tratamento infraconstitucional, chega-se ao tratamento constitucional dado pela Constituição de 1988. "A Constituição de 1988, diante da quantidade da complexidade da corrupção, elevou a questão da transparência e da moralidade públicas ao status de direitos essenciais ao próprio Estado" (NASCIMENTO, 2014, p. 60).

Foi em 1988, realmente, que se atingiu uma nova configuração de modelo constitucional brasileiro em torno da ideia central da ética política e da moralidade administrativa. A chamada Constituição cidadã deu aos temas "probidade" e "moralidade administrativa" um destaque inédito. (NASCIMENTO, 2014, p. 86, grifos originais).

Consoante explana Avritzer (2011), foi após a Constituição de 1988 que a democratização brasileira dispôs de um conjunto de novidades para o sistema político do país. Nesse sentido, aumentou a qualidade das práticas políticas, como o número de participantes nas eleições, o funcionamento das estruturas de divisão de poderes e a influência e o controle da sociedade civil sobre esse sistema. No entanto, ao mesmo passo que se observa uma melhoria no funcionamento desse sistema político, o fenômeno da corrupção ainda se coloca como um desafio (AVRITZER, 2011).

Como reforço a esse desafio, veio uma série de matérias infraconstitucionais. Viu-se a aprovação, pelo Brasil, de um "novo conjunto de normas para enfrentar o quadro da proteção,

racionalização e organização da administração pública, defesa da ética, da moralidade pública, das eleições limpas e do combate à corrupção” (NASCIMENTO, 2014, p. 87).

O Brasil ratificou, em 30 de novembro de 2000, a OCDE, assumindo sério compromisso internacional de punir efetivamente os nacionais que subordinassem funcionários públicos estrangeiros, incluindo representantes de organismos internacionais. A OCDE, por sua vez, incidiu na aprovação da Lei n.º 10.467/02, que incluiu alguns artigos no Código Penal e no projeto da Lei n.º 12.846/13. Quanto aos compromissos perante a Convenção da ONU e da OEA, assume-se também, pelo Brasil, o compromisso da necessidade da responsabilização de nacionais, pessoas físicas e jurídicas, por atos de subornos cometidos contra funcionários públicos estrangeiros (CAPANEMA, 2014).

Nesse sentido, a Lei n.º 12.846/13, denominada Lei Anticorrupção ou Lei da Empresa Limpa, vem ajustar o Brasil aos compromissos assumidos internacionalmente. A fim de contextualizar a criação do diploma em comento, é essencial que se faça menção acerca da legislação anticorrupção norte-americana Foreign Corrupt Practices Act (FCPA), que, conjuntamente com a já citada Convenção da OCDE, tem grande influência nas práticas internacionais anticorrupção desenvolvidas. O FCPA foi criado em razão do episódio conhecido como “Escândalo do Watergate”, que levou à renúncia do presidente norte-americano Richard Nixon (MARINELA; PAIVA; RAMALHO, 2015).

Marinela, Paiva e Ramalho (2015) dispõem que esse diploma prevê sanções civis, administrativas e penais no combate à corrupção comercial internacional, tendo como sujeitos ativos as pessoas físicas e jurídicas que cometessem práticas corruptivas nas atividades comerciais desenvolvidas com as administrações públicas estrangeiras. Além disso, permite a aplicação de sanções monetárias altas às pessoas jurídicas que praticam atos corruptivos, no valor de até 20 milhões de dólares por infração individualmente considerada, além de penas de prisão de até 20 anos para as pessoas físicas que, comprovadamente, forem de encontro aos princípios defendidos pelo ato (MARINELA; PAIVA; RAMALHO, 2015).

Contudo, a edição desse diploma trouxe consequências desastrosas à economia norte-americana, deixando as empresas estadunidenses em desvantagem no mercado internacional. Marinela, Paiva e Ramalho (2015) explanam que os Estados Unidos da América foram o primeiro país a criminalizar os atos corruptivos praticados por funcionários públicos estrangeiros. Dessa forma, as empresas passaram a perder competitividade em relação às de outros países, pois países como Inglaterra e França, até o término da década de 90, não puniam o pagamento de propina e o ato de corromper agentes públicos estrangeiros, bem como autorizavam legalmente a dedução fiscal de despesas dessa natureza. Nesse cenário, os EUA pressionaram internacionalmente, até que, em 1997, foi promulgada a Convenção sobre Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, da OCDE (MARINELA; PAIVA; RAMALHO, 2015).

Com um índice relativamente preocupante em relação a esses países, encontra-se o Brasil. O país está, sem sombra de dúvida, inserido em um mar de lama, leia-se corrupção. Em 20 de março de 2016, o jornal O Estado de S. Paulo veiculou reportagem com o seguinte título: “Lava Jato bate recorde de bloqueio em contas na Suíça. Com US\$ 800 milhões congelados, escândalo envolvendo Petrobrás supera dinheiro ligado a ditadores e é 10 vezes maior que caso Fifa”. Observe o gráfico veiculado na referida reportagem do periódico O Estado de S. Paulo:

DINHEIRO SOB SUSPEITA

● Lava Jato é a investigação com maior volume de dinheiro congelado na história da Suíça

CASOS	PAÍS	VALORES (EM MILHÕES DE DÓLARES)
Lava Jato APURA CORRUPÇÃO NA PETROBRÁS	Brasil	800
Ferdinand Marcos DITADOR POR 20 ANOS	Filipinas	650
Sani Abacha DITADOR ACUSADO DE DESVIOS	Nigéria	620
Hosni Mubarak DEPOSTO NA PRIMAVERA ÁRABE	Egito	410
Muamar Kadafi GENERAL QUE COMANDOU TRÍPOLI	Libia	360
Família Salinas CONTAS DE EX-PRESIDENTE	México	114
Fifa CASO ENVOLVENDO 41 DIRIGENTES	Suíça*	80
Zine El Abidine Ben Ali DITADOR ATÉ 2011	Tunísia	60
Mobutu Sese Seko DITADOR DO EX-ZAIRE	Congo	10
Família Duvalier CONTAS DE PAPA E BABY DOC	Haiti	5,7

*Outros

FONTES: MINISTÉRIO PÚBLICO DA SUÍÇA

IBIOGRÁFICO/ESTADÃO

No corpo da reportagem, refletindo o gráfico acima exposto, merece destaque o seguinte trecho:

com mais de mil contas a serem investigadas e o maior volume de dinheiro já bloqueado pelas autoridades locais, o Ministério Público da Suíça criou a maior operação anticorrupção de sua história e uma força-tarefa própria para investigar os crimes ligados à Operação Lava Jato. O esquema de desvios na Petrobrás é o maior escândalo de corrupção já identificado no sistema financeiro do país europeu, superando casos envolvendo ditadores de longa data ou o recente episódio da Fifa. Local de depósito de um terço da fortuna mundial privada, a Suíça tem em seus bancos cerca de US\$ 2,8 trilhões em ativos. Nos escritórios da procuradoria em Lausanne e em Berna, o caso envolvendo a estatal brasileira vem ocupando um espaço considerável. A complexidade das estruturas bancárias montadas para esconder o dinheiro elaborada por empresas e políticos brasileiros fez os suíços darem um tratamento inédito à investigação. (www.estadao.com.br).

Sendo latente a corrupção no país, pode-se entender o contexto e as influências que ensejaram a criação da Lei n.º 12.846/13. O diploma dispõe sobre a responsabilização administrativa e judicial de empresas, fundações, associações e sociedades estrangeiras, por culpa objetiva, possibilitando a

aplicação de graves sanções, como multa administrativa em montante que pode chegar a 60 bilhões de reais, sem prejuízo da total reparação do dano na seara judicial (CAMBI; GUARAGNI; BERTONCINI, 2014). De acordo com a exposição de motivos da Lei 12.846/2013, ela:

tem por objetivo suprir uma lacuna existente no sistema jurídico pátrio no que tange à responsabilização de pessoas jurídicas pela prática de atos ilícitos contra a Administração Pública, em especial, por atos de corrupção e fraude em licitações e contratos administrativos. (EMI N° 00011 2009 – CGU/MJ/AGU, www.planalto.gov.br).

Viu-se que a lei teve por objetivo preencher uma lacuna histórica do marco jurídico brasileiro que até então não existia, concretizando-se como uma legislação específica na punição de pessoas jurídicas por ilícitos. Embora houvesse uma tipificação do crime de corrupção na sistemática penal nacional, Bittencourt (2014, p. 13) ressalta que “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”.

Em síntese, a Lei n.º 12.846/13 representa grande avanço ao prever a responsabilização objetiva, no âmbito civil e administrativo, de empresas que praticam atos lesivos contra a administração pública nacional ou estrangeira. Segundo Nascimento (2014), a LAC representaria uma mudança de paradigma no sentido de reforçar o combate e o controle da corrupção, mudando o rumo da cultura jurídica e empresarial. Em recente Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 5.261, o Supremo Tribunal Federal discutiu acerca da matéria, aduzindo que:

a Lei 12.846/2013 consubstancia instrumento que visa a rechaçar corrupção e preservar o patrimônio público, em cumprimento à Constituição e a compromissos internacionais contraídos pelo Brasil. Encontra fundamento de validade nos princípios constitucionais da probidade administrativa (arts. 5º, LXXIII, e 37, § 4º); da moralidade (art. 37, caput); da razoabilidade e proporcionalidade (art. 5º, LIV); da função social da propriedade (arts. 5º, XXIII, e 170, III) e do regime republicano (art. 5º, caput).

Embora tenha a Lei n.º 12.846/2013 sido veiculada pela imprensa nacional como resposta direta às manifestações do final do primeiro semestre de 2013 no Brasil, para exigir do governo atenção a diversas questões, principalmente as ligadas à corrupção; o Projeto de Lei 6.826, que deu origem a Lei anticorrupção, tramitava no Congresso Nacional desde 2010, tratava de atender à exigência do compromisso internacional assumido com a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE).

O Senado Federal aprovou o texto em 4 de julho de 2013, em votação simbólica, após entrar em regime de urgência sob a fundamentação de que o assunto estava incluso na agenda para atendimento das demandas colocadas nas manifestações públicas. Sancionado em 1º de agosto de 2013, o Projeto de Lei n. 39, de 2013 – n.º 6.826/2010 na Câmara dos Deputados – teve três dos seus dispositivos legais vetados pela Presidenta da República. Para alguns críticos, a aprovação foi precipitada, visto que era imperiosa a alteração de algumas questões de relevância no projeto, para que só então passasse a ser objeto de discussão e análise de constitucionalidade (MARINELA; PAIVA; RAMALHO, 2015).

Expressamente a Exposição de Motivos do anteprojeto da lei – elaborada conjuntamente por representantes da Controladoria Geral da União, do Ministério da Justiça e da Advocacia Geral da União – apontou como principal objetivo da futura lei a necessidade de suprir uma lacuna existente no sistema jurídico pátrio no que tange a responsabilização de pessoas jurídicas pela prática de atos ilícitos contra a Administração Pública, em especial, por atos de corrupção e fraude em licitações e contratos administrativos. Afirma o Parecer que todas as medidas previstas “visam a coibir, a prevenir e a combater a prática de ilícitos e moralizar as relações entre empresas privadas e Administração Pública”. (MARINELA; PAIVA; RAMALHO, 2015, p. 18).

A Lei da Empresa Limpa torna as pessoas jurídicas objetivamente responsáveis por práticas de corrupção com o Poder Público, independentemente do envolvimento, direto ou indireto, das pessoas físicas na prática. Essa responsabilidade é solidária

entre empresas controladoras, controladas e consorciadas, além das terceiras envolvidas nas condutas previstas pelo diploma. Existia em nosso país um emaranhado de leis que, de forma, simultânea, autônoma e dispersa, previam sanções às pessoas jurídicas quando estas praticavam delitos com a Administração Pública. Contudo, não atendiam plenamente os compromissos de punição das pessoas coletivas envolvidas em corrupção pública assumidos pelo Brasil frente à comunidade internacional (CARVALHOSA, 2015).

Temos, assim, que a prática de atos de corrupção em nosso Ordenamento já estabelece sanções legais simultâneas e independentes, com base na Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429 de 1992), na Lei de Licitações, (Lei 8.666, de 1993), nas Leis de Lavagem de Dinheiro (Lei n. 9.613 de 1998 e n. 10.467, de 2002) na Lei de Parceria Público-Privada (Lei n. 11.079, de 2004), na Lei de Filantropia (Lei 12.101, de 2009) na Lei Antitruste (Lei 12.529, de 2011) na Lei do Marco Regulatório do Terceiro Setor (Lei 13.019, de 2014) no Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078, de 1990), na Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar n. 101, de 2000), na Lei Complementar sobre Sigilo das Operações Financeiras (Lei complementar n. 105, de 2000), na Lei do Mercado de Capitais (Leis 4.728, de 1965 e n. 6.385 de 1976). (CARVALHOSA, 2015, p. 32).

De todo o exposto, vê-se que a Lei n.º 12.846/13 foi exatamente a materialização de um mecanismo no plano nacional para a inibição da corrupção, e que na verdade seria não somente um fator que ensejaria sua criação, como uma resposta às manifestações populares, mas sim um aglomerado de fatores, desde as manifestações internas no país até uma pressão internacional decorrente das convenções e acordos firmados pelo Brasil tendo em vista a preocupação com a corrupção e os efeitos latentes que ela gera.

Considerações finais

A corrupção pode ser delineada como um fenômeno multifacetado que atinge muitos campos. Por essa razão, difícil torna-se sua conceituação. Com os efeitos consequentes de sua expansão desenfreada, atingindo as economias, a vida social, o meio ambiente, direitos, dentre outras esferas, ela tem se tornando cada vez mais preocupante.

Com a globalização, a corrupção tornou-se motivo de preocupação não mais somente no seio de cada país, mas também no âmbito internacional, levando à criação de tratados e convenções que obrigassem os países signatários a promover medidas efetivas no combate a ela.

No presente trabalho, buscou-se, de forma sucinta, analisar os diplomas internacionais de que o Brasil é signatário e que levaram à edição da Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção), quais sejam, a Convenção Interamericana Contra a Corrupção, a Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção e a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE).

Defende-se que a edição da referida legislação não se deu única e exclusivamente em razão das manifestações populares do ano de 2013, mas sim em decorrência de um conjunto de fatores, sendo que o principal seria a pressão internacional para a adequação do país às convenções de que é signatário, tendo em vista que há uma lacuna em nosso sistema jurídico em relação à punição das pessoas jurídicas.

Ademais, conclui-se que o fenômeno da corrupção está presente em todo o globo, estando nosso país envolvido em escândalos corruptivos mundialmente conhecidos, como o da Petrobras e a Operação Lava Jato.

Contudo, sabe-se que o combate à corrupção não deve se restringir ao disposto nas legislações. Seu enfrentamento começa nas atitudes de cada cidadão. Não basta crucificarmos

somente a classe política, pois a corrupção não se restringe somente aos poderes Legislativo e Executivo. Mas esse é um tópico a ser debatido em estudos futuros.

Referências

- AVRITZER, Leonardo. Governabilidade, sistema político e corrupção no Brasil. In: AVRITZER, L; FILGUEIRAS, F; (Org.). Corrupção e sistema político no Brasil. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011, p.43 - 82.
- BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 21 de abril de 2016.
- BOTELHO, Ana Cristina Melo de Pontes. Corrupção política: uma patologia social. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- CAMBI, E.; GUARAGNI, F. A.; BERTONCINI, M. Lei Anticorrupção Comentários à Lei 12.846/2013. São Paulo: Almedina, 2014.
- CAPANEMA Renato de Oliveira. Inovações da Lei 12.846/2013. In: NASCIMENTO, D. N. (Org). Lei Anticorrupção Empresarial. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 13-27.
- CARVALHOSA, M. Considerações sobre a Lei Anticorrupção das pessoas jurídicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- COSTÓDIO FILHO, Ubirajara. Disposições Gerais. In: BERTONCINI, M; COSTÓDIO FILHO, U; SANTOS, J.A.A. (Org.). Comentários a Lei 12.846/2013- Lei Anticorrupção. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.47-92.
- FURTADO, Lucas Rocha. As raízes da corrupção no Brasil: estudo de casos e lições para o futuro. Belo Horizonte: Fórum, 2015.
- JORNAL ESTADÃO. São Paulo. Diário. Disponível em:< <http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,lava-jato-bate-recorde-de-bloqueio-em-contas-na-suica,10000022347>>. Acesso em: 13 de junho de 2016.

LEAL, Rogério Gesta. *Patologias Corruptivas nas relações entre estado, Administração Pública e sociedade: causas, consequências e tratamentos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2013.

MARINELA, F.; PAIVA, F.; RAMALHO, T. *Lei Anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2015.

MPF, Ministério Público Federal. *MPF Combate à Corrupção*. Disponível em: <<http://combateacorrupcao.mpf.mp.br/10-medidas>>. Acesso em: 13 de junho de 2016.

NASCIMENTO, Melillo Dinis do. O controle da Administração no Brasil e a Lei 12.846/2013- Lei Anticorrupção. In: NASCIMENTO, D. N. (Org). *Lei Anticorrupção Empresarial*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 59-115.

PETRELLUZZI, M. V; RIZEK JUNIOR, R.N. *Lei Anticorrupção: origens, comentários e análise da legislação correlata*. São Paulo: Saraiva, 2014.

TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL. Índices de percepção. Disponível em: <<https://www.transparency.org/>>. Acesso em: 06 de junho de 2016.

UNODC, United Nations Office on Drugs and Crime. *UNODC e corrupção*. Disponível em: < <http://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/corrupcao/index.html>>. Acesso em: 26 de abril de 2016.

A CORRUPÇÃO ENQUANTO FATOR PREJUDICIAL À CONCRETIZAÇÃO DA DEMOCRACIA E PREJUÍZOS QUANTO À CONFIANÇA NAS INSTITUIÇÕES: PATOLOGIAS CORRUPTIVAS E INTERESSES PÚBLICOS INDISPONÍVEIS*

CAROLINE FOCKINK RITT*
CHAIENE MEIRA DE OLIVEIRA**

* Doutoranda em Direito na UNISC, mestre em Direito e professora de Direito Penal da UNISC. Coordena o Grupo de Pesquisa "Fundamentação e formatação de políticas de combate à corrupção no Brasil: responsabilidades compartilhadas entre espaço público e privado". Autora de vários artigos em revistas jurídicas especializadas e coautora do livro *O Estatuto do Idoso: aspectos sociais, criminológicos e penais*, em coautoria com Eduardo Ritt, pela Editora Livraria do Advogado, em 2008. E-mail: rittcaroline@unisc.br

** Graduanda do curso de direito na Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), bolsista de iniciação científica sob orientação da professora doutoranda Caroline Fockink Ritt, na pesquisa *Fundamentação e Formatação de Políticas de Combate à Corrupção no Brasil: Responsabilidades Compartidas entre Espaço Público e Privado*. E-mail: chaymeira@hotmail.com

Resumo

O presente artigo visa realizar um estudo acerca da corrupção enquanto fator prejudicial à confiança nas instituições públicas e, conseqüentemente, à concretização do Estado Democrático de Direito, no momento em que impede que a democracia ocorra de maneira plena. Para isso, será utilizado o método descritivo, através de pesquisas bibliográficas. Em um primeiro momento, pretende-se fazer um estudo da corrupção enquanto fenômeno social, e um breve histórico no Brasil, abordando a ocorrência do patrimonialismo em nosso país como uma das causas da corrupção. Com isso, busca-se demonstrar que a corrupção afeta diretamente a confiança nas instituições, trazendo prejuízos à democracia e, conseqüentemente, à concretização do Estado Democrático de Direito.

Palavras chave: Corrupção, Direito, Democracia, Patrimonialismo, Instituições.

Abstract

This article aims to conduct a study on corruption, while damaging factor to the trust in public institutions and thus the implementation of the democratic rule of law, at the time that prevents democracy from occurring to the fullest. For this, it will use the descriptive method through literature searches. At first, it is intended to make a study of corruption as a social phenomenon, and a brief history in Brazil, addressing the occurrence of paternalism in our country, as one of the causes of corruption. Thus, it seeks to demonstrate that corruption directly affects the trust in institutions, bringing losses to democracy and therefore the implementation of the democratic rule of law.

Keywords: Corruption, Law, Democracy, Patrimonialism, Institutions.

Introdução

O presente artigo visa realizar um estudo acerca da corrupção enquanto fator prejudicial à confiança nas instituições e, conseqüentemente, à democracia. Para isso, em um primeiro momento, pretende-se fazer um estudo da corrupção enquanto fenômeno social, analisando suas causas e efeitos, além de um breve histórico no Brasil, de forma a analisar o patrimonialismo como causa direta das práticas corruptivas.

Com isso, visa-se demonstrar que a corrupção afeta diretamente a confiança nas instituições públicas, tendo em vista que esse modelo de Estado necessita de instituições fortes e que transpareçam segurança perante os indivíduos, para que essas instituições possam funcionar de maneira adequada. Finalmente, analisam-se os efeitos negativos da corrupção na democracia como um todo, prejudicando a legitimidade do processo democrático, os seus representantes e a confiança das pessoas nesse regime político.

A corrupção enquanto fenômeno e seu histórico no Brasil

A corrupção pode ser entendida, conforme proposto por estudiosos, como uma patologia que, de maneira simplificada, pode ser entendida como tudo aquilo que diverge do que é moral. Nesse sentido, expõe Umberto Mignozzetti,

No caso da corrupção há uma vertente que seria uma transgressão na ideia de rule of law. A corrupção vem sendo definida amplamente na literatura como uma apropriação privada de algum bem público. (MIGNOZZETTI, 2013, p. 266).

No Brasil, a corrupção tem raízes na América portuguesa, quando o Brasil era ainda uma colônia pertencente a Portugal (FIGUEIREDO, 2012, p. 174).

A partir do século XVIII, com o advento da exploração do ouro, a prática corruptiva estava ligada ao contrabando, até mesmo no meio religioso, no qual o ouro era transportado de forma ilegal dentro de estatuetas, conhecido popularmente como o “santinho do pau oco” (GARCIA, 2013, p. 46).

Quando a família real portuguesa chegou ao Brasil, essa prática ocorria com a distribuição de honrarias e títulos de nobreza. Dom João VI distribuía tais títulos como forma de ganhar apoio político e financeiro. Após a proclamação da independência, a realidade foi pouco alterada. Nesse período, ainda era utilizado o tráfico negreiro, que somente em 1850 foi abolido, por influência inglesa (GARCIA, 2013, p. 47).

Quase um século depois, a corrupção voltou a ser discutida. Os anos 1950 e 1960, que compreendem o período da crise política no governo Vargas, culminando com seu suicídio, foram marcados por forte instabilidade política. Já durante a ditadura militar, a ideia de corrupção estava ligada à baixa qualidade moral dos envolvidos em atos corruptivos. Esse, que seria um período curto de intervenção, durou 21 anos, de 1964 a 1985. Como havia pouca liberdade de expressão, os escândalos, envolvendo governantes, nessa época, não eram divulgados (MOTTA, 2012, p. 206).

No ano de 1985, com o retorno do regime democrático, e posteriormente com a promulgação da Constituição de 1988, os casos vieram cada vez mais à tona, devido à globalização e à maior facilidade de acesso às informações, que se intensificavam a cada dia (RODEGHERO, 2007, p. 95).

Em 2013 inúmeros protestos voltaram a tomar as ruas do país, dentre outros motivos, contra a corrupção enraizada no atual cenário nacional.

O patrimonialismo enquanto uma das causas da corrupção no Brasil

Ao ser abordado o tema da corrupção, existe, no senso comum, vertente interpretativa do pensamento político e social mobilizada para explicar os casos de malversação de recursos públicos e imoralidades. O problema do patrimonialismo, ou do clientelismo, é, de forma comum, utilizado para descrever a corrupção.

Uma das maiores características da criação do Estado Moderno é a separação entre público e o privado. Essa concepção surgiu na Europa ocidental com o pensamento liberal e teve em Weber seu maior teórico. Tal modelo está presente na totalidade dos países europeus e nas Américas, e, da mesma forma, em outras partes do mundo.

O patrimônio estatal, agora público, dissociou-se de seus governantes e funcionários, doravante privado. Isso se contrapôs a uma visão patrimonialista do Estado, segundo a qual posições e cargos deveriam ser naturalmente explorados por governos e funcionários, cujos recursos eram indistintos em relação aos do Estado ou advinham da exploração daquelas posições e cargos como prebendas que lhes permitiam extrair benesses pessoais. (DOMINGUES, 2012, p. 158).

No Brasil tradicionalmente não se respeita a separação entre público e privado. Nosso país não é um exemplo de Estado Moderno, que é legitimado por normas impessoais e racionais.

Patrimonialismo é o termo utilizado para descrever a falta de distinção por parte dos líderes políticos entre o patrimônio público e o privado em nossa administração pública. Os governantes consideram o Estado como seu patrimônio, em total confusão entre o que é público e o que é privado. O termo patrimonialismo é um conceito fundamental na sociologia de Max Weber, sendo usado para se referir a formas de dominação política em que não existem divisões nítidas entre as esferas de atividade pública e atividade privada (SCHWARTZMAN, 1982, p. 43).

A realidade histórica brasileira demonstrou a persistência secular da estrutura patrimonial. Como característica principal, e de maior relevância econômica e cultural, será o predomínio, junto ao foco superior de poder, ou seja, do quadro administrativo, o estamento que, de aristocrático, vai se burocratizando de forma progressiva, em uma mudança de acomodação, e não mudança estrutural (FAORO, 2012, p. 822).

Os detentores das posições públicas de responsabilidade não compreendem com facilidade a distinção fundamental entre os domínios do privado e do público. Para o funcionário "patrimonial", a própria gestão política apresenta-se como assunto de seu interesse particular. A escolha dos homens que irão exercer funções públicas se faz de acordo com a confiança pessoal que merecem os candidatos, e não com suas capacidades próprias (HOLANDA, 2014, p. 175).

Considera-se o patrimonialismo como uma mazela comum, de maneira que não se promove a separação entre os meios de administração e os funcionários e governantes, fazendo com que esses tenham acesso privilegiado à estrutura e à riqueza públicas para a exploração a partir de suas posições e cargos (NASCIMENTO, 2014, p. 75).

No Brasil existe uma falsa dicotomia entre o público o privado. A coisa pública, ou res publica, nunca é vista como tal, os mandatários do poder abusam, ao ponto da população não se sentir lesada quando ocorre uma apropriação do que é, por direito, dela. Em síntese, o cidadão deixa de exercer seus direitos e obrigações, afastando-se da política, não se sentindo parte do Estado, e não sendo reconhecido por ele. Este cenário se firma pelo descrédito em punição, bem como pela falta de cobrança popular da prestação de contar sistemática do político depois de eleito e de assumir um cargo de representação do povo. (SANTOS, 2012)

No patrimonialismo, que é inerente à construção da cena pública brasileira, a corrupção passa a ser um tipo de prática cotidiana, chegando mesmo a ser legitimada e explícita no âmbito de uma tradição herdada do mundo ibérico. A tradição patrimonialista descreve a questão da corrupção como sintoma do mesmo diagnóstico: a promiscuidade entre o privado e o público.

blico. O público que é invadido pelos vícios da esfera privada, enquanto esta se apropria do Estado para o uso como ente “dominado” e controlado por interesses de poucos (NASCIMENTO, 2014, p. 75).

Com relação ao patrimonialismo, Weber afirmou que a organização política patrimonial não conhece nem o conceito de competência nem o de autoridade ou magistratura no sentido usado atualmente. Isso ocorre principalmente porque o processo de apropriação se difunde. No patrimonialismo, a separação entre os assuntos que são públicos e privados, da mesma forma, entre patrimônio público e privado, e as atribuições senhoriais públicas e privadas dos funcionários, acabou desenvolvendo-se, até certo ponto, dentro do tipo arbitrário, mas, finalmente, desapareceu. No Estado patrimonial, temos uma representação típica de um conjunto de tradições inquebrantáveis. Observa-se que o domínio, que é exercido pelas normas racionais, acaba sendo substituído pela justiça do “príncipe” e de seus funcionários. Ocorre que tudo se baseia então em considerações pessoais, da mesma forma que os próprios privilégios outorgados pelo soberano são considerados provisórios (PAIM, 2015, p. 20).

Referentemente ao Brasil, historicamente, com relação ao patrimonialismo, a tradição absolutista do período colonial trazia clara “mistura” do tesouro do Estado espanhol e português. Também ocorria grande dificuldade da metrópole em controlar seus prepostos na América. Com as independências, Estados que tiveram estruturação formal moderna se estabeleceram, trazendo a nítida separação entre o público e o privado. Claro que isso não implicou o desaparecimento absoluto das características patrimonialistas desses Estados, mas trouxe para eles, como consequência, uma transformação de forma decisiva (DOMINGUES, 2012, p. 97).

O Estado Português, desde os primórdios, conseguiu formar imenso patrimônio rural, cuja propriedade se confundia com o domínio da casa real. A coroa separava nos nobres a qualidade de funcionário das qualidades de proprietário. Os cargos eram, dentro de tal sistema, dependentes de príncipe, de sua riqueza e de seus poderes. Extremava-se tal estrutura da existência na Europa contemporânea, mar-

cando um traço prematuro da modernidade. O rei, quando precisava do serviço militar da nobreza, pagava-o como se paga a um funcionário. Formou-se em Portugal, portanto, um Estado patrimonial e não feudal. Portugal, como diria Alexandre Herculano, não conheceu o feudalismo. (PAIM, 2015, p. 27).

O desenvolvimento histórico do patrimonialismo brasileiro, estruturado e consolidado nos primeiros séculos da história lusitana, consistiu na formação de estamento¹ de caráter marcadamente burocrático. Burocracia não no sentido moderno, como aparelhamento racional, mas de organização fora do comum. Semelhante realidade, impedindo a calculabilidade e a racionalidade, tem efeito estabilizador sobre a economia. Dela, com seu arbítrio e seu desperdício de consumo, não flui o capitalismo industrial, nem com esse se compatibiliza. Observa-se que, nessa realidade de patrimonialismo, o capitalismo possível será a empresa do príncipe. Com a independência, parece que não foi bem-sucedida, no Brasil, a tentativa de fazer brotar uma nova tradição, via sistema representativo (PAIM, 2015, p. 27).

De Dom João I a Getúlio Vargas, numa viagem de séculos, uma estrutura político-social resistiu a todas as transformações fundamentais, aos desafios mais profundos, à travessia do oceano largo. O capitalismo politicamente orientado – o capitalismo político, ou o pré-capitalismo –, centro da aventura, da conquista e da colonização moldou a realidade estatal, sobrevivendo, e incorporando na sobrevivência o capitalismo moderno, de índole industrial, racional na técnica e fundado na liberdade do indivíduo – liberdade de negociar, de contratar, de gerir a propriedade sob a garantia das instituições. A comunidade política conduz, comanda, supervisiona os negócios, como negócios privados seus, na origem, como negócios públicos depois, em linhas que se demarcam gradualmente. O súdito, a sociedade, se compreendem no âmbito de um aparelhamento a explorar, a manipular, a tosquiar nos casos extremos. (FAORO, 2012, p. 819).

¹ Estamento: constitui forma de estratificação social com camadas sociais mais fechadas do que as classes sociais.

Dessa realidade sempre se projetou, de maneira natural, uma forma de poder que é institucionalizada em um tipo de domínio, qual seja, o patrimonialismo. Sua legitimidade se baseia no tradicionalismo, ou seja, assim é porque sempre foi. O comércio é quem dá o caráter à expansão. Essa expansão que corre em linha estabilizadora, do patrimonialismo, é uma forma considerada mais flexível do que o patriarcalismo e menos arbitrária que o sultanismo (FAORO, 2012, p. 819).

Foi no molde comercial da atividade econômica que se desenvolveu, no Brasil, a lavoura da exportação, da colônia à República, bem como a indústria, seja no manufaturismo pom-balino, no delírio do encilhamento, seja nas estufas criadas depois de 1930. Sempre no passar dos anos, o patrimonialismo estatal incentiva o setor especulativo da economia e é predominantemente voltado ao lucro, ou, por outro lado, interessado no desenvolvimento econômico sob o comando político, para, assim, satisfazer seus imperativos ditados pelo quadro administrativo, com seu componente civil e militar (FAORO, 2012, p. 819).

O domínio tradicional configurava-se no patrimonialismo, quando aparece o Estado-maior de comando do chefe, junto à “casa real”, que se estendia sobre o nosso vasto território e subordinava muitas unidades políticas. O que ocorria é que, sem existir um efetivo e capacitado quadro administrativo, a chefia dispersa assumia caráter patriarcal, que ficava identificado na figura do mando do fazendeiro, do senhor de engenho e dos coronéis.

Num estágio inicial, o domínio patrimonial, desta forma constituída pelo estamento, apropria as oportunidades econômicas de desfrute de bens, das concessões, dos cargos, numa confusão entre o setor público e o privado, que, com o aperfeiçoamento da estrutura, se extrema em competências fixas, com divisão de poderes, separando-se o setor fiscal do setor pessoal. O caminho burocrático do estamento, em passos entremeados de compromissos e transações, não desfigura a realidade fundamental, impenetrável às mudanças. O patrimonialismo pessoal se converte em patrimonialismo estatal, que adota o mercantilismo como a técnica de operação da economia. (FAORO, 2012, p. 823).

Observa-se que, enquanto o sistema feudal se separa do capitalismo, o patrimonialismo amolda-se às transições, às mudanças, em caráter flexivelmente estabilizador que existe no modelo externo. É no corpo estatal que ele concentra os mecanismos de intermediação, com suas manipulações financeiras, monopolistas, de concessão pública de atividade, de controle do crédito, de consumo, de produção privilegiada, em uma gama de atividades que vai da gestão direta à regulamentação material da economia (FAORO, 2012, p. 824).

Em contraponto, o liberalismo tem ênfase nas liberdades individuais, sendo que o Estado passa a ser reduzido, de modo que, dessa forma, a prática corruptiva se torna menor ou quase inexistente, justamente por haver essa valoração à propriedade privada e distinção dela em relação ao patrimônio público. O liberalismo, por ter como filosofia a preservação do direito à vida, à liberdade e à propriedade, faz com que haja uma limitação do poder político, assim:

Em termos gerais, o liberalismo tem como princípios normativos: a centralidade na liberdade individual, com ênfase na concepção negativa de liberdade (liberdade como não interferência); a igualdade perante a lei; o contratualismo; a concepção de cidadania como intitulação de direitos; a defesa da não intervenção do Estado, da neutralidade do Estado, do livre mercado e da limitação do poder político (através do legalismo e constitucionalismo); a defesa do pluralismo de interesses; e, a defesa da democracia representativa. (MOURÃO, 2015).

Dessa forma, é possível concluir que deve ser afastada a concepção de que a coisa pública não é de ninguém. Tal concepção é consequência da ignorância popular: povo ignorante não se insurge contra o agente corrupto. O agente corrupto desvia recursos públicos e os afasta das políticas de concreção da cidadania. O povo acaba ficando mais ignorante e dependente daquele que o lesou, sendo incapaz de romper o ciclo – quando muito, altera os personagens (GARCIA, 2012, p. 68).

O patrimonialismo justamente alimenta a formação de que não existe uma diferenciação técnica e burocrática entre as esferas públicas e privadas. Ocorre uma confusão entre ambas,

em que as pessoas atuam na administração pública, com a coisa pública, não baseadas em seus conhecimentos técnicos e méritos, mas, sim, por meio de indicações e relações “politiqueiras”. O patrimonialismo é um dos fatores para que ocorram práticas corruptivas, pois a gestão não segue os padrões de organização burocrática e racional, idealizados por Max Weber.

Os efeitos da corrupção na confiança e as consequências negativas na democracia

As práticas corruptivas trazem, como uma das consequências, a desconfiança das pessoas com relação às instituições públicas. E isso também gera efeitos negativos na democracia.

E como poderíamos definir a confiança? Em linguagem comum, designa segurança de procedimento ou crença em outros com quem se interage e se convive. A confiança preencheria, portanto, o vazio deixado pela impossibilidade de as pessoas mobilizarem de modo completo os recursos cognitivos requeridos para avaliar as suas habilidades e julgar as decisões políticas que afetam suas vidas. Assim:

Confiar nas instituições supõe, então, conhecer, em alguma medida a ideia básica ou a função específica atribuída a elas, a exemplo da crença de que a política existe para garantir a segurança e a sobrevivência das pessoas. (MOISES, 2013, p. 39)

As instituições são definidas como sendo mecanismos de mediação política informados por valores derivados das escolhas que a sociedade faz com vistas a enfrentar os seus desafios políticos. A confiança política dos cidadãos depende de as instituições estarem organizadas para permitir que eles conheçam, recorram ou interpelem os seus fins últimos – fins aceitos, desejados e considerados legítimos pelos cidadãos (MOISES, 2013, p. 44).

Desde os anos de 1980, estudos em diversas partes do mundo vêm documentando o crescimento da desconfiança dos cidadãos em instituições públicas, no sentido de envolver o des-

crédito das pessoas quanto ao funcionamento das instituições políticas, especialmente as de representação. O fenômeno ocorre tanto nas antigas quanto nas novas democracias, embora haja variações significativas entre os países e entre instituições no interior dos países (LOPES, 2013, p. 311).

Observa-se que a confiança política dos cidadãos em instituições depende da coerência delas com a sua autojustificação normativa. O positivo e coerente funcionamento das instituições – ou seja, realizando as funções a que se propõem, que, legalmente, justificaram a sua criação – ajudaria a determinar a medida dessa confiança (MOISES, 2013, p. 44).

Regras institucionais democráticas, como imparcialidade em eleições, a proibição no uso dos recursos públicos ou a igualdade de acesso à justiça, que refletem positivamente os direitos da cidadania, acabam gerando nas pessoas positivas expectativas sociais com relação ao funcionamento das instituições (MOISES, 2013, p. 44).

Uma vez que as instituições sejam capazes de sinalizar, de modo inequívoco, o universalismo, a imparcialidade, a justiça e a proibição de seus procedimentos, assegurando que os interesses dos cidadãos sejam efetivamente levados em conta pelo sistema político, elas geram apoio e solidariedade, e ganham a confiança dos cidadãos.

Mas quando, justamente, ocorre o contrário, ou seja, quando prevalece a ineficiência ou a indiferença institucional diante de demandas para fazer valer direitos assegurados por lei ou se generalizam as práticas de corrupção, de fraude ou de desrespeito ao interesse público, instala-se uma atmosfera de suspeição, de descrédito e de desesperança. Não ocorre mais a aquiescência dos cidadãos à lei e às estruturas que regulam a vida social, dando lugar à desconfiança e ao distanciamento dos cidadãos da política e das instituições democráticas, a exemplo da experiência recente de vários países da América Latina e, inclusive, do Brasil (MOISES, 2013, p. 44).

Um dos principais resultados da corrupção, que impacta negativamente sobre a qualidade da democracia, é em virtude de ela afetar o primado da lei, um dos principais pilares

res da sustentação do regime democrático. Caso a prática do suborno seja recorrente, por exemplo, seria diagnosticado que, em primeiro lugar, o primado da lei foi subvertido pelo fato de que esse é um procedimento que nada tem de equânime e justo. (MIGNOZZETTI, 2013, p. 268).

A desconfiança nas instituições gera, por sua vez, prejuízos à democracia, sendo essas consequências diretas das práticas corruptivas. Desse modo, a legitimidade e a qualidade da democracia são afetadas, assim como a responsabilização dos governos e o princípio segundo o qual ninguém está acima da lei (MOISES, 2013, p. 202).

A corrupção, pois, além de trazer a desconfiança nas instituições, conforme abordamos, também traz prejuízos à própria democracia. Antes de tudo, vamos analisar algumas ideias conceituais do que é a democracia.

A ideia originária de democracia remonta à Grécia antiga, conquanto somente a partir da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) é que as sociedades fundaram seus ordenamentos jurídicos sobre os valores de liberdade, igualdade e democracia (ZILIO, 2016, p. 31)

A democracia, dentre as suas definições, pode ser entendida como a participação popular nas deliberações de formação de vontade do Estado. A Constituição Federal de 1988 consagra a democracia representativa (com eleições diretas, livres e periódicas) e a democracia participativa (por meio de plebiscito, referendo, subscrição de projeto de iniciativa popular, etc.). O regime democrático, embora defenda a lógica de um governo de maioria (seja individual, seja proporcional), não pode excluir o direito de participação das minorias (ZILIO, 2016, p. 31).

Aristóteles afirmava que democracia é uma forma de governo na qual os homens livres exercem o poder, e que várias podem ser essas formas. A primeira é a que se baseia na igualdade: todos os cidadãos, pobres ou ricos, têm igualdade na participação política. A segunda é a que se baseia na qualificação dos bens possuídos: quem tiver determinado valor em bens pode participar politicamente da vida da sociedade. Na terceira forma, todos os cidadãos participam do governo, sendo a lei

soberana. Na quarta, só participam do governo os cidadãos, sendo a lei soberana. Na quinta há a participação de todos; contudo, o povo é soberano (ARISTÓTELES, 2010, p. 151-152).

Para esse pensador, o objetivo fundamental de toda democracia é a liberdade, que permite a todos revezar-se no poder. Todo cidadão deve ser tratado com igualdade, decidindo sobre o seu modo de vida com liberdade de escolha. Assim, uma decisão só será considerada soberana quando as classes estiverem de acordo; se não houver esse acordo, que seja mantido o que resultar da escolha da maioria daqueles de maior qualificação. Por isso, é necessário que se aperfeiçoe a democracia, que todos participem da escolha dos magistrados (ARISTÓTELES, 2010, p. 152).

Já Bobbio (2006, p. 30) conceitua a democracia como um conjunto de regras, primárias ou fundamentais, que estabelecem quem está autorizado a tomar decisões coletivas e com quais procedimentos fará isso. Para o referido autor, não há como definir democracia sem incluir a visibilidade ou a transparência do poder.

Onde há democracia é onde se vive melhor e onde o sistema político é o que melhor contribui para o bem-estar humano. Ocorre que a ideia de democracia está indissoluvelmente vinculada às ideias de dignidade, liberdade e igualdade entre os homens, constituindo-se em um corolário de tais princípios. Portanto, somente em uma democracia os direitos humanos podem ser efetivamente concretizados. O respeito aos direitos humanos está indissociavelmente unido à democracia, porque respeitar os direitos do homem significa respeitar sua liberdade de opinião, de associação, de manifestação e todas as demais liberdades que somente uma democracia permite (GORCZEVSKI, MARTIN, 2011, p. 79-80).

A corrupção afeta negativamente a confiança nas instituições e prejudica a democracia porque atinge o chamado primado da lei e fornece uma chave interpretativa razoável para que se entenda o quanto a corrupção impacta na produção de uma democracia de baixa qualidade (ou mesmo na produção de não democracias).

A corrupção é um dos problemas mais severos e complexos enfrentados por novas e velhas democracias. Ela envolve o abuso do poder público para qualquer tipo de benefício privado, inclusive vantagens para os partidos do governo em detrimento da oposição. Frauda o princípio da igualdade política que é inerente à democracia (MOISES, 2013, p. 302).

Ressalta-se que corrupção, em qualquer das suas formas, inclusive a política e eleitoral, 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, assim, minimizando a transparência das ações dos governantes (MENEGUELLO, 2011, p. 63-64).

A corrupção não somente afeta o desempenho do regime, mas também prejudica as relações interpessoais, pois os indivíduos que foram expostos a situações em que tiveram de recorrer a alguma prática de suborno são mais suscetíveis a uma baixa confiança interpessoal, o que impacta na confiança política. Além disso, é possível constatar que a corrupção tem grande impacto na legitimidade do regime, visto que o uso de dinheiro ou qualquer outro meio que seja público para algum fim privado subverte a própria ideia da finalidade de uma instituição pública, que é prestar um serviço pautado pela equidade e pela justiça em suas ações (MIGNOZZETTI, 2013, p. 268-269, grifos originais).

A confiança nas instituições faz-se necessária justamente porque as democracias modernas deram a elas a função de mediadores dos interesses dos indivíduos. São as instituições que atuam na intermediação das relações entre os cidadãos e o sistema político, de modo a garantir a concretização dos direitos fundamentais (MENEGUELLO, 2013, p. 361).

Observa-se que a confiança em instituições é um modo por meio do qual os cidadãos asseguram que os seus direitos de cidadania são respeitados e, ao mesmo tempo, a maneira

pela qual confirmam o seu compromisso com as exigências de seu pertencimento à comunidade política. A confiança é, assim, condição necessária para a cidadania, e o seu meio de realização é precisamente as instituições democráticas (MOISES, 2013, p. 42).

Quando ocorrem práticas corruptivas, sejam políticas, sejam eleitorais, essa confiança fica fragilizada. E a conduta irregular de líderes e de partidos políticos também compromete a percepção das pessoas sobre as vantagens da democracia. A corrupção compromete a cooperação social e afeta negativamente a capacidade de coordenação dos governos para atender às preferências dos eleitores. Os seus efeitos influenciam, portanto, tanto a legitimidade quanto a qualidade da democracia, ao comprometer o princípio segundo o qual, no regime democrático, ninguém está acima da lei (MOISES, 2013, p. 202).

Mas, para que seja possível falar em democracia, é preciso ter em mente uma definição mínima, uma vez que é uma forma de governo em que há a participação dos cidadãos e na qual a maioria toma as decisões que vinculam a todos, e que, por isso, devem ser tomadas em relação a alternativas reais (BOBBIO, 2006, p. 32).

Para Cambi (2014, p. 19-20), a democracia não pode ser concebida como uma forma de poder político como outra qualquer. A forma mais adequada de compreender a democracia é considerá-la como um sistema que formaliza, regula e legitima o exercício do poder, protege as minorias e assegura os direitos de participação de todos nas disputas eleitorais.

Em um Estado democrático (Estado de Direito), o poder deve ser visível, para que possa ser controlado. O governo democrático é o governo do poder público em público, mesmo que em uma democracia representativa. A publicidade do governo é o que evita o escândalo público, pois este último é reflexo da publicização de atos ilegais praticados em segredo. O poder invisível é típico da autocracia, cuja regra – e não a exceção – é o segredo. Assim, onde o poder supremo é oculto, também pode sê-lo o contrapoder (complôs, conspiração, etc.) (BOBBIO, 2006, p. 83-95).

Quando ocorrem práticas corruptivas, a confiança popular nas instituições fica fragilizada. Ocorre que a corrupção gera prejuízos à democracia; ao mesmo tempo, esta é a melhor forma de prevenção e combate às práticas corruptivas.

Conforme analisado, o patrimonialismo é uma das causas da corrupção no nosso país, onde historicamente se constata confusão entre o público e o privado. E a corrupção traz como um dos seus efeitos negativos a desconfiança nas instituições públicas, o que, conforme se pode concluir, acaba atingindo a própria democracia.

Conclusões

À guisa de conclusão do presente artigo científico, procura-se responder à indagação, sem a possibilidade de esgotar o assunto, de quais os principais efeitos negativos que a corrupção causa às instituições públicas e à democracia.

Inicialmente, foram analisados aspectos históricos das práticas de corrupção que aconteciam em nosso país, e que acontecem até os dias atuais. Nesse aspecto, foi focada nossa análise no patrimonialismo, prática muito comum em nossa realidade social e política, explicada historicamente.

No patrimonialismo costuma ocorrer “confusão” entre o que é público e privado. Muitas vezes os gestores públicos atuam como se fossem donos daquilo que é essencialmente público, não existindo, nessa situação, a separação racional, proposta por Max Weber, de separação entre o que é público e privado, esferas totalmente diferentes. Para a racional e eficiente gestão pública, não pode ocorrer tal confusão.

As tais práticas corruptivas trazem como consequência, também, desconfiança muito grande das pessoas na própria democracia e nas instituições públicas. Geram descrédito nas pessoas, desconfiança nas instituições, o que também é muito negativo para a construção e o exercício de nossa cidadania.

A corrupção é uma realidade em nosso país, e cabe à população também, em seu exercício de cidadania, fiscalizar os gestores públicos para que não confundam a esfera pública com a privada, para que não ajam como “donos” daquilo que é público, e não particular. Da mesma forma, cabe a cada um denunciá-los e buscar sempre a sua punição.

E em que pesem as críticas que se fazem à democracia, esse ainda é o melhor regime político que conquistamos. A corrupção produz sobre ela efeitos nefastos, de desconfiança, de descrédito e até de apatia social nas pessoas e nas instituições, do não interesse em participar, em mobilizar-se, pois isso de nada mudaria a sua realidade.

Não podemos, pois, como cidadãos, aceitar a corrupção como normal ou corriqueira, ou que práticas de patrimonialismo, que são uma das causas da corrupção, façam “parte do jogo”, da gestão pública ou do Estado de Direito.

Esse exercício de conscientização, de fiscalização e de denúncia também passa pelo exercício de cidadania, construção de uma educação cívica que nos leve a participar e a não aceitar a corrupção, sob nenhuma forma, principalmente em nosso processo eleitoral. A corrupção fragiliza a democracia.

Referências

- ARISTÓTELES. **Política**. São Paulo: Martin Claret, 2010.
- BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. São Paulo: Paz e Terra, 2006.
- CAMBI, Eduardo. Introdução. In: BERTONCINI, M. E. S. N.; (Org.). **Lei Anticorrupção: comentários à Lei 12.846/2013**. São Paulo: Aledina, 2014.
- DOMINGUES, José Maurício. Patrimonialismo e Neopatrimonialismo. In: AVRITZER, I.; BIGNOTTO, N.; GUIMARÃES, J.; STARLING, H.M.M.; (Org.) **Corrupção: ensaios e críticas**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2012.
- FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. 5ª ed. São Paulo: Globo, 2012.
- FIGUEIREDO, Luciano Raposo. A corrupção no Brasil Colônia. In: AVRITZER, I.; BIGNOTTO, N.; GUIMARÃES, J.; STARLING, H.M.M.; (Org.) **Corrupção: ensaios e críticas**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2012.
- GARCIA, Emerson. **Improbidade administrativa**. 7. Ed., rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.
- GORCZEWSKI, C.; MARTIN, N. B. **A necessária revisão do conceito de cidadania: movimentos sociais e novos protagonistas na esfera pública democrática**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2011. Páginas: 63-88; 127-160. Disponível em: <<http://www.unisc.br/edunisc>>. Acesso em 10. out. 2015.
- HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 27ª. Ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.
- MENEGUELLO, Rachel.; MOISÉS, José Álvaro. O papel da confiança para democracia e suas perspectivas. In: MOISÉS, J. Á.; MENEGUELLO, R. (Org.). **A desconfiança política e os seus impactos na qualidade da democracia**. São Paulo, Editora da Universidade de São Paulo, 2013.
- MIGNOZZETTI, Umberto Guarnier. Impacto da corrupção sobre a qualidade do governo democrático. In: MOISÉS, J. Á.;

- MENEGUELLO, R. (Org.). **A desconfiança política e os seus impactos na qualidade da democracia**. São Paulo, Editora da Universidade de São Paulo, 2013.
- MOISÉS, José Álvaro. Cidadania, confiança política e instituições democráticas. In: MOISÉS, J. Á.; MENEGUELLO, R. (Org.). **A desconfiança política e os seus impactos na qualidade da democracia**. São Paulo, Editora da Universidade de São Paulo, 2013.
- MOTTA, Rodrigo Patto Sá. Corrupção no Brasil Republicano 1954-1964. In: AVRITZER, I.; BIGNOTTO, N.; GUIMARÃES, J.; STARLING, H.M.M.; (Org.) **Corrupção: ensaios e críticas**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2012.
- MOURAO, Rafael Pacheco. **Celso Furtado e a questão do Patrimonialismo no Brasil**. Disponível em: <http://www.teoriaepesquisa.ufscar.br/index.php/tp/article/viewFile/428/281>. Acesso em 11. Jun. 2016.
- NASCIMENTO, Melillo Dinis do. O controle da corrupção no Brasil e a Lei nº 12.846/2013 – Lei Anticorrupção. In: (Org.). **Lei Anticorrupção empresarial: aspectos críticos à Lei nº 12.846/2013**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.
- PAIM, Antonio (org.). **O patrimonialismo brasileiro em foco**. Campinas, SP: VIDE Editorias, 2015.
- RODEGHERO, Carla Simone. Regime Militar e oposição. In: GOLIN, T.; BOEIRA, N.; GERTZ, R.; (Org.) **República: da revolução de 1930 à Ditadura Militar (1930-1985)**. V. 4. Coleção História Geral do Rio Grande do Sul. Passo Fundo: Méritos, 2007.
- SANTOS. Kátia Paulino, AMANAJÁS, Arley Felipe. **Democracia e corrupção no Brasil: a face tirana do poder político**. Disponível em: < <https://periodicos.unifap.br/index.php/estacao/article/view/426/Amanajasv1n1.pdf>>. Acesso em 12 jun. 2016.
- SCHWARTZMAN, Simon. **Bases do autoritarismo brasileiro**. Rio de Janeiro: Campus, 1982.
- ZILIO, Rodrigo López. **Direito Eleitoral**. 5. Ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016.

A DEMOCRACIA PARTICIPATIVA E O SEU (DES)ESTÍMULO PELO PODER PÚBLICO: UMA ANÁLISE DA FERRAMENTA DO LICITAÇON E A POSSIBILIDADE DE ACESSO PELOS CIDADÃOS*

CYNTHIA GRUENDLING JURUENA**
MARIANA PORT MARQUES***

* Eixo "Transparência e Participação na Gestão Pública".

** 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: cjuruen@gmail.com

*** Graduanda em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), com bolsa de iniciação científica PUIC. Integrante do Grupo de Pesquisa "Espaço local e inclusão social", coordenado pelo Prof. pós-doutor Ricardo Hermany, e do Projeto de Pesquisa Internacional "Patologias Corruptivas", coordenado pelo Prof. Dr. Rogério Gesta Leal. E-mail: marianama@mx2.unisc.br

Resumo

O presente artigo teve por escopo analisar se a ferramenta do LicitaCon, implementada recentemente, possibilita que haja controle social e participação popular. Os portais da transparência, surgidos em decorrência da Lei de Acesso à Informação (12.527/2011), têm como um de seus objetivos a transparência dos atos públicos e o acesso à informação pública, para que a sociedade, a partir das informações, esteja em pé de igualdade com o Estado. Dessa forma, o presente estudo analisou essa ferramenta, que visa trazer melhorias nas informações disponibilizadas pelos portais, e se a esta teve ampla divulgação pelo Poder Público, a fim de possibilitar a democracia participativa.

Palavras-chave: democracia participativa; controle social; LicitaCon; licitações; Tribunal de Contas.

Abstract

This article has had the scope to examine if the LicitaCon tool, implemented recently, allows social control and popular participation. The transparency portals, arised as a result of the Access to Information Act (12.527/2011), have as one of its objectives the transparency of public acts and the access to public information, so that the society, from the information, be on an equal footing with the State. Thus, the present study examined this tool that aims to bring improvements on the informations provided by the portals, and if the same had broad dissemination by the government in order to enable participatory democracy.

Keywords: participative democracy; social control; LicitaCon; public auction; court of auditors.

Considerações iniciais

Com o advento da Lei de Acesso à Informação (12.527/2011), surgiu, dentre outras, a necessidade de criação de sítios eletrônicos com o fornecimento de informações públicas aos cidadãos. Essa diretriz é imprescindível, visto que um dos pressupostos para que a democracia participativa e o controle social se tornem possíveis é o acesso à informação pública.

Nesta senda, o primeiro ponto do presente trabalho irá tratar acerca da democracia participativa, trazendo, ainda, algumas conceituações do controle social. Isto porque um dos objetivos da Lei de Acesso à Informação é, a partir da disponibilização de informações públicas, possibilitar a participação e o controle social.

O segundo ponto abarcará a ferramenta do LicitaCon, efetuando-se uma análise de sua implementação e das inovações trazidas para o controle de licitações e contratos públicos. Essa ferramenta é de suma importância, visto que as maiores irregularidades ocorrem nos certames licitatórios.

E, por fim, o terceiro ponto verificará se o Poder Público estimula e divulga essas ferramentas à sociedade, a fim de que os cidadãos possam se apropriar dessas informações e, se desejarem, que possam exercer a participação pública e o controle social das licitações.

Aportes teóricos da democracia participativa

Os portais da transparência e, recentemente, a implementação da ferramenta do LicitaCon surgiram, dentre outras razões, para concretizar o direito de acesso à informação pública. A Lei 12.527/2011, dentre outras previsões, estabeleceu a necessidade da criação de sítios eletrônicos (conhecidos também como portais da transparência) para que os cidadãos tenham acesso às informações públicas.

O artigo 3º da Lei de Acesso à Informação prevê, em seu inciso V, que deve haver o “desenvolvimento do controle social da administração pública” (BRASIL, 2011), pois só a partir do acesso à informação pública e da transparência estatal que poderá ser exercido um controle social¹ sobre a Administração. Ou seja, sem a disponibilização de informações, não é possível que os cidadãos participem ou fiscalizem.

Nesta senda, o dever de prestar informações também se configura em um elemento central para o exercício da cidadania, pois algumas formas de democracia participativa somente poderão ocorrer se todos estiverem em pé de igualdade. Entretanto, o desenvolvimento do controle social consubstancia-se em uma tarefa árdua, uma vez que:

Não há controle social sem cidadãos atentos, e não é possível atenção sem acesso às informações sobre o desenvolvimento das atividades públicas. Mas o acesso não é suficiente. É preciso que o acesso seja amigável, que os dados sejam compreensíveis e que o cidadão esteja disposto a exercer esse controle. (SALGADO, 2012, p. 86).

No entanto, no presente artigo não é possível verificar se os cidadãos estão procurando acessar as informações públicas. E sim, o escopo da pesquisa é analisar se o Poder Público está cumprindo com os aspectos da legislação e tornando o acesso o mais democrático e acessível possível, para que, se os cidadãos desejarem obter informações, consigam acessá-las. Ainda, averiguar-se-á se o Poder Público estimula ou não os cidadãos, no sentido de divulgar essa nova e importante ferramenta para o controle da Administração Pública que é o LicitaCon.

O acesso à informação pública é um dos pilares da democracia participativa, visto que, “para a democracia participativa, Estado e sociedade civil não são entidades distintas. Não há linha dividindo um Estado que governa e os cidadãos na sociedade civil que são governados” (CUNNINGHAM, 2009, p. 94).

¹ Acerca do controle social, tem-se que “o controle social pode ser entendido como a participação do cidadão na gestão pública, na fiscalização, no monitoramento e no controle das ações da Administração Pública. Trata-se de importante mecanismo de prevenção da corrupção e de fortalecimento da cidadania” (COLEÇÃO OLHO VIVO, 2012, p. 16).

Visto isso, Estado e sociedade devem estar em pé de igualdade, e é a partir do acesso às informações que isso se tornará possível.

Além disso, Likert (1961, p. 243) assevera que “o fornecimento e a distribuição de informação é um passo essencial no processo de participação”. Isto pois, sem o acesso à informação, não é possível ter o conhecimento do que está ocorrendo ao nosso redor, sendo assim inviável controlar, participar e contestar.

A partir dos regimes democráticos - aqui no Brasil, essa mudança ocorre substancialmente com o advento do Estado Democrático de Direito, na Constituição Federal de 1988 -, o debate público amplia-se e recebe maior destaque, alterando-se o modelo de uma democracia elitista, em que as elites não tinham que prestar contas aos eleitores (PEREIRA, 2005, p. 77-78).

Na Constituição de 1988, também surge uma importante figura, que é o terceiro setor (entidades e organizações sociais que representam a sociedade civil). Com o papel cada vez mais amplo dessas entidades, cada qual lutando pela sua interpretação de interesse público, a democracia tornou-se mais participativa (PEREIRA, 2005, p. 79). No entanto, ainda estamos aquém de um engajamento da sociedade nesses espaços de discussão (como conselhos e assembleias), seja por falta de interesse, seja por falta de conhecimento desses lócus.

Smulovitz e Peruzzotti (2000, p. 147-148) observam que na América Latina essas formas de cidadania ativa estão conquistando maior espaço. Entretanto, chamam atenção para o fato de que: *“There is widespread consensus in most scholarly literature on Latin American democracies that governmental accountability in both dimensions is sadly lacking.”*²

Dessa forma, tanto a accountability vertical quanto a horizontal apresentam deficiências na América Latina. No Brasil, percebem-se essas falhas principalmente no que tange à accountability vertical.

2 “Há um consenso difundido na maioria da literatura acadêmica de que a accountability governamental em ambas as dimensões é infelizmente escassa nas democracias da América Latina” (tradução livre).

Essa democracia participativa, que se constitui em prol de os interesses públicos serem concretizados da melhor forma para os cidadãos e de possibilitar que ocorra um controle social da Administração Pública, se afigura em uma accountability³ vertical (ou societal). E, para essa accountability ser efetiva, é preciso que se tenha uma sociedade civil organizada e que influencie o sistema político (SMULOVITZ; PERUZZOTTI, 2000, p. 150).

É importante ressaltar que a democracia participativa apresenta uma dimensão igualitária, mas essa perspectiva participativo-democrática não prevê exatamente uma igualdade econômica dos cidadãos, mas, sim, igualdade relativa aos talentos e habilidades de cada um. Nesse sentido, Cunningham (2009, p. 100) assevera que “a participação não pode extrair o melhor de cada um se não houvesse nada de valor para ser extraído”. Os cidadãos devem ter valores, mas estes podem ser diversos de um para o outro.

A experiência de os cidadãos participarem faz com que os indivíduos estejam mais bem preparados para participar ainda mais no futuro (PATEMAN, 1992, p. 65). Dessa forma, deve ser estimulada a participação dos cidadãos, para que, a partir da experiência de práticas participativas, saiam da inércia, da não-participação.

A participação, no entanto, deve ser pensada não como um processo ou atividade única, mas sim como todo um complexo de atividades e processos. É possível, ainda, descrever a participação como um processo contínuo (LIKERT, 1965, p. 142). Nesta senda, a democracia participativa engloba não somente uma atividade participativa isolada, mas também um conjunto de processos participatórios.

Além disso, a participação popular e a eficiência política encontram-se intimamente relacionadas. Quanto maior o núme-

3 Acerca do termo accountability, Filgueiras (2011, p. 71) traz que “[...] o conceito de accountability não se refere apenas ao processo contábil de prestação de contas, mas também a um processo político e democrático de exercício da autoridade por parte dos cidadãos. Ou seja, uma discussão normativa do conceito deve dar conta de dois problemas fundamentais: 1. o fortalecimento de uma ideia substantiva de democracia, sendo a accountability compreendida como um princípio normativo; 2. a operação do conceito no plano das instituições políticas e das práticas dos cidadãos”.

ro de áreas em que um indivíduo participa, maior tende a ser a sua pontuação na escala de eficiência política (PATEMAN, 1992, p. 71).

Ainda, cabe ressaltar que a esfera local se consubstancia em ser o espaço ideal para o exercício das práticas de cunho participativo-democrático, tendo em vista que o cidadão se sente mais próximo do governo. Corroborando com essa ideia, tem-se:

[...] one has an argument in favor of the classic position that political participation on the local level plays a major role in the development of a competent citizenry. As many writers have argued, local government may act as a training ground for political competence. Where local government allows participation, it may foster a sense of competence that then spreads to the national level [...]. (ALMOND; VERBA, 1965, p. 145).⁴

Diante disso, o presente artigo irá analisar a ferramenta do LicitaCon, que possibilita o controle de licitações nos municípios do Rio Grande do Sul, fazendo com que, além disso, os cidadãos possam exercer o controle e participar em nível local.

Devido à imprescindibilidade que a democracia participativa e o controle social assumem no Estado Democrático de Direito a partir da Constituição Federal de 1988, será analisada a ferramenta do LicitaCon, que visa aprimorar o controle das licitações e contratos públicos e servir como instrumento da accountability vertical.

⁴ “[...] um argumento em favor da clássica posição de que a participação política em nível local tem um papel fundamental no desenvolvimento de uma cidadania competente. Como sustentaram vários escritores, o governo local pode funcionar como um campo de treinamento para competência política. Onde o governo local permite a participação, ele pode estimular um senso de competência que então se projeta a nível nacional [...]” (tradução livre).

Uma apreciação da ferramenta do LicitaCon

Considerando o acesso à informação como um dos pilares fundamentais de um Estado Democrático de Direito, é de suma importância que o princípio da transparência se faça presente em todos os atos da administração pública, de forma a legitimar a ação dos gestores públicos e, conseqüentemente, combater a corrupção e a improbidade administrativa.

Quanto às informações concernentes a procedimentos licitatórios e aos contratos celebrados, cabe ao Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul (TCE-RS) examiná-las detalhadamente, conforme o artigo 113 da Lei 8.666/1993, instituto jurídico das licitações e contratos administrativos. Esse tipo de controle administrativo exercido pelo Tribunal de Contas consubstancia-se em controle externo, isto é, o TCE, órgão auxiliar do Poder Legislativo, exerce controle sobre os demais poderes, competência definida pela Constituição Federal nos artigos 70 e 71, incisos II, III e IV, e pela própria Constituição Estadual, nos artigos 70 e 71, §§ 2º, 3º e 5º (BRASIL, 1988).

Tal função é tida como peculiar, já que o modelo do Tribunal de Contas no Brasil é “único no mundo. Ele não corresponde ao modelo tradicional, uma vez que assume funções fiscalizadoras que seriam típicas de controladoria, bem como procura assumir o papel de ouvidoria e órgão consultivo” (RIBEIRO, 2002, p. 91).

Esse controle deve estar sempre em ação, de forma contínua, isto é, ele pode ser prévio, concomitante e posterior aos atos da Administração. Controle prévio, já que o TCE tem o direito de solicitar, para exame de eventuais irregularidades, cópia de edital licitatório já publicado, conforme artigo 113, §2º da Lei 8.666/1993. Controle concomitante, enquanto realiza o acompanhamento do curso de todas as fases das licitações e dos contratos. E, finalmente, posterior, quando realiza o exame das contas anuais das despesas públicas.

Sendo assim, um dos papéis preponderantes do Tribunal de Contas é avaliar se as licitações e os contratos públicos obedecem ao ditame legal e se estão recobertos pelas especificidades elencadas pela legislação específica (Lei 8.666/93),

bem como pelos princípios constitucionais que devem seguir (FEITEN, 2014).

Ademais, recentemente, tendo em vista a criação da Instrução Normativa nº 6 de 2016 e da Resolução 1.050 de 2015, que visam aperfeiçoar o sistema de obtenção de informações dos entes jurisdicionados, em meio informatizado, por meio de fiscalizações rotineiras, para conferir maior agilidade e segurança ao controle externo e para disponibilizar tais informações à sociedade, o Tribunal de Contas assume um controle ainda mais amplo dessas licitações.

Tendo em vista a função do Tribunal de Contas no controle externo, o TCE-RS desenvolveu e implantou o Sistema de Controle de Licitações e Contratos administrativos, mais conhecido como LicitaCon. Essa ferramenta modifica como ocorrerá o controle externo dos procedimentos licitatórios efetuados pelos municípios.

Segundo o presidente do órgão, Cezar Miola, essa ferramenta se consubstancia em “uma importante aliada na prevenção e no combate às fraudes nas licitações públicas, proporcionando mais transparência e estimulando o controle social” (TCE, 2015). Esse sistema visa ampliar a fiscalização e o acompanhamento de todas as fases do processo das licitações – da abertura do processo administrativo até a homologação – e contratos – da celebração até o encerramento – no Rio Grande do Sul, de forma periódica.

O LicitaCon consubstancia-se em um modelo administrativo mais transparente e voltado ao desempenho, diminuindo a capacidade de a classe política influenciar na gestão dos órgãos públicos pela via da manipulação de cargos e verbas, e evitando, desse modo, possíveis fraudes em licitações e contratos públicos.

Na esfera municipal, o sistema teve início, em caráter facultativo, no dia 1º de dezembro de 2015, tornando-se obrigatória a sua implementação a partir de 02 de maio de 2016. Já na esfera estadual, por maior grau de complexidade, ele terá caráter facultativo a partir de 1º de dezembro de 2016, tornan-

do-se obrigatória a sua implementação somente a partir de 02 de maio de 2017.

De acordo com o artigo 6º da Resolução 1.050/2015 e o artigo 13, §4º, da Instrução Normativa 6 de 2016, o desatendimento a essas disposições, inclusive a inobservância dos prazos, e possíveis divergências entre os dados, informações e documentos enviados e os efetivamente registrados em meio documental ou informatizado pelo órgão ou entidade de origem, ensejarão a aplicação de multa nos termos regimentais, podendo, ainda, repercutir negativamente na apreciação ou no julgamento das contas das autoridades responsáveis (BRASIL, 2015).

Conforme já mencionado no artigo 3º da IN nº 06/2016, a alimentação do sistema será realizada, na íntegra, em todas as fases do procedimento licitatório e em todas as etapas da contratação. A licitação envolve quatro fases, dentre as quais, nesta ordem, fase interna, edital publicado, habilitação/propostas e homologação/adjudicação (BRASIL, 2016).

A primeira fase, a fase interna, compreende o cadastramento dos documentos, dados e informações relativos aos eventos que antecedem a publicação ou republicação do edital. A segunda, com o edital já publicado, engloba o cadastramento dos documentos, dados e informações relativos aos eventos que ocorrem a partir desse momento até a abertura do certame. Na terceira, serão cadastradas as propostas habilitadas mais vantajosas até que estas sejam homologadas. E, por fim, deverão ser cadastrados os documentos, dados e informações relativos aos eventos ocorridos durante a adjudicação e/ou homologação do certame licitatório, para que então a licitação seja efetivada com o contrato estabelecido entre o licitante vencedor e a administração pública (BRASIL, 2016).

Além disso, quando houver dispensa e inexigibilidade de licitação, também é preciso encaminhar seu respectivo extrato ao TCE, bem como a adesão à ata de registro de preços de outro órgão e os procedimentos de credenciamento e manifestação de interesse. Nesses casos, a fase Edital Publicado será

denominada Publicação, e não haverá fases de Habilitação/Propostas e Homologação/Adjudicação da licitação (BRASIL, 2016).

Já o contrato administrativo compreende apenas duas fases. A primeira é chamada de contrato, relativa ao encaminhamento de dados, documentos e informações de eventos que ocorram até a assinatura deste. Já a segunda, quando há a execução contratual, exige-se o registro do que ocorrer a partir de sua assinatura até o término de sua vigência.

Importante observar que, antes da existência do LicitaCon, a função de fiscalização do procedimento licitatório era atribuída a uma comissão, chamada de comissão de licitação. De acordo com o inciso XVI do art. 6º e art. 51, ambos da Lei nº 8.666/93, aquela era responsável por receber, examinar e julgar todos os documentos e procedimentos relativos às licitações e ao cadastramento de licitantes. No entanto, dentre tais documentos estão apenas os referentes à fase de habilitação/propostas. Assim, a comissão de licitação somente examinaria a conformidade das propostas apresentadas pelos licitantes com o preço corrente de mercado (artigo 43, inciso IV, da lei supracitada), de forma a evitar eventual conluio entre eles, formado para majorar artificialmente os preços ofertados, e então evitar possível prejuízo ao erário por superfaturamento.

Já quanto à fiscalização da execução contratual, a Lei 8.666/93, no art. 67, exige o acompanhamento de um agente da Administração, isto é, exige um fiscal para a fase da execução. Porém, este, não raro, é nomeado sem o suficiente conhecimento técnico para exercer tal função, o que abre brechas às fraudes e irregularidades.

Em contrapartida, com a ferramenta do LicitaCon, todos os detalhes pertinentes a todas as fases da licitação e do contrato serão conhecidos pelo Tribunal de Contas, ampliando a transparência de tais procedimentos e, por consequência, contribuindo para a constituição de uma boa Administração Pública.

Quanto à sua estrutura, o novo sistema possui dois módulos distintos de alimentação: um online, em que a inserção dos documentos, dados e informações será realizada mediante preenchimento online, denominado LicitaConWeb; e um off-line,

em que serão realizadas remessas de arquivos digitais padronizados, em conformidade com o leiaute e manual de instruções, chamado LicitaCon e-Validador (art. 4º, IN. nº 06/2016).

As remessas desse módulo off-line serão sempre cumulativas, compreendendo todos os arquivos, informações e documentos relativos às licitações e contratos em andamento na data do respectivo envio. Já as licitações e contratos encerrados e enviados anteriormente somente serão reenviados ao TCE caso ocorram alterações ou inclusão de novas informações (BRASIL, 2016).

Dessa forma, tecidas algumas considerações acerca da ferramenta do licitaCon e de como ela funcionará, será analisado se o Poder Público tem divulgado esses espaços de obtenção de informações e possível controle da Administração Pública.

Uma análise do estímulo do poder público conferido aos cidadãos para o acesso à ferramenta

Verificada a ferramenta do LicitaCon e a importância que ela assume para o exercício do controle das licitações (por parte do Tribunal de Contas e pela sociedade), analisar-se-á o (des) estímulo conferido pelo Poder Público aos cidadãos. Isto é, será visto se houve a divulgação dessa ferramenta e do acesso a ela.

É importante ressaltar que, por ser uma ferramenta ainda recente, os resultados da pesquisa serão incipientes, podendo haver posteriormente políticas públicas de incremento à transparência e à disponibilização de informações aos cidadãos.

No sítio eletrônico do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, é necessário ir à aba "jurisdicionados" e, assim, selecionar "sistemas de controle externo". A partir daí, surgem diversas opções e, dentre elas, está o "LicitaCon" (TCE, 2016).

Ao clicar em "LicitaCon", tem-se uma apresentação sobre o sistema, e o que chama atenção é que está disposto que:

A partir de uma sistemática que permite o acompanhamento da licitação durante todas as fases do processo, e do contrato desde sua celebração até o seu encerramento, o LicitaCon irá ampliar a capacidade de monitoramento das contratações públicas, conferindo maior eficiência às atividades de controle desenvolvidas pelo TCE-RS (TCE, 2016).

O Tribunal de Contas, na apresentação da ferramenta do LicitaCon, aponta a importância da ferramenta apenas para fins de um maior controle externo realizado pelo órgão, não abordando a questão de ser um instrumento que deveria também ser relevante para o controle social e para a accountability vertical.

Ao realizar a leitura da apresentação, tem-se a impressão de que a ferramenta foi elaborada exclusivamente para facilitar e auxiliar no controle do Tribunal de Contas. No entanto, a Lei de Acesso à Informação, que é o marco legal para o desenvolvimento dos sítios eletrônicos da Administração Pública direta e indireta, traz a importância dos portais da transparência para o controle social.

Tendo em vista que o LicitaCon se constitui em uma ferramenta para, também, aperfeiçoar os portais da transparência e a disponibilização de informações públicas, esse instrumento deve ser constituído com o intuito de que o controle social seja viabilizado.

Somente ao selecionar a aba “perguntas frequentes” se tem conhecimento de que:

Como se dará a disponibilização dos dados do LicitaCon para a sociedade?

A equipe do projeto está desenvolvendo o chamado módulo Cidadão do LicitaCon, o qual permitirá, em futuro próximo, que todo o cidadão possa consultar pela internet as informações, dados e documentos relativos às licitações e contratos administrativos realizados pelos entes públicos estaduais e municipais.

A expectativa é que em meados de 2016 o LicitaCon Cidadão já esteja disponível no portal do TCE-RS (TCE, 2016).

Dessa forma, o LicitaCon foi primeiramente desenvolvido como uma ferramenta para o controle externo do Tribunal de Contas, para, após, ser disponibilizado para a sociedade. Isso

aparenta que uma maior importância é concedida ao controle externo stricto sensu (Tribunal de Contas) do que ao lato sensu (cidadãos).

Ainda, há que se apontar a dificuldade existente de se buscar as informações do LicitaCon no sítio eletrônico do Tribunal de Contas, não havendo em seu layout uma aba própria para o LicitaCon. Dessa forma, o usuário deve percorrer pelo sítio desse órgão para que consiga localizar a ferramenta, e deve já ter conhecimento prévio desse instrumento, pois, sem isso, dificilmente o usuário irá localizar o LicitaCon.

A partir dessa breve análise do portal do TCE-RS, tem-se a impressão de que o fato de que a ferramenta do LicitaCon, que primeiramente foi idealizada para utilização pelos servidores dos tribunais de contas, e, somente após, desenvolvida e disponibilizada para a sociedade, incorre em uma grave falha: tal instrumento não foi desenvolvido com o fito de atender aos cidadãos. Nesse sentido, também se percebe que não há estímulo do poder público para o acesso a ferramentas que viabilizem o controle social.

Considerações finais

Visto que a Lei de Acesso à Informação é um marco para a concretização dos portais da transparência, que visa, além de possibilitar o acesso às informações públicas, viabilizar o controle social da Administração Pública, esta legislação estabeleceu a necessidade de criação de portais da transparência pelos entes federados. Com isso, a partir desses portais, houve a necessidade de implementação da ferramenta do licitaCon.

Nesta senda, analisou-se, primeiramente, a democracia participativa e o controle social, visto que, com a Constituição Federal de 1988, essas figuras se demonstram mais presentes. Com o advento do Estado Democrático de Direito, faz-se necessário que os cidadãos possam participar e fiscalizar, e para isso deve haver transparência da Administração Pública.

Diante disso, perquiriu-se acerca da recente ferramenta implementada pelo Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, qual seja, o LicitaCon. Teceram-se considerações sobre esse instrumento, e de que modo ele auxilia e inova no controle das licitações públicas.

No entanto, o terceiro ponto analisou se o Poder Público vem estimulando e divulgando tal ferramenta, com o fito de que os cidadãos se apropriem dela. Foi detectado, contudo, que o LicitaCon foi desenhado para facilitar o controle exercido pelo Tribunal de Contas, não se atendo ao controle social.

Desse modo, verifica-se que há previsão da democracia participativa e do controle social na Constituição Cidadã, bem como uma legislação que assegura que o Estado deve viabilizar a participação popular e o controle social, mas isso não é concretizado ou não é divulgado.

A ferramenta do LicitaCon, primeiramente, deveria ser projetada pensando em atender tanto ao Tribunal de Contas quanto à sociedade. Entretanto, a ferramenta apresenta-se como planejada tão somente para contribuir no controle do TCE-RS. No entanto, os servidores do tribunal têm entendimento de linguagem técnica e estão mais bem preparados para acessar o licitaCon do que a sociedade.

A partir do presente trabalho, verifica-se que há a necessidade de alterar essa conjuntura, devendo haver ferramentas que possibilitem a participação popular e o controle social, e que sejam planejadas para atender a esse fim.

Referências

ALMOND, G. A.; VERBA, S. *The Civic Culture*. Boston: Little Brown & Co., 1965.

BRASIL. Constituição Federal (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. Instrução Normativa nº 6 de 27 de abril de 2016. Dispõe sobre os prazos e demais regras técnicas relativas à alimentação do Sistema de Licitações e Contratos – LicitaCon pelos órgãos e entidades jurisdicionados do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul. Disponível em: <http://www1.tce.rs.gov.br/portal/page/portal/tcers/jurisdicionados/sistemas_controle_externo/licitacon/legislacao/IN_06_Licitacon.pdf>. Acesso em 13 junho 2016.

_____. Resolução 1050 de 12 de novembro de 2015. Dispõe sobre o envio e a disponibilização, por meio do Sistema de Licitações e Contratos – LicitaCon, de dados, informações e documentos relativos a licitações e contratos administrativos dos poderes, órgãos e entidades jurisdicionados do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul. Disponível em: <http://www1.tce.rs.gov.br/portal/page/portal/tcers/jurisdicionados/sistemas_controle_externo/licitacon/legislacao/Resolucao_1050.pdf>. Acesso em 13 junho 2016.

_____. Lei 8.666 de 21 de junho de 1993. Lei de licitações e contratos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em 13 junho 2016.

_____. Lei 12.527 de 18 de novembro de 2011. Lei de acesso à informação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm>. Acesso em: 10 jun. 2016.

COLEÇÃO OLHO VIVO. Controle Social. Orientações aos cidadãos para participação na gestão pública e exercício do controle social. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/controlesocial/arquivos/controlesocial2012.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2016.

CUNNINGHAM, Frank. Teorias da democracia: uma introdução crítica. Tradução de Delmar José Volpato Dutra. Porto Alegre: Artmed, 2009.

FEITEN, Pedro Reinaldo. A competência fiscalizatória constitucional do Tribunal de Contas do estado do Rio Grande do Sul e a sua relação com a autonomia pública municipal. 2014. 119 f. Dissertação (MESTRADO) - Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2014.

FILGUEIRAS, Fernando. Além da transparência: *accountability* e política da publicidade. *Revista Lua Nova*, São Paulo, n. 84, p. 65-94, set./dez., 2011.

LIKERT, Rensis. *New Patterns of Management*. Nova York: McGraw Hill, 1961.

PATEMAN, Carole. *Participação e teorias da democracia*. Tradução de Luiz Paulo Rouanet. Rio de Janeiro: Paz e terra, 1992.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Democracia republicana e participativa. *Novos Estudos Cebrap*, v. 71, p. 77-91, mar., 2005.

RIBEIRO, Renato Jorge Brown. *Controle externo da administração pública federal no Brasil*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

SALGADO, Eneida Desiree. *Lei de Acesso à Informação (LAI): comentários à Lei nº 12.527/2011 e ao Decreto nº 7.724/2012*. São Paulo: Atlas, 2015. (Coleção direito administrativo positivo; v. 33/ Irene Patrícia Nohara, Marco Antonio Praxedes de Moraes Filho, coordenadores).

SMULOVITZ, Catalina; PERUZZOTTI, Enrique. *Societal accountability in Latin América*. *Journal of Democracy*, vol. 11, n. 4, 2000.

TCE. *Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul capacita servidores municipais para o uso de banco de licitações*, 2015. Disponível em: <http://www1.tce.rs.gov.br/portal/page/portal/tcers/administracao/gerenciador_de_conteudo/noticias/TCERS%20capacita%20servidores%20municipais%20para%20uso%20de%20banco%20de%20licita%E7%F5es>. Acesso em 13 junho 2016.

A TUTELA DOS INTERESSES DO TITULAR DE EIRELI (EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDADE LIMITADA)*

MARIO EDERICH FILHO**

* Eixo temático: linha 1: tutelas à efetivação de direitos públicos incondicionados

** Advogado e analista técnico de Registro do Comércio da Junta Comercial do Rio Grande do Sul. Especialista em Direito Empresarial e Societário pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). Mestrando em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). E-mail: ederich.mario@gmail.com

Resumo

O presente artigo tem como objetivo apresentar a solução adotada pelo legislador brasileiro para limitar a responsabilidade do empresário que atua de forma singular. Indica a opção do legislador por uma forma não societária e faz considerações sobre a natureza jurídica da Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI) e as suas características próximas ao patrimônio de afetação e da sociedade unipessoal. Apresenta os aspectos polêmicos da EIRELI referente a sua personalidade jurídica, a necessidade de capital mínimo, a capacidade de ser titular da EIRELI e a competência para o registro dos atos constitutivos. Analisa a tutela da proteção dos direitos do titular de EIRELI.

Palavras-chave: Forma não societária. Limitação da responsabilidade do empresário individual. Natureza jurídica da EIRELI. Personalidade jurídica. Registro de ato constitutivo. Titularidade.

Abstract

This article aims to present the solution adopted by the Brazilian legislature to limit the liability of businessman who works a singular way. Indicates the legislature's choice of a non-corporate form and raises questions regarding the legal nature of Individual Limited Liability Business (EIRELI), and their similar characteristics to asset allocation and single-member company. It presents controversial aspects of EIRELI regarding its legal personality, the need for minimum capital, the ability to hold the EIRELI and competence for registration of incorporation. Analyzes the protection of protection of the rights EIRELI owner.

Keywords: Not corporate form. Limitation of Individual Entrepreneur's responsibility. Legal Nature of EIRELI. Legal personality. Constitutive act of registration. Ownership.

Introdução

Sem sombra de dúvida, o legislador, ao criar a Empresa Individual de Responsabilidade Limitada, com a edição da Lei nº 12.441/2011, respondeu ao anseio de diversos setores da economia e de doutrinadores de Direito Empresarial que entendiam a necessidade de um instituto que possibilitasse tal benefício ao empreendedor que atua de forma singular.

A limitação de responsabilidade do empresário individual por meio da constituição de uma nova pessoa jurídica, a Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI), trouxe avanço para o Direito, ultrapassando os obstáculos referentes à possibilidade de afetar parcela do patrimônio para determinada finalidade e à atribuição de personalidade jurídica a um ente não coletivo.

O presente artigo apresenta a origem da EIRELI e as discussões sobre a teoria da unidade do patrimônio. O artigo expõe os debates sobre a natureza jurídica da Empresa Individual de Responsabilidade Limitada e a proximidade com as demais figuras jurídicas existentes em nosso ordenamento jurídico.

A inclusão de uma nova pessoa jurídica no ordenamento jurídico acarreta um problema quanto ao seu tratamento jurídico, já que se aproxima das figuras do patrimônio de afetação, em virtude da necessidade de um destaque do patrimônio, e a aproxima, por outro, da sociedade unipessoal.

O artigo apresenta os aspectos polêmicos dessa nova pessoa jurídica, já que o legislador deixou muito espaço em branco ou inclusive contraditório, que acarreta problemas na aplicação da norma.

O trabalho expõe a personalidade jurídica da EIRELI e os efeitos da não inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis, a cargo das Juntas Comerciais, e no Registro Civil de Pessoas Jurídicas. Explana sobre o capital mínimo e se o valor do capital interfere na liberdade de iniciativa esculpida na Constituição Federal, bem como apresenta a discussão sobre

a possibilidade de constituição de EIRELI por pessoa jurídica, sendo que apresenta os entendimentos do Conselho da Justiça Federal, da Instrução Normativa do Departamento de Registro Empresarial e Inovação (DREI), órgão técnico ao qual são subordinadas tecnicamente as Juntas Comerciais e o entendimento dos Cartórios de Registro Civil de Pessoas Jurídicas.

Para a elaboração do trabalho, foi utilizado material bibliográfico que contivesse o enfrentamento dessas matérias, bem como foi pesquisada jurisprudência atualizada e realizada consulta aos documentos públicos que tratam sobre a matéria.

A adoção da limitação da responsabilidade do empresário individual em forma não societária no direito brasileiro

Há muito tempo a atividade empresária necessitava da possibilidade da limitação da responsabilidade do empresário que atua de forma singular, portanto, não é matéria nova no Direito Empresarial. Após anos de produção doutrinária sobre o assunto e muito tempo depois de a grande maioria dos países adotar a possibilidade do exercício da empresa de forma singular com limitação da responsabilidade, o legislador brasileiro editou a Lei nº 12.441/2011, que acrescentou o artigo 980-A ao Código Civil, instituindo a Empresa Individual de Responsabilidade Limitada.

A discussão sobre a limitação da responsabilidade do empresário individual é muito mais antiga, sendo que uma das obras mais importantes sobre o tema foi do professor Sylvio Marcondes Machado, no longínquo ano de 1956.

A doutrina jurídica nacional por muito tempo posicionou-se contrariamente à limitação da responsabilidade do empresário individual, por dois motivos: o primeiro, pelo conceito civilista, tendo como um dos seus defensores o professor Clóvis Beviláqua, que não admitia a pluralidade de patrimônios para uma pessoa, já que o patrimônio era decorrente da personalidade,

portanto, definia “um homem, um patrimônio” (SOUZA, 2009); o segundo, porque não haveria a possibilidade jurídica da constituição de uma sociedade por uma única pessoa.

No Brasil, o princípio da unidade patrimonial do devedor sempre esteve presente, desde o Código Civil de 1916, quando atribuiu caráter universal ao patrimônio e à herança, e, no novo Código Civil, que define como uma universalidade de direito o complexo de relações jurídicas de uma pessoa, dotadas de valor econômico (NEGRÃO, 2010, p. 284).

Calixto Salomão Filho (1995, p. 28) esclarece as origens da designada teoria da unidade do patrimônio do indivíduo na França pós-revolução. Dessa forma, esclarece que a teoria da unidade do patrimônio foi dominante na França, em razão da visão do sujeito antropocêntrico presente no Código Napoleônico, que estabelecia que cada pessoa somente poderia ter um único patrimônio, impedindo a distinção ente personalidade e patrimônio, somente podendo ser limitada a responsabilidade por meio da forma societária.

O professor Calixto Salomão Filho expõe que a confusão existente entre o sujeito – o empresário – e o objeto – a atividade empresarial – é a base das críticas teóricas, e explica a necessidade de os empresários poderem afetar uma parcela do patrimônio a algum fim específico. Esclarece que não existe incoerência sistemática, salientando que, já no Código Civil francês, não poderia efetuar-se a separação do patrimônio para o exercício da empresa, nem com o princípio da autonomia da vontade, (SALOMÃO FILHO, 1995, p. 28).

O professor José Tadeu Neves Xavier (2012, p. 17) ressalta o caráter objetivo da limitação da responsabilidade, esclarecendo que o fenômeno da limitação é um instrumento eficaz para a evolução econômica.

A edição da Lei 12.441/2011, com a inclusão da Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI), encerrou a polêmica da existência de mais de um patrimônio para uma única pessoa, e trouxe ao cenário jurídico novamente a discussão sobre qual forma deveria ser utilizada para a limitação da responsabilidade do empresário que atua singularmente.

Não há dúvidas de que a criação da EIRELI representa evolução no cenário jurídico nacional, mas algumas dificuldades oriundas de um modelo não societário devem ser debatidas para o desenvolvimento do instituto ou evolução da estrutura que limite a responsabilidade do empresário.

O legislador brasileiro, ao possibilitar a limitação da responsabilidade do empresário que atua de forma singular, optou por não utilizar a forma societária e também se afastou das correntes que criavam um patrimônio de afetação para o exercício da atividade empresarial.

A opção do legislador brasileiro criou uma solução para o problema da responsabilidade do empresário que atua singularmente no mercado. A solução adotada pelo Direito brasileiro é ímpar comparada às soluções adotadas em outros países, como a sociedade unipessoal, o empresário individual de responsabilidade limitada e o estabelecimento individual de responsabilidade limitada.

Cinco anos antes da edição da Lei nº 12.441/2011, o legislador brasileiro já havia tentado solucionar o problema da limitação da responsabilidade do empresário individual, porém, somente abrangendo os empresários enquadrados como microempresas e empresas de pequeno porte, na Lei Complementar nº 123/2006, que criou o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, estabelecendo, no artigo 69, a figura do empreendedor individual de responsabilidade limitada.

Esse artigo foi vetado pelo presidente da República, porém, foi objeto de submissão de estudos no Ministério da Fazenda para a criação de uma figura que limitasse a responsabilidade do empresário individual.

Voltamos à opção do legislador brasileiro que acresceu o artigo 980-A ao Código Civil e criou a EIRELI (Empresa Individual de Responsabilidade Limitada). O legislador brasileiro optou por utilizar a expressão empresa nessa nova pessoa jurídica, porém essa designação é controversa, e apresenta-se como uma evolução do Código Civil de 2002, que optou por conceituar o sujeito que exerce profissionalmente a atividade

econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços.

Segundo Alfredo de Assis Gonçalves Neto (2008, p. 68), o legislador não se preocupou em definir o conceito de empresa no Código Civil, porém, em diversas passagens, faz referência a empresa, destacando-se o aspecto funcional, dentro do conceito de Asquini, inclusive dentro do conceito legal de empresário, ou seja, a da atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços.

Quanto aos perfis nos quais se apresenta a empresa, é inegável que o Direito brasileiro sofreu influência muito forte dos conceitos destacados por Alberto Asquini. Nesse sentido, Alfredo de Assis Gonçalves Neto (2008, p. 49) esclarece:

Na verdade, a empresa, como organização dos fatores de produção, interessa ao direito em geral, cujos ramos tratam-na diversa e peculiarmente sob os aspectos ou prismas que lhes são próprios. Isso foi evidenciado por ASQUINI que enxergou a empresa, perante o direito, sob estes quatro perfis: subjetivo (como sujeito de direito, identificando-a, portanto, com a figura do empresário); corporativo (como organismo envolvendo as relações jurídicas internas entre o empresário e seus prepostos); objetivo (como objeto de direito, materializando-se pelo conjunto de bens nela reunidos e correspondendo a noção de estabelecimento empresarial); e funcional (como a atividade desenvolvida de forma organizada) – só esses dois últimos compreendendo a matéria tratada pelo direito comercial.

No mesmo diapasão, José Tadeu Neves Xavier (2012, p. 40) aponta que, no direito empresarial brasileiro, não obtiveram êxito as três primeiras acepções de empresa: subjetivo, corporativo e objetivo. Houve preponderância do lado funcional da empresa, ou seja, da atividade econômica organizada e desenvolvida pelo empresário, singular ou de forma societária.

Segundo esse mesmo autor (2012, p. 40), ao atribuir a personalidade jurídica à empresa individual de responsabilidade limitada, o legislador contrariou o entendimento jurídico e quebrou a coerência da linguagem jurídica dentro do próprio Código Civil.

A crítica realizada à designação adotada pelo legislador é decorrente da teoria poliédrica de Alberto Asquini, seguida pela doutrina jurídica empresarial brasileira, e internalizada em nosso ordenamento jurídico, conforme é possível visualizar em diversos dispositivos do Código Civil, como por exemplo no artigo 966, que define o sujeito que exerce a atividade empresária e no artigo 1.142, que conceitua o estabelecimento, caracterizando os perfis subjetivo e objetivo, respectivamente

O legislador de 2011, que criou a figura da EIRELI, atribuiu personalidade jurídica à empresa, confundindo o sujeito que exerce a atividade econômica com a própria atividade econômica. Agindo dessa forma, tornou mais complexa a função de definir a natureza jurídica dessa nova pessoa jurídica.

Apesar de a designação da EIRELI criar uma confusão de conceitos dentro do nosso ordenamento jurídico, essa nova pessoa jurídica consolidada no Direito brasileiro a limitação da responsabilidade do empresário individual. O professor José Tadeu Neves Xavier (2012, p. 43) identifica uma situação de ganho social, já que incentiva a pequena e a média empresa, possibilitando de forma efetiva a função social da empresa; por outro lado, essa nova figura desestimula a utilização de “laranjas” e “testas de ferro” na formação de sociedades limitadas que na verdade servem para somente um único proprietário.

A leitura do artigo 980-A define os requisitos para a constituição da EIRELI, não trazendo em seu bojo o conceito para essa nova figura jurídica. Assim, o dispositivo legal mencionado caracteriza a EIRELI como sendo constituída por uma única pessoa, com capital totalmente integralizado de no mínimo 100 (cem) vezes o maior salário mínimo vigente no país.

Ainda, traz os aspectos da formação do nome empresarial e a impossibilidade de a pessoa natural ser titular em mais de uma empresa desse tipo jurídico, e também a possibilidade de transformação quando houver a concentração das quotas de outra modalidade societária em um único sócio. Possibilitou a constituição de EIRELIs para a prestação de serviços de qualquer natureza, e para perceber a remuneração decorrente da cessão de direitos patrimoniais de autor ou de imagem, nome,

marca ou voz de que seja detentor o titular da pessoa jurídica, vinculados à atividade profissional e aplicação das regras da sociedade limitada.

Como a pretensão deste tópico é falar sobre a natureza jurídica, não abrange a existência de capital mínimo, bem como a sua vinculação ao salário mínimo, o que prejudica o ente criado, porque continua obrigando o titular a emitir declaração falsa, já que muitas vezes o ato constitutivo somente declara um valor de capital que não corresponde à realidade, como antes era realizado com o sócio que na verdade não era sócio.

Ainda, também não será abordada a interpretação efetivada pelo DREI (Departamento de Registro Empresarial e Inovação), órgão que substituiu o DNRC (Departamento Nacional de Registro do Comércio), referente à exclusividade de constituição de EIRELIs somente com pessoas naturais, e ainda, a obrigatoriedade de atualização do capital para o valor mínimo, sempre que a empresa proceda a alteração do seu ato constitutivo.

A interpretação do DREI, positivada por meio de uma Instrução Normativa que aprovou o Manual de Atos da EIRELI, IN 10 DREI, extrapolou os limites da interpretação para um órgão do Poder Executivo, restringindo somente às pessoas naturais a constituição de EIRELI, e criou a obrigação de atualização de capital.

Ainda, quanto à instituição de Empresa Individual de Responsabilidade Limitada por pessoa jurídica, a Jornada de Direito Civil do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal também criou enunciado estabelecendo a constituição de EIRELIs somente por pessoas naturais

Para resolver esses problemas interpretativos, já estão em tramitação no Congresso Nacional projetos de lei incluindo de forma expressa a possibilidade de constituição por pessoas jurídicas. Quanto ao capital, há uma ADIN de nº 4.367, ajuizada pelo PPS (Partido Popular Socialista), discutindo a constitucionalidade do capital mínimo vinculado ao valor salário mínimo.

A indicação desses problemas torna necessária a definição da natureza jurídica, afastando e aproximando de outras espécies, societárias e não societárias.

Jose Tadeu Neves Xavier (2012, p. 44) entende que, no momento da inserção de uma nova figura jurídica como foi a EIRELI, cheia de discussões prévias sobre a sua essência, e cumulado com as experiências no direito comparado, há uma dificuldade inicial ao tratamento jurídico a essa inovação legislativa. De acordo com esse autor, há concentração dessa discussão nas figuras do patrimônio de afetação ou patrimônio separado e a sociedade unipessoal para a definição da forma como será o tratamento jurídico da EIRELI.

O professor Jose Tadeu Neves Xavier aponta um caráter fundacional às empresas individuais de responsabilidade limitada, aproximando-as das figuras do patrimônio separado, havendo destaque de certa parcela patrimonial, sendo que o patrimônio segregado após o registro ganha autonomia e personalidade jurídica (XAVIER, 2012, p. 45).

O ato constitutivo da EIRELI é formado por uma declaração unilateral do seu titular, semelhante ao ato que institui fundações de direito privado. Mas, ao contrário das fundações, que se dissociam do seu titular em definitivo, perseguindo o fim para o qual foram criadas, na EIRELI não há essa separação absoluta de vontades, confundindo-se e podendo ser modificada com o decurso do tempo.

Essa confusão de vontades em conjunto com a possibilidade de alteração dos próprios objetivos econômicos com o decorrer do tempo por decisão do seu titular afasta a natureza jurídica da EIRELI da natureza das fundações, porém, a formação de um patrimônio para o exercício de uma atividade e também a confusão criada pelas vontades da pessoa jurídica e do seu titular deixa bem próxima a figura da EIRELI à das fundações.

Nesse sentido, José Tadeu Neves Xavier (2012, p. 46) define que a principal distinção entre a natureza jurídica das fundações e a das empresas individuais de responsabilidade limitada é a total desvinculação patrimonial, na fundação, entre

o instituidor e a entidade criada, já que na EIRELI o titular fica vinculado à pessoa jurídica.

Para a definição da natureza jurídica da EIRELI, devem ser delimitadas as características com outros entes do nosso ordenamento jurídico. Há completa delimitação frente ao empresário individual, em virtude de a responsabilidade deste ser ilimitada e não ter personalidade jurídica (XAVIER, 2012, p. 46).

O legislador, ao criar a Empresa Individual de Responsabilidade Limitada em nosso ordenamento jurídico, a princípio também não tinha visualizado a complexidade da definição da natureza jurídica dessa nova pessoa jurídica, já que, nos dispositivos legais referentes à nova pessoa jurídica, usou a expressão social para caracterizar o capital e a denominação, aproximando-os do conceito de sociedade. E para ressaltar a natureza societária desse novo ente, o legislador atribuiu a aplicação das mesmas regras das sociedades limitadas às EIRELIs, no que coubesse.

O legislador atribuiu a necessidade de um patrimônio mínimo para a constituição de uma EIRELI, mas nas demais regras a aproximou das sociedades, inclusive utilizando a expressão social que denota sociedade. Cumpre salientar que, apesar da tentativa de enunciados do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal pretenderem conceituar como uma sociedade, estes não foram aprovados. Há dois enunciados dessas jornadas que tratam do artigo 980-A, que afasta a EIRELI do conceito de sociedade, uma sobre a inadequação do uso da expressão "social" e de que a EIRELI se trata não de uma sociedade, e sim de um novo ente jurídico personificado.

Jose Tadeu Neves Xavier (2012, p. 50) entende que não se trata de uma nova figura societária, já que, se fosse dessa forma, o legislador não a tipificaria como nova pessoa jurídica, além de criar um título específico, posicionando-o previamente ao título que trata das sociedades.

O legislador brasileiro criou uma forma de limitar a responsabilidade do empresário que atua de forma singular, após décadas de debate sobre a necessidade do instituto que resolvesse esse problema, porém, há a necessidade da construção

doutrinária para preencher as lacunas existentes sobre esse novo ente jurídico.

José Tadeu Neves Xavier (2012, p. 53) enaltece o trabalho do legislador e remete ao doutrinador a construção e evolução desse instituto, devido ao ativismo doutrinário, em face da vagueza no conteúdo legal.

A EIRELI é um ente jurídico que pôs fim ao problema da limitação da responsabilidade do empresário individual e tornou mais seguro e menos arriscado empreender no país, já que, em momentos em que o país enfrenta recessão econômica, sempre será necessária a existência de pessoas que, por meio do exercício de uma atividade econômica, gerem lucros e movimentem a economia.

Porém, ao tratar da natureza jurídica, apesar de ares de patrimônio separado e de sociedade unipessoal, o certo é que a instituição de tal ente no Direito brasileiro ultrapassou as barreiras civilistas da impossibilidade de uma pessoa possuir mais de um patrimônio, apesar de haver um resquício mínimo na questão da impossibilidade de uma pessoa natural deter mais de uma Empresa Individual de Responsabilidade Limitada.

Mas a criação de uma nova figura jurídica não societária para a limitação da responsabilidade do empresário individual não se coaduna com a atividade empresarial, que deve ser dinâmica, e a forma adotada pelo legislador brasileiro aumenta os custos de transação, bem como prejudica a negociação dessa empresa quando o titular pretende vender o controle, total ou parcialmente.

Conflito dos interesses do titular de Eireli

Antes da entrada em vigor da Lei 12.441/2011, quem resolvesse exercer a atividade empresária poderia adotar duas formas: empresário individual e sociedade empresária. Ao adotar a forma de empresário individual, inexistia autonomia patrimonial e limitação de responsabilidade, bem como não

há a criação de uma nova pessoa jurídica. Ao adotar a forma societária, poderia haver autonomia patrimonial e limitação de responsabilidade dos sócios. Quanto à forma societária, deve ser ressaltado que nem todas as sociedades têm personalidade jurídica, e que a responsabilidade patrimonial oriunda das obrigações da sociedade pode variar de obrigações subsidiárias ou limitada, dependendo do tipo jurídico adotado (CANTALLI e ALVES, 2015, p. 112).

A criação de um novo tipo jurídico para exercer a atividade empresária, com a inclusão do artigo 980-A, bem como a inserção de um novo título dentro do Livro referente ao Direito de Empresa, trouxe um novo sujeito, uma nova forma de empresário.

O debate referente à definição da natureza jurídica da Empresa Individual de Responsabilidade Limitada trouxe as proximidades dessa nova pessoa jurídica com as noções de patrimônio separado, característica das fundações, bem como a proximidade com a forma societária de sociedade empresária unipessoal. Vislumbra-se que o desenlace dessa discussão foi realizado pelo próprio legislador, que reconheceu a personalidade jurídica e criou uma nova pessoa jurídica.

O legislador estabeleceu que a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado começa com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro. É uma regra geral a todas as pessoas jurídicas, inclusive às empresas individuais de responsabilidade limitada. A questão da personalidade jurídica da EIRELI traz uma indagação referente à possibilidade de existência de EIRELI irregular, da mesma forma que a sociedade em comum.

O legislador estabeleceu como regra geral a obrigatoriedade do registro antes do início das atividades do empresário, sendo que se trata de uma regra geral, determinada tanto ao empresário individual como àqueles que atuam em forma de sociedade e, agora, aos que atuam em forma de EIRELI.

Assim, o legislador não criou uma figura de uma Empresa Individual de Responsabilidade Limitada irregular da forma que o fez para a sociedade. Porém, o efeito da não inscrição da EIRELI no registro próprio gera desvantagem, sendo a principal a

responsabilidade ilimitada, porém, outras consequências negativas ocorrem em decorrência da ausência de inscrição.

Essas consequências negativas são as mesmas que as enfrentadas pelo empresário irregular ou pela sociedade em comum, já que a EIRELI deve ser vista como uma forma de exercício da atividade de empresário. Assim, a EIRELI irregular não tem legitimidade ativa para requerer o pedido de falência de outro empresário, individual ou sociedade, bem como não pode requerer recuperação judicial.

Um caso que deve ser mencionado é referente à decretação da falência, já que a EIRELI irregular pode ter a falência decretada, bem como pedir a autofalência, já que, dentre os requisitos para a propositura desse pedido, consta expressamente, no inciso IV, artigo 105, da Lei nº 11.101/2005, a possibilidade de inexistência de contrato social ou estatuto.

O efeito da decretação da falência é nefasto, já que a EIRELI irregular não pode autenticar os seus livros fiscais, o que acarreta sempre em falência fraudulenta e na responsabilização criminal do seu titular.

Ainda, a EIRELI irregular está impossibilitada de participação em concorrência pública e inscrição no CNPJ, bem como nos demais cadastros fiscais. Portanto, a ausência de dispositivos legais que tratem sobre essa matéria parece ser desnecessária, já que a legislação já trata sobre o empresário irregular.

Para completar o tópico referente à personalidade jurídica e ao exercício da atividade empresária por pessoa jurídica, mencionaremos o professor Fábio Ulhoa Coelho (2013, p. 127), que afirma que a exploração da atividade econômica pode ser por pessoa física ou jurídica, uma sociedade, concluindo que não pode ser chamado de empresário o sócio de uma sociedade.

Apesar de a edição do livro ser do ano de 2013, esse conceito deve ser atualizado, já que a empresa – vista como atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços – pode ser exercida agora por duas formas de pessoa jurídica: a sociedade empresária e a Empresa Individual de Responsabilidade Limitada. Consequentemente, a

personalidade jurídica atribuída à EIRELI a transforma em um ente autônomo distinto do seu titular, portanto, quem exerce a atividade é a EIRELI, e não o seu titular.

A Empresa Individual de Responsabilidade Limitada deve possuir um capital mínimo de 100 (cem) vezes o maior salário mínimo do país, totalmente integralizado. Quanto à forma de integralização, também é possível a integralização com bens ou moeda corrente nacional. Conforme Cantali e Alves (2015, p. 112), o capital não será dividido em quotas ou ações, e a regra é a unicidade do capital, já que integralizado por uma única pessoa.

A exigência de capital mínimo para a constituição de uma EIRELI é objeto de ADIN, como foi visto no tópico referente à natureza jurídica da EIRELI. Porém, o principal problema referente ao capital mínimo refere-se à ofensa à livre-iniciativa

Não serão tratados o papel do capital social nas sociedades, o capital inicial nas EIRELIs e seu papel de garantia mínima aos credores, bem como a subcapitalização das empresas. O não tratamento neste trabalho não significa desprestígio a esse assunto, já que é digno de importância e poderia haver trabalho doutrinário somente sobre esse tema. Volta-se o enfoque à livre-iniciativa.

Apesar de muitas atividades empresárias receberem previsão expressa do legislador quanto à necessidade de capital social mínimo, observa-se que o legislador, ao positivizar sobre o Direito Empresarial, deixou ao arbítrio do empreendedor a fixação do valor inicial para começar uma empresa. Nesse sentido, CASTRO (2013) afirma que o legislador se inspirou no princípio da livre-iniciativa, atribuindo ao empreendedor o quantum necessário para o desenvolvimento da atividade.

O valor do capital mínimo serve de proteção a terceiros que negociam com a empresa, servindo de garantia mínima aos credores dessa empresa, porém, de outro lado, acaba desestimulando o investimento nesse tipo de empresa (CASTRO, 2013).

Não há dúvidas de que o legislador restringiu a livre-iniciativa dos empresários que queiram adotar esse novo tipo

jurídico para exercer a atividade empresária, já que obrigou a integralização de um valor mínimo para a constituição dessa nova pessoa jurídica, independentemente da atividade que será exercida pelo empresário. Ao impor um capital mínimo, o legislador retirou do empresário a possibilidade de este definir o valor que entende necessário para o exercício da atividade, mantendo-a lucrativa.

O legislador, ao estipular um valor mínimo de capital, retirou a liberdade do empresário para avaliar qual seria o real valor necessário para o exercício de uma atividade, podendo ser excessivo, para determinadas atividades empresárias, acarretando em dois problemas: a continuidade da utilização de sócios “laranjas” para alcançar a limitação da responsabilidade e a declaração falsa em seus atos constitutivos, já que não é necessária a comprovação da integralização desse capital.

Para solucionar esse problema, existem diversos projetos de lei que reduzem o valor desse capital mínimo, bem como a ADI 4.637, ainda pendente de julgamento, que visa a eliminação da exigência do capital mínimo.

Porém, a eliminação da necessidade de um capital mínimo para a constituição de uma EIRELI modificaria a natureza jurídica desse instituto, afastando-o completamente da figura de patrimônio separado ou patrimônio de afetação, ficando mais próximo da figura de sociedade unipessoal. Ao que parece, o legislador teve uma preocupação com a garantia mínima aos terceiros que negociam com a empresa, afetando uma parcela mínima de patrimônio para honrar com as obrigações assumidas pela EIRELI.

O assunto sobre a titularidade da EIRELI não se pauta somente na questão referente a se somente pessoa natural pode ser titular de EIRELI, ou se é possível uma pessoa jurídica assumir a titularidade da EIRELI.

Existe uma discussão ascendente sobre o ponto mencionado acima referente à possibilidade de constituição por pessoa jurídica. Como foi visto no tópico referente à natureza jurídica, o Conselho da Justiça Federal e o Departamento de Registro Empresarial e Inovação (DREI) já positivaram o entendimento

sobre a impossibilidade de constituição por pessoa jurídica de uma EIRELI, por meio de enunciado que, apesar de não ter força cogente, serve de fundamentação para as decisões dos órgãos do Poder Judiciário, e por Instrução Normativa do DREI, que unifica a aplicação da norma nas Juntas Comerciais do país.

No estado do Rio de Janeiro, foi impetrado mandado de segurança visando a possibilidade de transformar sociedade limitada em EIRELI, sendo que esta, resultante da transformação, teria como titular uma pessoa jurídica.

Inclusive houve decisão judicial conflitante no estado do Rio de Janeiro que concedeu a liminar em mandado de segurança preventivo contra a Junta Comercial do Estado do Rio de Janeiro. O juiz de primeiro grau concedeu a liminar determinando a abstenção da Junta Comercial do Estado do Rio de Janeiro de manter uma sociedade limitada unipessoal até o final do processo judicial sem qualquer risco de dissolução. O processo no primeiro grau na Justiça Estadual do Rio de Janeiro recebeu o nº 0054566-71.2012.8.19.0001.

A decisão liminar foi reformada por decisão em agravo de instrumento que declarou a incompetência absoluta da Justiça Estadual em virtude de se tratar de matéria de registro e competência absoluta da Justiça Federal.

Na Justiça Federal, o processo recebeu o nº 0008231-27.2012.4.02.5101, e foi julgada improcedente a tese da possibilidade de uma EIRELI ter titular pessoa jurídica. Em sua fundamentação, tecem-se argumentos de que a questão é controvertida, mas se afirma que a EIRELI foi criada para que seu titular fosse pessoa natural, e que essa expressão foi excluída do caput do artigo 980-A. No entendimento da douta magistrada, a norma foi destinada às pessoas físicas, mesmo que a lei não seja expressa nessas limitações.

A douta magistrada fundamenta a decisão na necessidade de compreensão da finalidade da norma, e afirma que a pretensão do legislador era que o empresário individual pudesse adotar uma estrutura legal que detivesse personalidade jurídica própria e autonomia patrimonial, protegendo seu patrimônio

pessoal em caso de insucesso. Ainda, a douta magistrada explica (BRASIL, TRF 2ª Região, 2014):

Ainda, no entender deste Juízo, a norma do art. 980-A, parágrafo segundo, ao dispor que: A pessoa natural que constituir empresa individual de responsabilidade limitada somente poderá figurar numa única empresa dessa modalidade, conduz à interpretação de que a justificativa para a restrição da EIRELI às pessoas naturais deriva do princípio constitucional da isonomia, pois entendimento diverso, possibilitaria que as pessoas jurídicas, que se valessem da EIRELI, poderiam constituir quantas EIRELIs quisessem e a pessoa natural ficaria limitada a apenas uma EIRELI, tendo restringido o direito de constituir outras empresas nessa modalidade.

A douta magistrada finaliza sua fundamentação com o Enunciado nº 468, da V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, que fixa entendimento de que a EIRELI somente pode ser constituída por pessoa natural.

Portanto, nas Juntas Comerciais do país, existe posicionamento uniforme pela impossibilidade de constituição de EIRELIs por pessoas jurídicas, com fundamento na Instrução Normativa do DREI (Departamento de Registro Empresarial e Inovação), atualmente, o Anexo 5 da IN 10. A subordinação técnica das Juntas Comerciais ao órgão federal possibilita uniformidade de interpretação. Existem críticas a essa interpretação, conforme pode ser visto (MIARI, 2013):

No entanto, fez-se necessário chamar a atenção para a interpretação dada pelo Departamento Nacional de Registro do Comércio e o motivo pelo qual se entende que este extrapolou sua função ao limitar a constituição de empresa individual de responsabilidade limitada apenas por pessoas naturais.

Após esse julgamento no Rio de Janeiro, no ano passado, não se teve mais notícia de algum posicionamento judicial sobre a matéria, porém, em 21/05/2015, houve concessão de um mandado de segurança em face da Junta Comercial do Estado de São Paulo, processo nº 0014472-29.2014.4.03.6100, em que a empresa impetrante requer sua transformação de sociedade li-

mitada em EIRELI. O mm. juízo de primeiro grau entendeu que a Instrução Normativa do DNRC – o ato coator foi fundamentado na anterior Instrução Normativa nº 117/2011 do DNRC, que foi repetida na parte da vedação da titularidade por pessoa jurídica pelo Anexo 5 da Instrução Normativa nº 10 do DREI – extrapolou a sua função regulamentar, impondo restrição não prevista pela lei, ferindo o princípio da legalidade (BRASIL, 19ª VARA FEDERAL CÍVEL DE SÃO PAULO – CAPITAL, 2015).

Apesar do posicionamento uniforme das Juntas Comerciais, deverá haver diversos litígios judiciais enfrentando essa matéria, cuja problemática deveria ser resolvida no âmbito legislativo, conforme se verifica com a tramitação de projetos de lei, ou revisão da Instrução Normativa do DREI.

Por outro lado, existe a necessidade de ser visto como os cartórios de pessoas jurídicas interpretam a norma do art. 980-A, como eles têm se posicionado, ou, ainda, se é possível o registro de EIRELIs nos cartórios de pessoas jurídicas.

Quanto à possibilidade de registro ou não das EIRELIs nos cartórios de pessoas jurídicas, será tratada em tópico próprio, porém, cumpre salientar que os cartórios de pessoas jurídicas arquivam atos de EIRELIs, e muitos deles têm aceitado pessoas jurídicas serem titulares.

Ao contrário das Juntas Comerciais, órgãos responsáveis pela execução do registro público de empresas mercantis que têm subordinação técnica a um órgão federal, nos cartórios de pessoas jurídicas, cada registrador age de acordo com a sua convicção, baseada na sua formação jurídica.

O maior problema é que não há nenhuma norma infralegal que regulamente a matéria referente aos atos constitutivos de Empresas Individuais de Responsabilidade Limitada, já que cada registrador tem autonomia para agir de acordo com a sua convicção. Dessa forma, conclui a procuradora da Fazenda Nacional Priscila Prado Garcia (2010):

Assim, o Estado ao conceder a delegação, confere autonomia ao notário e registrador, que, com independência, cumpre seu desiderato, em atenção à lei ou ao seu entendimento ao comando legal. Concluído o concurso de ingres-

so para o serviço notarial e registral, o Estado deixa impor sua vontade aos delegados, que passam a cumprir seus misteres, submetidos apenas à fiscalização.

Assim, de um lado temos a aplicação das regras aos registros públicos de empresas, que são exercidos pelas Juntas Comerciais, que proíbem a constituição de EIRELIs por pessoas jurídicas; de outro lado, estão os registros civis de pessoas jurídicas, que aceitam a constituição por pessoas jurídicas.

No âmbito dos registros civis de pessoas jurídicas, temos ainda duas condutas: a primeira, de aceitar o arquivamento de ato constitutivo por pessoa jurídica sem nenhuma restrição, e a segunda, diante de um caso concreto de requerimento de registro, de haver procedimento administrativo dirigido ao juiz competente.

A aceitação de pessoas jurídicas como titulares de EIRELI sem nenhuma restrição pode ser visualizada nas consultas aos sites de alguns cartórios de registro civil de pessoas jurídicas, por exemplo, o da cidade de Belo Horizonte (<http://www.cartoriopessoasjuridicas.com.br/>), que nos modelos sugeridos autoriza o registro de EIRELI com titular pessoa jurídica.

Outros cartórios de pessoas jurídicas não impedem diretamente o arquivamento e sugerem, em seus modelos, o registro de ato constitutivo com titular pessoa jurídica. Esse registro será objeto de procedimento administrativo que será formulado ao juiz competente, conforme modelo que é possível ser visualizado no Instituto de Registro de Títulos e Documentos e de Pessoas Jurídicas do Brasil, entidade de classe que congrega os registradores do país.

Assim, no âmbito do Registro Civil de Pessoas Jurídicas, existe a possibilidade de registro de EIRELI com titular pessoa jurídica, alguns aceitando o seu registro sem nenhuma restrição, e outros suscitando a dúvida perante o juízo competente. Salienta-se que, como há diversos cartórios de pessoas jurídicas espalhados em diversos municípios, não é possível previamente estabelecer determinado entendimento ou interpretação, já que o registrador tem autonomia conforme a sua convicção jurídica.

Em virtude da interpretação restritiva, existem diversos projetos de lei que tratam da inclusão da possibilidade de constituição de EIRELs por pessoas jurídicas, o que resultaria em uma solução que restauraria a isonomia, e a correção por parte do legislador de interpretações que enfraquecem a segurança jurídica, tornando-se mais claras as regras e requisitos de constituição.

Considerações finais

O presente artigo foi elaborado para apresentar a Empresa Individual de Responsabilidade Limitada dentro do ordenamento jurídico brasileiro, possibilitando algumas comparações com alguns outros entes já existentes no Direito pátrio. A figura da EIRELI criou um novo marco sobre a discussão da limitação da responsabilidade do empresário que atua de forma singular.

A EIRELI inicia uma nova referência no Direito Empresarial brasileiro, possibilitando a afetação de um patrimônio para o exercício de uma atividade, limitando os riscos econômicos da atividade empresária a determinado patrimônio, sem que a ruína da empresa signifique a ruína pessoal daquele que assumiu o risco do negócio, mas também organizou uma atividade para a produção ou circulação de bens ou serviços, criando empregos e gerando e distribuindo riquezas.

Por outro lado, a terminologia utilizada pelo legislador e a atribuição de personalidade jurídica a um ente não coletivo aproximou a nova figura jurídica à da sociedade unipessoal. Porém, apesar da proximidade da EIRELI com essas figuras jurídicas, somente trazem alguns traços para o delineamento desse novo ente, sendo uma nova pessoa jurídica, com características próprias de constituição.

O legislador, ao criar a EIRELI, trouxe complicações ligadas às expressões utilizadas e também ao que deixou de especificar, criando problemas que são abordados pela doutrina de forma diferente, assim como ocorre com a aplicação pelos tribunais e pelos órgãos responsáveis pelos seus registros.

A personalidade jurídica da EIRELI somente começa com a inscrição dos seus atos constitutivos, sendo que não se deve falar em EIRELI irregular, pretendendo a aplicação dos dispositivos legais referentes à sociedade em comum, já que a atuação do empresário sem o arquivamento dos seus atos constitutivos gera as mesmas consequências negativas que para o empresário irregular ou sociedade em comum.

A exigência de um capital mínimo deve ser vista sob dois ângulos: da livre-iniciativa e da formação de patrimônio de afetação. Observando a matéria sob o ângulo do princípio da livre-iniciativa, não há dúvida de que o legislador a restringiu, estabelecendo um valor mínimo de capital integralizado no ato da constituição, retirando do empresário a liberdade para que este defina o valor que entende necessário para o desenvolvimento da sua atividade. Porém, deve ser visto que o legislador estabeleceu um capital mínimo para o exercício de determinadas atividades, e a natureza jurídica própria da EIRELI importa na formação de um patrimônio mínimo para que sirva de garantia a terceiros que negociarem com esta.

Nesse sentido, deve ser visto que a formação de um patrimônio de afetação mínimo com um valor que parece ser elevado para determinadas atividades foi o caminho utilizado pelo legislador para vencer os obstáculos que alguns juristas, não ligados ao Direito Empresarial, colocam quando interpretam como se fosse uma fraude – uso indiscriminado desse instituto para reduzir a responsabilidade patrimonial das pessoas.

Porém, o assunto referente ao capital mínimo deverá gerar alguns debates, tanto pela ADI 4.637, que tramita no STF, como por projetos de lei que reduzem o valor desse capital ou até retiram a necessidade de um capital mínimo. O valor do capital mínimo elevado para a constituição de EIRELI foi o preço que teve de se pagar para que a limitação da responsabilidade do empresário que atua de forma singular fosse positivada no Direito brasileiro, já que o legislador pretendeu a formação de um patrimônio mínimo, que não fosse irrisório, para a garantia de terceiros que negociassem com a EIRELI.

O artigo expôs a possibilidade de constituição de EIRELIs por pessoas jurídicas e por pessoas naturais. Trouxe a situação da constituição de EIRELIs por pessoas jurídicas nos cartórios de registro civil de pessoas jurídicas, e o entendimento que é dado pelas serventias extrajudiciais a respeito dessa matéria. No âmbito das Juntas Comerciais, existe Instrução Normativa do DREI vedando a constituição de EIRELIs por pessoas jurídicas, e ainda a existência do Enunciado nº 468, da V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, que também veda a constituição de EIRELIs por pessoas jurídicas.

Apesar de que toda a construção doutrinária sempre visou a limitação da responsabilidade do empresário pessoa natural, o legislador brasileiro não efetuou qualquer restrição quanto à constituição por pessoas jurídicas, não sendo cabível a restrição por parte de normas infralegais. A quebra da isonomia às pessoas naturais e às pessoas jurídicas é visível, ainda mais quando comparada ao Registro Civil de Pessoas Jurídicas – alguns têm aceitado o registro, sem restrições, e outros suscitam procedimento administrativo ao juízo competente.

Em caso de não haver modificação do entendimento restritivo pelas Juntas Comerciais, já estão em tramitação projetos de lei que tratam da possibilidade de constituição de EIRELIs por pessoas jurídicas. Ainda, não existe uma jurisprudência referente a esse problema, mas já há alguns casos que foram judicializados, existindo decisões pela legalidade da norma restritiva, bem como afirmando que extrapola os limites da lei a restrição de constituição de EIRELIs por pessoas jurídicas.

Apesar dos problemas referentes à EIRELI, o legislador fez bem em ultrapassar a barreira jurídica e filosófica, criando um novo marco da limitação da responsabilidade do empresário, com a possibilidade de constituição de uma pessoa jurídica por um ente não coletivo e formação de um patrimônio de afetação.

Todas as discussões e os debates jurídicos devem ser iniciados a partir desse marco legal. Apesar de imperfeito, sua aprovação somente foi possível dessa forma, devendo ser enaltecida a corajosa atitude do legislador brasileiro, que respondeu a um anseio da classe empresarial e da doutrina jurídica empre-

sarial para a limitação da responsabilidade do empresário que atua de forma singular. Agora, será possível a evolução desse novo ente com o debate doutrinário, bem como com a interpretação dos dispositivos legais pelos órgãos responsáveis pelo seu registro e pelos órgãos do Poder Judiciário.

Referências

- BRASIL, Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 4.605/2009**. Acrescenta um novo artigo 985-A à Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, para instituir a empresa individual de responsabilidade limitada e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=422915>>, Acesso em 14 mar. 2015.
- BRASIL, Receita Federal do Brasil. Nota Cosit nº 446, de 16 de dezembro de 2011. Disponível em: <<http://www.irtdpjbrasil.com.br/EIRELI.COSIT.pdf>> Acesso em 15 jun. 2015.
- BRASIL, TRF- 2ª Região, Proc. Nº 008231-27.2012.4.02.5101. Autor: PurposeBrazilLlc E Outro Advogado: Antonio Affonso Mac Dowell Leite de Castro e outros Réu: Presidente Da Junta Comercial Do Rio De Janeiro – JUCERJA. Magistrada Edna Carvalho Kleemann. 12ª Vara Federal do Rio de Janeiro Disponibilizado no DJE em: 02/05/2014 Data formal de publicação: 05 mai. 2014. (pp. 6-50)
- BRASIL. 19ª VARA FEDERAL CÍVEL DE SÃO PAULO - CAPITAL. Proc. nº 0014472-29.2014.4.03.6100, Impetrante: BFL Administração de bens próprios LTDA - ME. Impetrado: Presidente da Junta Comercial do Estado de São Paulo. Juiz Federal José Carlos Motta. Disponibilizado em 21 mai. 2015.
- CANTALI, FERNANDA BORGHETTI. ALVES, JOSIANE NUNES. EIRELI – Empresa Individual de Responsabilidade Limitada: características e principais controvérsias in Revista síntese direito empresarial. Porto Alegre: Síntese v.8, n.43 (mar./abr. 2015).

CASTRO, Kelle Grace Mendes Caldeira e. Empresa individual de responsabilidade limitada: críticas ao capital mínimo para constituição da empresa. In *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVI, n. 116, set 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13678>. Acesso em jun 2015.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial: direito de empresa**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 1.

GARCIA, Priscila Prado. Da natureza jurídica dos serviços notariais e registrares e da responsabilidade civil a qual estão submetidos. in *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 79, ago 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8234>. Acesso em jun 2015.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de empresa**: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil. 2. ed. São Paulo: R. dos Tribunais, 2008.

MIARI, Áira Lages. Breves considerações sobre a empresa individual de responsabilidade limitada no direito brasileiro. In *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVI, n. 115, ago 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13511>. Acesso em jun 2015.

NEGRÃO, Ricardo. **Manual de direito comercial & de empresa**: teoria geral da empresa e direito societário. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **A sociedade unipessoal**. São Paulo: Malheiros, 1995.

XAVIER, Jose Tadeu Neves. A complexa identificação da natureza jurídica da Empresa Individual de Responsabilidade Limitada. In *Revista Jurídica (São Paulo)*. São Paulo: Notadez v.60, n.421 (nov. 2012).

A VIOLAÇÃO DE UM DIREITO FUNDAMENTAL DE PERSONALIDADE: DANOS MORAIS E O QUANTUM INDENIZATÓRIO BASEADO NO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. TUTELAS À EFETIVAÇÃO DE DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS DIREITOS FUNDAMENTAIS E JURISDIÇÃO

KATHERINE RODRIGUES DE AMADOR*

* Pós-graduanda em Direito Público pela Escola Superior do Ministério Público (FMP/RS).
E-mail: katherinedeamador@hotmail.com

Resumo

Posteriormente ao estudo e análise do dano moral e da responsabilidade civil, bem como diante da observação da existência de inúmeras demandas de cunho indenizatório ajuizadas nos tribunais brasileiros, verificou-se a problemática atual no que se refere ao quantum indenizatório a ser estipulado nas decisões condenatórias ou reparatórias por danos morais. No que diz respeito ao referido instituto do dano moral, inexistem dúvidas a respeito de que se considera dano moral toda lesão a direitos extrapatrimoniais, assim relacionados diretamente aos direitos de personalidade da pessoa humana. Na Constituição Federal, os direitos inerentes à integridade moral da pessoa humana são visíveis e encontram resguardo em decorrência do elo que vincula diretamente os danos morais como sendo parte dos direitos fundamentais e de personalidade. Outrossim, também há pacificidade no que diz respeito a reparação civil quando houver violação desses direitos, por intermédio da indenização. Em análise de inúmeras jurisprudências atinentes ao dano moral, nota-se a utilização do princípio da razoabilidade ou proporcionalidade como instrumento usado no momento em que se faz necessária a mensuração do quantum indenizatório, baseando-se no bom senso, na prudência e na equidade para concessão de benefícios e privilégios. No Brasil adota-se o sistema aberto como máxima jurídica à reparação pecuniária por meio da arbitragem. Dessa forma se concede ao magistrado a capacidade de estabelecimento do quantum, de forma subjetiva, a fim de que haja a devida reparação pelo dano. Considerando tais razões, justifica-se a elaboração deste artigo, que visa verificar quais são os critérios subjetivos e/ou objetivos utilizados para a quantificação do dano moral nas ações indenizatórias.

Palavras-chave: Danos morais. Direitos fundamentais. Quantum indenizatório.

Abstract

After the studies and analysis of the moral damage and the civil liability as well as the current and numerous indemnity lawsuits filed in Brazilian courts, it was possible to notice an issue which is associated with the indemnity's amount that is frequently laid out in legal convictions or mandatory compensations in cases of moral damage. With respect to the aforementioned institute nonexistent moral injury doubts as to what is considered moral damage all injury -sheet rights thus directly related to the personality rights of the human person. The Federal Constitution the rights inherent moral integrity of the human person are visible are fenced due to link that directly connects the punitive damages as part of the fundamental rights and personality. Moreover, there is also peacefulness with respect to civil remedies when violations of these rights, through compensation. In analyzing the numerous precedents inherent moral damage we note the use of the principle of reasonableness or proportionality as a tool used when it is necessary to measure the indemnity amount, based on common sense, discretion and fairness for granting of benefits and privileges. In Brazil adopts open up the legal system as the maximum monetary compensation through arbitration. That way you're giving magistrate's ability to establish the amount, subjectively, to the due reparation for the damage. Considering these reasons justifies the writing of this article, which aims to determine which are subjective or objective criteria and used for the quantification of moral damages in compensation claims.

Keywords: Fundamental rights. Indemnity Amount. Moral damage.

Introdução

Na realidade social brasileira, encontram-se inúmeras e crescentes demandas versando sobre ações indenizatórias por danos morais. Estas buscam incessantemente a reparação de danos causados, por meio da responsabilização civil daquele que deu causa a tal acontecimento. Assim, toda atuação humana que gere dano a outrem carrega junto a si o dever de indenizar.

Considerando amplamente, a moral do indivíduo congrega não apenas a dignidade humana, como também seus direitos de personalidade, de tal modo a contar com proteção constitucional, compreendida na Constituição Federal brasileira, bem como amparo na legislação infraconstitucional.

Ocorre que, em algumas vezes, as ações indenizatórias por danos morais apresentam situações possíveis de ser solucionadas de maneira extraprocessual, ante a desnecessidade de reparação por esses danos ou por meio de outras formas de resolução. No entanto, vê-se que as demandas judiciais, em grande parte, são motivadas tão somente pela esperança de um alcance monetário. Tal alcance muitas vezes ultrapassa limites razoáveis e necessários de reparação e compensação.

Nessa senda, verifica-se a necessidade de indicadores que visem a prudência e o bom senso para a quantificação monetária pelas ações indenizatórias. Estes indicadores baseiam-se nas peculiaridades das causas e no princípio da razoabilidade ou proporcionalidade, por intermédio do arbitramento judicial, atingindo dessa forma sua finalidade reparatória e punitiva.

Assim, o presente trabalho de pesquisa analisa os critérios norteadores da utilização do princípio da razoabilidade para que se possa quantificar o dano moral nas ações indenizatórias.

A metodologia utilizada para análise dos critérios que norteiam a aplicação do princípio da razoabilidade para a quantificação do dano moral será a bibliográfica e documental, com referências na doutrina bem como nas jurisprudências referentes ao tema selecionado.

Logo, abordar-se-á primeiramente a perspectiva constitucional dos direitos fundamentais, bem como sua violação; no segundo ponto serão analisados os institutos da responsabilidade civil e do dano moral; no terceiro e último ponto, dar-se-á ênfase ao princípio da razoabilidade e sua aplicação para quantificação do dano moral.

Direitos fundamentais de personalidade: uma garantia à integridade moral

A Constituição Federal de 1988 prevê, no Título II, subdividido em cinco capítulos específicos, do art. 5º ao 17, um amplo e exemplificativo rol de direitos fundamentais, que têm como finalidade resguardar direitos básicos inerentes à pessoa humana.

Os direitos fundamentais são os positivados e reconhecidos no âmbito de cada Estado a partir de sua legislação interna, tendo assim limitação temporal e espacial, variando de acordo com modalidades de Estado, ideologia, espécies de valores e princípios consagrados pelos costumes e normas internacionais. Esses direitos diferem dos direitos humanos, pois estes são universais, abrangentes a quaisquer povos, reconhecidos por meio de tratados, a qualquer tempo e com caráter supranacional (MAIA, 2007, p. 103).

Em virtude do avanço apresentado pelo Direito Constitucional na atualidade, considera-se como resultado da consolidação dos direitos fundamentais um núcleo protetivo, tendo a dignidade da pessoa humana como norteador e a Constituição como o instrumento de garantia e realização para que haja a positivação de normas que assegurem tais pretensões (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 231).

Quando esses direitos fundamentais são positivados no Direito Constitucional, eles desfrutam de destaque no ordenamento interno nacional. Porém, sua mera declaração é insuficiente, pois se torna necessária a busca pela efetivação

desse direito, quando violado, tendo em vista a eficácia de algumas normas constitucionais (TAVARES, 2012, p. 897).

Tradicionalmente, os direitos fundamentais são classificados em gerações ou dimensões. Essa divisão leva em consideração o momento em que surgiram e foram reconhecidos na Constituição. Ocorre que o reconhecimento do surgimento de uma nova geração não suprimirá as anteriores, apenas acrescentará novos direitos, adquirindo caráter de complementaridade (MAIA, 2007, p. 104).

Nessa senda, conforme a referida autora, tem-se, brevemente, a classificação das gerações:

- a) direitos fundamentais de primeira geração, ligados à liberdade (direitos civis e políticos);
- b) direitos fundamentais de segunda geração, ligados à igualdade (direitos sociais, econômicos e culturais);
- c) direitos fundamentais de terceira geração, destinados à coletividade, ligados à fraternidade (direito ao meio ambiente, à paz, ao progresso).

A primeira geração traduz-se em postulados de abstenção dos governantes da época, quando se criaram obrigações negativas (não fazer, não intervir) em aspectos pessoais do ser humano, ostentando pretensões universalistas. O dono desse direito é o homem, como ser individual. Já os direitos de segunda geração não mais dizem respeito a tal pretensão; estas se referem a prestações positivas, intentando-se instaurar uma liberdade real, igualitária a todos, dizendo respeito a saúde, educação, trabalho, assistência social, lazer, entre outros. Finalmente, os direitos de terceira geração (de titularidade difusa ou coletiva) conceberam-se com a finalidade de proteção da coletividade, como o direito ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente equilibrado, bem como à conservação histórica e cultural do patrimônio (MENDES; COELHO; BRANCO; 2008, p. 234-235).

Outrossim, salienta-se que, em observância aos direitos fundamentais e suas gerações – primeira, segunda e terceira –, o núcleo de proteção compõe o lema da Revolução Francesa (“liberdade, igualdade e fraternidade”), idealizado e institucio-

nalizado historicamente no século XVIII, em obediência à ordem da tríade concebida (MAIA, 2007, p. 105).

A Carta Magna que vige atualmente se modernizou ao tornar transparentes e visíveis os direitos à integridade moral, sendo estes o da inviolabilidade à vida privada, a intimidade, honra e imagem pessoal, bem como asseverando o direito de indenização pelos danos materiais e morais que subsistirem em decorrência da violação desses direitos. Tais direitos, devidamente consagrados e explicitados no ordenamento pátrio, não mais padecem de questionamentos, pois se reforçam de garantia de indenização (FERREIRA FILHO, 2013, p. 339).

De outra sorte, observa-se que a Constituição Federal de 1988 trouxe, no art. 5º, incisos V e X, determinados direitos de personalidade e consolidou, via indenização, a reparação oriunda da violação desses direitos.

Dispõe o art. 5º:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

[...]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. (BRASIL, 1988).

Em análise de tais incisos, certifica-se que a ordem jurídica tem como principal elemento a pessoa humana, com propósito de proteção desta, de sua dignidade, honra e intimidade. Assim, tem como escudo a utilização de instrumentos aptos à reparação aos danos causados a partir do estabelecimento de uma indenização.

Ligados aos direitos fundamentais e, em decorrência destes, encontram-se os direitos de personalidade, isso porque

todo aquele que tem personalidade faz jus à proteção de seus direitos fundamentais. Assim, ambos detêm a mesma finalidade, qual seja, a proteção da condição de ser humano.

Nesse sentido dispõe Peluzo (2013, p. 28), ao comentar acerca dos direitos de personalidade:

Os direitos de personalidade são absolutos, extrapatrimoniais e perpétuos. De seu caráter absoluto decorre a oponibilidade erga omnes, na medida em que geram o dever geral de abster-se de sua violação. Sua extrapatrimonialidade afasta a possibilidade de transmissão e, em consequência, são direitos impenhoráveis.

Destaca-se que o Código Civil brasileiro conta com capítulo próprio que trata dos direitos de personalidade – artigos 11 à 21 –, dentre os quais se destaca o primeiro artigo relativo a tais direitos, que dispõe: “Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”.

Assim, tem-se que tais direitos se integram como uma anuência dada pelo ordenamento jurídico, a fim de que cada indivíduo tenha a faculdade de exercer a proteção desses direitos; assim, os direitos de personalidade são subjetivos, correspondendo a um conjunto de bens intrínsecos ao ser humano. Contudo, desnecessária a abordagem expressa do ordenamento jurídico, sendo suficientes as proteções conferidas pelos princípios gerais de direito (SOUZA, 2002, p. 02).

O rol dos direitos de personalidade vai além daqueles positivados na norma civil brasileira, não devendo haver objetivo de exaustão desses direitos, ou seja, enumerá-los de forma taxativa aos dispostos na legislação infraconstitucional. Assim, deve-se considerar a existência de princípios fundamentais, e não mera listagem (FERNANDES, 2012, p. 196).

Visível a comunicação e o elo existentes entre os danos morais, como espécie de direitos fundamentais e ao mesmo tempo de personalidade, pois tal interação é considerada tão estreita que é quase impossível imaginar a existência daquele sem estes, pois todos estão ligados e protegidos pela Carta Magna de 1988, na qual foram devidamente recepcionados.

Ocorre que apenas a existência de tais institutos por si só não bastaria, sendo assim necessária sua proteção, bem como a devida compensação em caso de violação, conforme se observará no capítulo a seguir.

A responsabilidade civil e o dano moral

A responsabilidade civil é a atividade danosa de alguém que atua violando normais contratuais, ou até mesmo extracatuais, ficando à mercê do resultado causado por seu ato, tendo como obrigação a reparação da degradação causada. Tem-se como elementos da responsabilidade civil a conduta, o nexo de causalidade e o dano (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011, p. 51).

Dessa forma, a responsabilidade surge como sanção civil, em virtude da ocorrência infracional de uma norma de direito privado cuja finalidade é o interesse de um particular, tendo natureza compensatória, por deter reparação, indenização de um dano. Tem funcionalidade de ressarcir, indenizar ou reparar, adquirindo assim dupla função: a de garantia do direito à segurança daquele que foi lesado e a de servir como sanção civil, com o intuito de punição e de desestímulo a atividades lesivas (DINIZ, 2008, p. 8-9).

Assim, a responsabilidade civil distingue-se da obrigação pois a obrigação é um dever jurídico originário, enquanto a responsabilidade é um dever jurídico sucessivo, que ocorrerá apenas em consequência da violação da obrigação. Tal responsabilidade nada mais é do que a sombra da obrigação, dependendo desta para ser caracterizada. O Código Civil faz a distinção entre obrigação e responsabilidade no artigo 389, que dispõe que “Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente obedecidos, e honorários de advogado”. A obrigação citada no texto da lei é a obrigação originária, enquanto o não cumprimento desta caracteriza o dever sucessivo, a responsabilidade (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 2-3).

Exemplificando tal distinção, pode-se dizer que se alguém se comprometeu a prestar serviços profissionais a outrem, caracteriza-se aí uma obrigação (dever jurídico originário); caso esse alguém deixe de cumprir tal obrigação, não prestando os serviços, tem-se então a violação de um dever originário, surgindo a responsabilidade.

Faz-se importante, diante das especificidades doutrinárias, uma classificação da responsabilidade baseada no dolo e/ou culpa, com posterior análise da natureza jurídica da norma violada. A responsabilidade civil poderá ser subjetiva ou objetiva, bem como contratual ou extracontratual.

Segundo Gagliano e Pamplona Filho (2011, p. 55-56), a responsabilidade civil será subjetiva quando decorrer de ato danoso em que incida o dolo ou a culpa, esta ocorrendo em atuação ligada à negligência ou imprudência, conforme se verificava na interpretação da primeira parte do art. 159 do Código Civil de 1916, que dispunha que “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”. Tal redação foi aperfeiçoada pelo disposto no art. 186 do Código Civil vigente (2002): “Aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. A base doutrinária utilizada é o princípio de que cada qual responde pela própria culpa – unuscuique sua culpa nocet.

Outrossim, trata-se de responsabilidade civil objetiva toda aquela que se der independentemente de culpa do agente. Tal responsabilidade apresenta fundamento no vínculo de causalidade entre a conduta daquele e o dano sofrido pela vítima. Assim, o ato danoso por si só é suficiente para que haja indenização. Essa espécie de responsabilidade é fixada em lei ou diante da natureza jurídica perigosa da conduta (LISBOA, 2008, p. 140).

Ademais, a responsabilidade civil será contratual quando o agente causar prejuízo a outrem por não cumprir com a obrigação contratada. Tal inadimplemento causará a responsabilidade da indenização por perdas e danos (nos moldes do art. 389 do

Código Civil brasileiro). Logo, quando a responsabilidade não advém de contrato, mas sim de transgressão do dever legal, genericamente expostos nos arts. 186, 187, 927 também do Código Civil, chama-se extracontratual ou aquiliana (GONÇALVES, 2011, p. 376).

O que interessa realmente acerca do instituto da responsabilidade civil é a conduta do agente, sabendo se esta é passível de indenização ou não. Nesse sentido, considera-se responsável aquele que é suscetível de sofrer certa sanção. Em não havendo identificação do agente da ação, não será o dano ressarcível, devendo a vítima arcar com o prejuízo. O que se busca no ordenamento é a reparação do dano (VENOSA, 2006, p. 4-5).

Conforme expõe Gagliano e Pamplona Filho (2011, p. 77), fundamental para a configuração da responsabilidade civil é a existência de prejuízo ou dano. Sem a sua existência, não haveria o que fosse indenizado e, por consequência, a responsabilidade. Assim, independentemente da espécie de responsabilidade, o dano nada mais é do que um requisito essencial.

Então, no que tange ao dano, verifica-se que, costumeiramente, inúmeros doutrinadores trazem como classificação os patrimoniais (ou materiais) e extrapatrimoniais (ou morais), sendo aquele, como o próprio nome refere, relativo aos bens (e direitos) do ofendido, enquanto este ofende o ser como pessoa humana, não atingindo seu patrimônio. A doutrina aborda, ainda, o dano ricochete, também denominado de dano reflexo.

No que se refere ao dano patrimonial, verifica-se que, conforme já propriamente dito pelo nome, esse tipo de dano atinge os bens integrantes do patrimônio da vítima. Dessa forma, vem abranger tanto as coisas corpóreas patrimoniais (casa, automóvel, livro, direito de propriedade) quanto as incorpóreas, como os direitos de crédito (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 77-78).

Já o dano moral tradicionalmente apresenta conceito negativo, sendo aquele que afeta o dano não patrimonial, pois há sentimentos humanos que não são meramente causados por perdas pecuniárias. Nos dizeres de Gonçalves (2010, p. 377):

Dano moral é o que atinge o ofendido como pessoa, não lesando seu patrimônio. É lesão de bem que integra os direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, a intimidade, a imagem, o bom nome etc., como se infere dos arts. 1º, III e 5º, V e X, da Constituição Federal, e que acarreta ao lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação.

Assim, também assevera Gagliano e Pamplona Filho:

O Dano moral consiste na lesão de direitos cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro. Em outras palavras, podemos afirmar que o dano moral é aquele que lesiona a esfera personalíssima da pessoa (seus direitos da personalidade), violando, por exemplo, sua intimidade, vida privada, honra e imagem, bens jurídicos tutelados constitucionalmente.

Nessa mesma linha de pensamento, Cavalieri Filho (2012, p. 93) entende que se deve configurar dano moral a dor, o sofrimento ou humilhação que, fugindo da realidade, tenham interferência no comportamento psicológico do ser humano, causando a este aflições, desequilíbrio e angústias no bem viver. Quaisquer aborrecimentos, mágoas, irritação ou os meros dissabores da vida cotidiana estão ausentes da órbita do dano moral, pois, além de fazerem parte da vida social como um todo, não são intensos e permanentes, para que acabem com o equilíbrio psicológico do ser. Se não for o dano moral entendido de tal forma, dar-se-á sua banalização, que ensejará a propositura de ações judiciais com a finalidade de indenizações baseadas em aborrecimentos triviais.

Para o autor supracitado, bem como para a maioria dos doutrinadores, tal dor, vexame, humilhação e sofrimento são consequências do dano, e não as causas deste. Dessa forma, compara-se com a febre, que é um efeito de uma agressão ao organismo. Assim, tais sofrimentos só podem ser considerados dano moral quando forem oriundos de uma agressão à dignidade de alguém.

Como se observa atualmente, tal dano não está restrito apenas a dor, sofrimento e tristezas, pois estende sua tutela aos bens personalíssimos (de ordem ética), assim, podendo-se de-

fini-lo, de forma ampla, como um acometimento a um bem ou atributo da personalidade.

Outrossim, visando finalidades de rigor acadêmico, oriundas do requisito referente à causalidade entre o dano e o fato, importante salientar que o dano moral está discriminado entre dano moral direto e indireto. O dano moral direto refere-se a uma lesão sofrida pela vítima especificamente a um direito extrapatrimonial, como os direitos da personalidade. Outrossim, o dano moral indireto advém de uma lesão específica que ocorre a um interesse ou bem patrimonial, muito embora possa, reflexamente, produzir prejuízo também no âmbito extrapatrimonial (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011, p. 109).

Ademais, notável a busca pela adesão do ressarcimento por danos morais, pois é difícil considerar passível a avaliação pecuniária desses. Porém, o que se procura não é a elucidação monetária dos conceitos morais de um povo e de uma sociedade, mas sim a compensação pelo dano sofrido.

Nesse sentido, dispõe Gonçalves (2010, p. 390) que atualmente a indenização causada por dano moral demonstra uma compensação, mesmo que exígua, pela tristeza causada de forma injusta a outra pessoa.

Porém, apesar das inúmeras circunstâncias e opiniões contrárias à indenização pelo dano moral, bem como pela cumulação do dano moral juntamente com o dano material, ou estético, dentre outros, tal assunto está pacificado por diversas súmulas do Superior Tribunal de Justiça, como a súmula 37, que dispõe que "São cumuláveis as indenizações por dano material e moral oriundos do mesmo fato" (BRASIL, 1992). Da mesma forma, a súmula de número 387 dispõe que "É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral" (BRASIL, 2009), e a súmula de nº 403 refere que "Independente de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais" (BRASIL, 2009).

Ademais, verifica-se que é dispensável qualquer prova concernente ao prejuízo por dano moral quando este for presumido, restando apenas a necessidade de comprovação do fato que gerou tal dano. Tal argumento encontra guarida também

no Supremo Tribunal e Justiça, por intermédio da súmula nº 403 (BRASIL, 2009), que dispõe sobre o chamado *damnum in re ipsa*.

Dessa forma, observa-se que o interesse moral do ser humano confirma a ação a fim de que a propositura desta possa defendê-lo ou até mesmo compensá-lo, ficando claro que esse interesse é indenizável, mesmo que o bem não seja pecuniário.

Nessa senda, preleciona Maria Helena Diniz (2003, p. 105), no que tange à reparação pecuniária, que:

A reparação pecuniária do dano moral é um misto de pena e de satisfação compensatória, tendo função: a) penal ou punitiva, constituindo uma sanção imposta ao ofensor, visando a diminuição de seu patrimônio, pela indenização paga ao ofendido, visto que o bem jurídico da pessoa – integridade física, moral e intelectual- não poderá ser violada impunemente, subtraindo-se o seu ofensor às consequências [sic] de seu ato por não serem reparáveis; b) satisfatória ou compensatória, pois, o dano moral constitui um menoscabo a interesses jurídicos extrapatrimoniais, provocando sentimentos que não têm preço, a reparação pecuniária visa proporcionar ao prejudicado uma satisfação que atenua a ofensa causada. Não trata, como vimos, de uma indenização de sua dor, da perda de sua tranquilidade[sic] ou prazer de viver, mas de uma compensação pelo dano e injustiça que sofreu, suscetível de proporcionar uma vantagem ao ofendido, pois ele poderá, com a soma de dinheiro recebida, procurar atender às satisfações materiais ou ideais que repute convenientes, atenuando assim, em parte, seu sofrimento.

Assim, como consequência das inúmeras demandas indenizatórias encontradas no Poder Judiciário, busca-se um timor a fim de que se possa quantificar valores para compensação desse dano causado, utilizando-se como principal norte o princípio da razoabilidade, conforme se verifica nas inúmeras jurisprudências gaúchas, bem como nas doutrinas civilistas, o que se verá no capítulo que segue.

O princípio da razoabilidade como norteador da mensuração do dano moral

Tal princípio é considerado postulado constitucional implícito, por não se encontrar taxativamente previsto na Constituição Federal de 1988.

O princípio da razoabilidade nada mais é do que um instrumento para a interpretação da norma constitucional, a fim de que, para a exegese dessa norma, sejam sempre utilizados o bom senso, a moderação e a prudência. Tal princípio é aplicado no Supremo Tribunal Federal, em diversos setores, conforme se verifica na ADIn 1.158-8/AM, relator ministro Celso de Mello, DJU de 25-5-1995 (BULOS, 2009, p. 364).

Esse princípio por alguns doutrinadores também é chamado de princípio da proporcionalidade, da proibição de excesso ou do devido processo legal em sentido substantivo.

De ordem doutrinária, identifica-se que tal princípio é formado de três subprincípios, quais sejam, necessidade, proporcionalidade – ambos em sentido estrito – e adequação.

Assim dispõe Maia (2007, p. 123) acerca dos subprincípios ou elementos: que o subprincípio da adequação tem como alcance que qualquer providência restritiva de direito deve condizer com sua finalidade. No elemento pressuposto da necessidade, ou exigibilidade, que tal medida não possa ser dispensada para a manutenção do direito. E como terceiro subprincípio, a proporcionalidade em sentido estrito, que será exercida apenas quando bem aplicadas as providências anteriores, com o devido equilíbrio.

Tem-se dessa forma que a real essência do princípio da razoabilidade está na análise de uma lei que restringirá direitos, verificando se existem os critérios de finalidade da norma e os meios adequados e necessários para que sejam realmente atingidos. Assim sendo, têm aplicação simultânea, a partir de diferentes critérios, visando um fim único. Dessa forma, se tais meios não forem condizentes com o fim almejado, ou seu uso causar restrições de direitos em grau superior ao necessário (ou

seja, se poderiam ser alcançados de forma menos agressiva), tais meios poderão ser considerados ilegítimos, por infringirem a condição da proporcionalidade (MAIA, 2007, p. 124).

Para Mendes, Coelho e Branco, o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade é aplicado para verificar o quão legítimas são as restrições de direitos, podendo também ser utilizado para mensurar se há equilíbrio na concessão de privilégios. Em suma, tal princípio (de dupla nomenclatura a ser utilizada) consolida uma regra de natureza ligada à ciência de valores, estes emanados da idealização de igualdade, do bom senso, da impossibilidade de excessos, da prudência, dentre outros, tendo como principal finalidade servir como timor para interpretação de todo o ordenamento jurídico pátrio.

O princípio da razoabilidade apresenta-se em diversas jurisprudências como direcionador da quantificação das ações indenizatórias por danos morais. A mero título exemplificativo, podem ser analisados os julgados atuais do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. AMEAÇAS À INTEGRIDADE FÍSICA DO AUTOR, PROFERIDAS EM REDE SOCIAL (WHATSAPP), QUE OBSTACULIZARAM SEU DIREITO DE LIBERDADE. DANO MORAL CONFIGURADO. QUANTUM FIXADO EM R\$ 500,00 QUE COMPORTA MAJORAÇÃO PARA R\$1.500,00, **A FIM DE ATENDER AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE**. Objetiva o autor a majoração do quantum fixado pelo Juízo de origem. O valor fixado em R\$500,00 mostra-se insuficiente para atender ao caráter punitivo e pedagógico, merecendo ser majorado para R\$ 1.500,00, inclusive aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. RECURSO PROVIDO. (Recurso Cível Nº 71005843099, Quarta Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Glaucia Dipp Dreher, Julgado em 26/02/2016, grifo nosso). RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. INSCRIÇÃO EM CADASTRO DE INADIMPLENTES. DÍVIDA INEXISTENTE. Declarada a inexistência do débito, a inscrição do nome da parte autora nos cadastros de inadimplentes é ilegítima, sendo caso de dano moral puro, passível de indenização, independente de comprovação do dano efetivo. Dano in re ipsa. **O valor do dano moral deve ser estabelecido de maneira a compensar a lesão causada em direito da**

personalidade e com atenção aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Majorado o valor para R\$ 6.000,00. Incidência da Súmula 54 do STJ. Apelação provida. (Apelação Cível Nº 70068354745, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marcelo Cezar Muller, Julgado em 02/06/2016, grifo nosso)

No mesmo sentido, o julgado do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS COM PEDIDO DE INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. DÉBITO INEXISTENTE. INSCRIÇÃO INDEVIDA DO NOME NOS CADASTROS RESTRITIVOS DE CRÉDITO. ABALO MORAL CONFIGURADO. DEVER DE COMPENSAR. IRRESIGNAÇÃO RECURSAL. QUANTUM COMPENSATÓRIO. ARBITRAMENTO. ORIENTAÇÃO PELOS CRITÉRIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. **Na quantificação de numerário suficiente para compensar o abalo de ordem moral experimentado, deve o magistrado pautar-se por critérios ligados à proporcionalidade e à razoabilidade.** Realiza-se, assim, um equacionamento ligado às condições financeiras das partes envolvidas, às circunstâncias que geraram o dano e à amplitude do abalo experimentado, a fim de encontrar um valor que não seja exorbitante o suficiente a gerar enriquecimento ilícito, nem irrisório a dar azo à renitência delitiva. (Apelação Cível Nº 2014.057922-3, Terceira Câmara de Direito Civil, Tribunal de Justiça de SC, Relator: Des. Fernando Cariolini, Julgado em 14/10/2014, grifo nosso).

Em tais julgados, bem como em outros tantos relacionados a ações indenizatórias por danos morais, tem sido dominante o entendimento de que o princípio da razoabilidade deve ser levado em consideração para fixação do quantum indenizatório.

A ligação do princípio da razoabilidade ou proporcionalidade com a mensuração do valor estimado do dano moral ocorre em virtude da necessidade de regras de boa prudência, da justiça, da equidade, do bom senso, da utilização das medidas cabíveis, da análise cuidadosa das ponderações da vida. Entende-se assim que o magistrado tem o encargo de seguir pela busca da lógica do razoável, tendo como finalidade a visão

ético-jurídica geral na sociedade, devendo tomar como modelo o ser humano que se porta distante do insensível, como também do sensível (CAVALIERE FILHO, 2012, p. 93).

Assim, quando da tomada da decisão, o intérprete da norma deverá, ao fixar um valor para a indenização com a finalidade de reparação, servir como elemento coercitivo de freio ao ânimo do agressor, impedindo assim a recidiva de tal fato danoso.

Além disso, observa-se que, no referente à quantificação de indenização por danos morais, asseveram Pamplona Filho e Gagliano (2011, p. 397-398) que a máxima jurídica apresenta a reparação pecuniária dos danos morais por meio de dois sistemas, o aberto e o tarifário. Este último tem predisposição com base na doutrina e na jurisprudência do valor conferido às indenizações, devendo o magistrado, de tal modo, aplicar o preceito em conformidade com o caso, notando e obedecendo o limite do valor preestabelecido; tal sistema ocorre nos Estados Unidos da América, por exemplo. Já o sistema aberto, adotado no Brasil, concede ao juiz o poder para estabelecer o quantum de forma subjetiva, adaptada à compensação/reparação da lesão.

No que se refere à tarifação, sistema não adotado no Brasil, critica Gonçalves (2010, p. 397-398):

Não tem aplicação, em nosso país, o critério da tarifação, pelo qual o quantum das indenizações é prefixado. O inconveniente desse critério é que, conhecendo antecipadamente o valor a ser pago, as pessoas podem avaliar as consequências da prática do ato ilícito e confrontá-las com as vantagens que, em contrapartida, poderão obter, como no caso do dano à imagem, e concluir que vale a pena, no caso, infringir a lei.

Ocorre que, apesar da preocupação dos legisladores brasileiros em virtude do receio de excessos na fixação de tarifas com a finalidade de reparações civis por danos morais, já existem projetos de lei com a finalidade de consolidar critérios tarifados. Utiliza-se como exemplo a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, na qual houve a aprovação de certos parâmetros para arbitrar valores em casos de indenização por danos morais. Os valores deveriam ser atribuídos de R\$ 20 mil a R\$ 180

mil, conforme art. 7º, §1º do senador Pedro Simon, projeto de lei número 7124/2002 ao projeto substitutivo do senador Antônio Carlos Valadares, projeto de lei número 5150/99. Porém, na Câmara dos Deputados, tal proposta foi arquivada (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2011, p. 401).

Assim sendo, em não havendo outra forma eficiente para que se fixe a quantificação pecuniária decorrente das ações indenizatórias por danos morais, utiliza-se o arbitramento judicial, cabendo ao magistrado, conforme seu prudente arbítrio, contemplando a repercussão do dano, bem como a capacidade financeira do ofensor, aferir quantia para fundamentar a reparação causada pelo dano moral. Anteriormente à Constituição de 1988, algumas normas legais consolidavam critérios para a determinação do quantum, como o disposto no art. 84, § 1º do Código Brasileiro de Telecomunicações, que dispunha a fixação da indenização entre 5 e 100 salários mínimos, quando dos casos dos crimes contra a honra, sendo esse um dos dispositivos utilizados pelos Tribunais (CAVALIERE FILHO, 2012, p. 103).

Ademais, tem-se que, diante da inexistência de critérios objetivos e uniformes a ser utilizados na mensuração do quantum indenizatório nas ações indenizatórias por dano moral, tanto a jurisprudência como a doutrina adotam o arbitramento, de acordo com a razoabilidade e proporcionalidade para a reparação dos danos morais.

Assim, inegável a existência de uma brecha no sistema legal brasileiro, restando como alternativa de invocação o disposto no art. 1.553 do Código Civil, que prevê a fixação indenizatória por meio do arbitramento. Considera-se, então, que devem os critérios utilizados para arbitrar ser oriundos da natureza jurídica do dano moral, ou, mais adequado, resultantes do objetivo que se busca satisfazer com a indenização (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2011, p. 398).

Conclusão

O dano moral consagrou-se na atualidade em virtude da possibilidade de ajuizamento de demandas visando sua compensação, por intermédio das ações indenizatórias. Nestas o ofendido busca a proteção de um direito inerente a sua moral, um ressarcimento pecuniário pelo dano que lhe foi causado.

O ressarcimento pelo dano busca compensar a ocorrência deste (ao ofendido) e punir o ofensor de modo que não venha a repetir seus atos danosos, servindo assim como exemplo à sociedade.

A pretensão principal do dano moral encontra respaldo tanto na norma constitucional (nos direitos fundamentais relativos à pessoa humana) quanto na norma infraconstitucional, por fazer parte dos direitos de personalidade. Ademais, no instituto da responsabilidade civil, dispõe-se que todo aquele que causar dano a outrem tem o dever de indenizá-lo por tal ato. Assim, há clareza no que diz respeito à necessidade de existência de dano para que tal instituto seja configurado.

Ocorre que, ante a existência de tantas proteções pela norma brasileira ao dano moral, tal instituto foi banalizado, com a propositura desmedida de ações indenizatórias visando o ressarcimento por meros dissabores cotidianos, taxados como dano moral. Esses ressarcimentos, de cunho meramente econômico, vêm perdendo, assim, a essência de resguardo de direitos inerentes à honra e à moral do ser. Obviamente isso não acontece em todas as ações indenizatórias, porém, várias apresentam tal caráter.

Diante das inúmeras ações indenizatórias por danos morais propostas nos Tribunais brasileiros, buscou-se, a partir do presente artigo, um norte, com a finalidade de estabelecer critérios que justificassem e ajudassem na aplicação do princípio da razoabilidade ou proporcionalidade, a fim de subsidiar, com certo fundamento, as decisões judiciais no que se refere aos valores pecuniários condenatórios estabelecidos.

Assim, o princípio da razoabilidade, ou proporcionalidade, como também pode ser chamado, é um instrumento usado para exegese da norma, tendo como finalidade básica que esta seja interpretada com bom senso, de forma razoável, com cautela e sensatez. Tal princípio é mencionado em grande parte das jurisprudências, como timor a ser seguido nas decisões de cunho judicial.

Doutrinariamente, encontrou-se como forma predominante para a reparação pecuniária dos danos morais a dualidade de sistemas: arbitragem e tarifação. A tarifação é uma forma de mensuração pelo dano utilizada no sistema norte-americano. O sistema judiciário brasileiro utiliza a arbitragem.

Assim, inexistem critérios objetivos a ser seguidos pelo magistrado, o qual apenas analisa de forma subjetiva os casos e partes diversas, por seu livre-arbítrio motivado, utilizando-se do princípio da razoabilidade ou proporcionalidade para tentar mensurar com a máxima prudência, equilíbrio e sensatez o reflexo do dano causado ao ofendido, a fim de convertê-lo em um quantum indenizatório justo.

Referências

- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 03 jun. 2016.
- _____. Decreto Lei n.º 10.406/2002. Código Civil Brasileiro, de 10 de janeiro de 2002. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 03 jun. 2016.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n.º 37. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 17 mar. 1992, p. 3172. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em 03 jun. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 387. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 1º set. 2009. Disponível em < <http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em 03 jun. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 403. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 24 nov. 2009. Disponível em < <http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 03 jun. 2016.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil**. v 7. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FERNANDES, Alexandre Cortez. **Direito Civil**. Introdução: Pessoas e bens. Rio Grande do Sul: Educus, 2012.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 39 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: responsabilidade civil**. v 2. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil**. v 4. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Direito Civil Esquemático**. v 1. São Paulo: Saraiva, 2011.

LISBOA, Roberto Senise. **Direito Civil de A a Z**. São Paulo: Manole, 2008. Disponível em <<https://urcamp.bv3.digitalpages.com.br/users/publications/9788520427286>>. Acesso em: 13 out. 2014.

MAIA, Juliana. **Aulas de Direito Constitucional de Vicente Paulo**. 9 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, **Curso de Direito Constitucional**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

PELUZO, Cezar (Coord.). **Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência**. Lei 10.406/2002. 7 ed. São Paulo: Manole, 2013.

Disponível em <<https://urcamp.bv3.digitalpages.com.br/users/publications/9788520435861>> Acesso em 14 nov. 2014.

RIO GRANDE DO SUL. Tribuna de Justiça. **Apelação Cível n.º 70068354745**, da Décima Câmara Cível. Recorrente: J. B. S. Recorrido: Claro S/A. Relator: Des. Marcelo Cezar Muller. Porto Alegre, 02 de junho de 2016. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site/jurisprudencia/>>. Acesso em: 12 jun. 2016.

_____. Tribunal de Justiça. **Recurso Inominado n.º 71005843099**, da Quarta Turma Recursal Cível. Recorrente: S. S. Recorrido: L. S. S. M. Relator: Des. Glaucia Dipp Dreher. Porto Alegre, 26 de fevereiro de 2016. Disponível em <http://www.tjrs.jus.br/site/jurisprudencia/>>. Acesso em: 03 jun. 2016.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n.º 2014.057922-3**, da Terceira Câmara de Direito Cível. Apelante: Bebber Comércio de Móveis e Eletrodomésticos Ltda. Apelado: J.V. Relator: Des. Fernando Cariolini. Florianópolis, 14 de outubro de 2014. Disponível em <<http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/>>. Acesso em: 14 nov. 2014.

SOUZA, Sergio Iglesias Nunes de. **Responsabilidade civil por danos à personalidade**. São Paulo: Manole, 2002. Disponível em <<https://urcamp.bv3.digitalpages.com.br/users/publications/9788520416402>>. Acesso em: 14 nov. 2014.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: responsabilidade civil**. v 4. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

ALGUMAS ABORDAGENS PRÁTICAS DA CONEXÃO ENTRE ÉTICA PÚBLICA E A ÉTICA PRIVADA

DENISE BITTENCOURT FRIEDRICH*
MÁRCIA SILVEIRA MOREIRA**

* Doutora em Direito pelo PPGD da Universidade de Santa Cruz do Sul, professora permanente do PPGD da Universidade de Santa Cruz do Sul, professora de direito Administrativo da graduação dessa mesma universidade, integrante do Projeto de Pesquisa Internacional sobre Patologias Corruptivas. E-mail: d-friedrich@hotmail.com

** Pós-graduada em Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Direito Previdenciário pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Integrante do grupo de pesquisas "Patologias Corruptivas", coordenado pelo professor doutor Rogério Gesta Leal. Advogada. E-mail: advmarcia@yahoo.com.br

Resumo

O presente trabalho pretende fazer uma análise dos conceitos filosóficos da ética e da moral, sob um prisma filosófico de grandes pensadores como Aristóteles e Immanuel Kant. Abordar-se-ão os balizadores entre a ética e a moral no centro das discussões filosóficas, para então estudarem-se as relações de ética pública e ética privada nas relações políticas, a fim de evidenciar as tutelas à efetivação de direitos públicos incondicionados. Serão apontados dois exemplos de conexões entre a ética pública e a ética privada, por meio da análise do art. 92 do Código Penal e da jurisprudência específica do Superior Tribunal de Justiça. Destaca-se que, para realização deste trabalho, utilizou-se o método dedutivo de abordagem de pesquisas, e, como método auxiliar, valeu-se do método histórico. Utilizou-se, também, o método de procedimento monográfico, e, como técnica, a pesquisa bibliográfica, visando realizar o desenvolvimento do tema proposto a partir de referencial teórico.

Palavras-chave: Direito Público Incondicionado. Ética pública. Ética privada. Tutela.

Abstract

This paper aims to make an analysis of the philosophical concepts of ethics and morality, in a philosophical prism of great thinkers like Aristotle and Kant Immanuel. It will address the benchmarks between ethics and morality at the heart of philosophical discussions, and then study the relationships of public ethics and private ethics in political relations in order to highlight the guardianships the execution of unconditioned public rights. They will be appointed two examples of connections between public ethics and private ethics, through the analysis of art. 92 of the Code of Criminal of the relevant case law of the Supreme Court. It is noteworthy that, for this work, we used the deductive method research approach and as a helper method, drew on the historical method. It used also the method of monographic procedure and, as a technique, literature, aiming carry out the development of the proposed topic from theoretical.

Keywords: Public Law Unconditioned. public ethics. private ethics. Trusteeship.

Introdução

A preocupação com a ética no âmbito público vem de longa data. Os filósofos da antiga Grécia ocuparam-se, direta ou indiretamente, da análise da corrupção sob a perspectiva ética. O tema da ética e da moral é muito vasto, já que pode ser tratado pela política, filosofia, sociologia, etc., mas a opção feita neste trabalho foi pelo enfoque filosófico, por entender ser a abordagem que melhor abrange as demais áreas ao oferecer subsídios para que elas busquem medidas efetivas para controlar a corrupção por meio do enfoque oferecido pela filosofia da ética e da moral. Também a doutrina que trata do assunto é bastante diversificada, por isso se faz necessária a eleição de alguns nomes, dentre os quais Aristóteles e Immanuel Kant serão apresentados.

A retomada do tema mostra-se importante no âmbito da administração pública, haja vista que a expansão da racionalidade burocrática gerou o abandono da ética, apegando-se apenas à ética da responsabilidade, segundo a qual se levam em conta os fins alcançados, em total desapego aos meios.

Além disso, a racionalidade que a modernidade inaugura buscou atingir um conhecimento verdadeiro, neutro e universal. Para tanto, pregou-se o desapego a questões metafísicas e míticas, o que também influenciou na consolidação de uma postura política e administrativa distanciada da ética e da moral pública.

Ocorre que hoje os caminhos trilhados pela humanidade não a levaram a uma situação de emancipação do indivíduo, pois o homem – e política é uma ação humana – não pode ser dissociado de sua formatação valorativa. Por isso, torna-se necessário retomar a discussão sobre a ética e a moral. Porém, há de se ter cuidado para que seja mantida a intimidade e autonomia privada do homem, tendo em vista que não pode o Estado adentrar em certas áreas de intimidade blindadas pelo ordenamento jurídico constitucional, tais como escolhas sexuais, profissionais, todas de cunho pessoal e individual.

Sob essa perspectiva, torna-se importante discutir a separação entre ética pública e privada, sem, contudo, pregar rígida e absoluta separação, na medida em que há momentos em que o ordenamento jurídico brasileiro tem ditados imperativos tanto em relação à ética pública, que é de sua competência, como em relação à ética privada. Quanto a esta, há de fazer um juízo de ponderação para averiguar os limites de tal atuação.

Este trabalho foi dividido em três partes. A primeira de-ter-se-á na observação de autores e teorias que tratam do tema da ética e da moral. Na segunda parte, analisar-se-á como a ética pública e a ética privada se relacionam. Em um terceiro momento, apresentar-se-ão duas situações em que o ordenamento jurídico brasileiro faz a interconexão entre ética pública e ética privada: no Código Penal, no artigo 92, inciso I, alínea b, que impõe penalidades ao agente público; e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) que admite a apreciação da conduta moral para o ingresso em algumas carreiras públicas.

A ética e a moral no centro das discussões filosóficas

No livro *Política*, Aristóteles (2001) preocupou-se – de maneira repetitiva e incisiva – com o tema da virtude do bom governo. Nessa obra o autor indaga se a virtude do homem de bem e do bom cidadão é a mesma. A virtude do cidadão repousa no fato de ele trabalhar pela “conservação de sua comunidade, ou seja, para a salvação do Estado” (2001, p. 20). E apenas os bons cidadãos estão aptos a governar o Estado. Daí se percebe como, para o autor, há vinculação entre a política e a virtude daquele que se ocupa dela, ou seja, o político deve ser um homem virtuoso. Para o autor, o bom cidadão é aquele que sabe obedecer e comandar, e assim, experimentando ambos, pode exercer um ou outro, ou seja, saber obedecer para depois saber comandar. O governo civil é o comando a que se submetem as pessoas livres, fato importante, porque, segundo ele, só se aprende começando por obedecer. Com base na valorização

que o autor faz da aptidão para obedecer, parece ser fundada a afirmação de que a obediência é uma virtude do cidadão.

O que diferencia o homem que comanda e o que obedece é a prudência que aquele deve ter. Todas as outras virtudes são comuns entre ambos. Os homens que obedecem não precisam de prudência; necessitam, sim, de confiança e de docilidade, para poder servir de instrumento para os que comandam. Diante dessa afirmação, parece que o autor não defende uma cidadania ativa, pelo contrário, a gestão pública depende de aptidões que não estão presentes em todos os indivíduos; apenas para alguns a natureza atribuiu as qualidades que o homem público precisa ter. Aqueles que não foram agraciados pela natureza devem se conformar em obedecer.

Para o autor, há um conjunto de virtudes – dentre as quais a prudência – que se apresentam como fundamentais ao bom governo, e por certo o interesse público (por mais elitista que seja a sua demarcação nesse período histórico) é um norte para tais valores e ações governamentais.

O Estado, na dicção aristotélica, surge da necessidade de um “bem viver juntos”; conseqüentemente, não basta viver juntos, aglutinados, se não houver um interesse na vida boa, na felicidade de todos que vivem e compartilham espaços comuns. A felicidade¹ aparece como o sentimento aglutinador da vida em sociedade, justificando nisso a existência do Estado.

A Constituição do Estado que melhor assegure a felicidade será aquela que permita que apenas homens virtuosos atuem na vida política, estando excluídos dessa categoria de homens os lavradores, aqueles que exercem profissões mecânicas ou comerciais. Essas pessoas não têm tempo para o lazer, para a filosofia, o que as impossibilita de ser virtuosas. A vida pública deve ser atribuída a homens que gozam de certa prosperidade, os quais estão protegidos de se prostituir como os trabalhadores manuais.

¹ O autor exclui dessa felicidade pública os escravos, por entender que estes seres não participam de forma alguma da felicidade pública, assim como não têm vontade própria. (ARISTÓTELES, 2001).

O que justifica a vida em sociedade é, portanto, viver bem; todas as suas instituições não são senão meios para isso, e a própria cidade é apenas uma grande comunidade de famílias e de aldeias em que a vida encontra todos esses meios de perfeição e de suficiência. É isso o que ele chama de uma vida feliz e honesta. A sociedade civil é, pois, menos uma sociedade de vida comum do que uma sociedade de honra e de virtude. (ARISTÓTELES, 2001).

A felicidade individual dependerá de quanta virtude e prudência dentro de si² cada homem tiver. Referentemente aos Estados, quanto mais virtude e prudência tiverem, melhores frutos darão. Diante dessa assertiva, Aristóteles entende que tanto os indivíduos como os Estados dependem desses valores para poder realizar seu objetivo mais nobre: a felicidade.

Pode-se concluir, nessa linha de raciocínio, que há em Aristóteles uma ligação significativa entre a felicidade particular e a felicidade do Estado, pois acredita que o legislador deve imprimir no espírito de seu povo o ideal de que o bom para o particular também o é para o Estado.

Muitas das ideias centrais da Política repetem-se na *Ética a Nicômaco* (ARISTÓTELES, 2009). Nessa obra a felicidade também ocupa destaque central, e para ser alcançada os homens devem praticar a virtude.

Segundo Nuno Manuel dos Santos Coelho, ao fazer a introdução da obra de Aristóteles acima citada (ARISTÓTELES, 2009), diz que para o filósofo a diferença entre o homem e os demais animais é o fato de o homem ser composto por uma parte irracional (que todos os demais animais têm) e uma parte racional (da qual apenas a espécie humana é dotada). É essa parte da alma que faz o homem ser semelhante a um deus, e por isso, quanto mais desenvolver a razão, mais próximo da felicidade plena estará. Nesse ponto é que entra a ética, pois é ela que

² O autor distingue entre bens da alma e bens exteriores: “Os bens exteriores são apenas instrumentos úteis, conformes a seu fim, mas semelhantes a qualquer outro instrumento, cujo excesso necessariamente é nocivo ou, pelo menos, inútil a quem os manipula. Os bens da alma, pelo contrário, não são apenas honestos, mas também úteis, e quanto mais excederem a medida comum, mais terão utilidade” (ARISTÓTELES, 2001, p. 19).

visa a realização da excelência humana, ou seja, a afirmação do que é divino no homem.

Se a felicidade é conquistada pelo desenvolvimento da razão, as paixões sempre devem ser contidas, pois elas colocam os homens em igualdade com todos os outros animais, e cabe à ética o desafio de controlar a relação sempre tensa entre desejo e razão³, indicando ao homem qual o caminho mais sensato a seguir. Assim, a ética atua como um “sentido orientador” do homem, e por isso é uma categoria exclusivamente humana. E o que é “decisivo para felicidade são as atividades autênticas realizadas de acordo com a excelência ética.” (ARISTÓTELES, 2009, p. 33).

Feitas essas considerações sobre o tratamento que Aristóteles dedicou ao tema da virtude, do bom governo e do bom Estado, que permitem afirmar que a ética ocupou ponto central no trabalho do filósofo, outra abordagem filosófica será apresentada, tendo em vista demonstrar como as questões éticas e morais ocuparam (e devem continuar ocupando) os debates políticos e jurídicos.

Passa-se à observação dos postulados de Immanuel Kant, a quem é atribuída uma teoria da moral inaugural, no sentido de ter ele se afastado da busca de valor fundamentalista para a moral e ter desenvolvido uma teoria coerente, por meio dos imperativos categóricos universais, que indicam normas independentes de qualquer condição empírica. Leciona o autor que existe uma lei moral a priori. Dita lei é a liberdade⁴. Para comprovar sua tese, Kant (2004) desenvolveu, na Crítica da razão prática, uma argumentação demonstrando por que apenas a liberdade humana pode ser tida como uma lei moral universal.

Segundo suas lições, o conceito de liberdade constitui a pedra angular de todo o edifício de um sistema da razão pura. A liberdade pode ser conhecida a priori porque ela constitui a condição da lei moral, e esta é passível de conhecimento objetivo, desconectado de qualquer experiência sensível.

[...] a lei moral, da qual temos consciência imediata (tão rapidamente como formulamos máximas de vontade) é a que se nos apresenta primeiramente, desde que a razão representa como um fundamento de determinação que nenhuma condição sensível pode sobrepujar e, ainda, inteiramente independente destas condições, conduz precisamente ao conceito da liberdade. (KANT, 2004, p. 62).

Na verdade, Kant preocupou-se em criar uma lei moral que seja independente de qualquer vivência sensível ou experimental, avaliativa, portanto. Sua preocupação em criar uma lei moral universal e avaliativa decorre do fato de desconfiar da santidade humana. Aproximando-se de Hobbes (MELLO, 2010)⁵, Kant vê na natureza humana a propensão ao egoísmo: o agir do homem é guiado pela intenção de alcançar vantagens pessoais, raramente conectado com interesses comuns. É isso que justifica a existência de uma lei moral que imponha um dever incondicional conhecido aprioristicamente, desvinculado de qualquer vivência sensível do homem.

Segundo Mello (2010, p. 66), para Kant “[...] o homem só pode realizar plenamente sua natureza em sociedade, mas não em qualquer forma de associação de indivíduos humanos; a de ser uma sociedade civil que garanta a máxima liberdade de cada um”. Tendo em vista a importância dessa lei e a possibilidade de desobediência por parte de seus destinatários, Kant (2004, p. 68) diz ser ela um “imperativo que manda categoricamente, porque a lei é incondicionada [...] por isso determinada dever”; sendo um dever, nenhum arbítrio patologicamente afetado derivado da subjetividade e vivências individuais pode contrariar a lei moral.

Ao contrário de Aristóteles, afasta da ideia do princípio da moralidade a ideia de felicidade, pois esta não é universal. O valor “felicidade” liga-se àquilo que cada indivíduo entende ser o melhor para si, liga-se à noção de vida boa, que oferece uma diversidade inviabilizadora de pensar no direito como ins-

3 O autor acredita que o desejo é um impulso dominar da razão (2009).

4 Apenas nesse ponto de partida o autor irá descrever um valor material que servirá de base para o desenvolvimento dos imperativos categóricos.

5 Neste sentido que Mello (2010, p. 66) refere-se a “insociável sociabilidade humana”, no sentido de que, pela natureza humana, o homem é egoísta e individualista (insociável), porém, no Estado de natureza, não poderia sobreviver, o que demonstra a necessidade de viver em uma sociedade organizada pelo Direito (sua sociabilidade).

trumento de controle social. Quanto a esse aspecto, difícil não concordar com o filósofo, pois a felicidade diverge de acordo com cada indivíduo.

A lei moral também não pode significar uma ideia de bom ou de mau, pois tais valores resultam da experiência sensível que determina o que seja prazeroso ou doloroso para pessoas ou grupos restritos de indivíduos, fato refutado por Kant. Para definir sua lei moral dirigida à ação prática, usa as expressões alemãs *güte* (bem) e *böse* (mal), que significam

Uma relação na vontade, quando esta for determinada pela lei da razão a formular com algo um objeto que consentaneamente, porquanto a vontade nunca se determina imediatamente pelo objeto e sua representação, constitui uma faculdade de fazer, mediante uma regra da razão e para si mesma, a causa geradora de uma ação [...], *Güte* e *Böse* contém pois o sentido que se deve referir às ações e não ao estado sensível das pessoas. (2004, p. 123).

Adverte Mello (2010) que o direito, para Kant, visa restringir a liberdade dos indivíduos, para que a liberdade de todos possa coexistir, segundo a lei universal da liberdade acima referida. Nesse sentido, o direito não faz da sociedade civil (que se contrapõe ao Estado de natureza) uma comunidade ética, porque não cabe ao direito interferir nos fins e desejos das pessoas. A comunidade jurídica pode apenas obrigar as pessoas a obedecer à lei moral universal, porém, não pode obrigá-las a entrar em uma comunidade ética sob as leis da virtude. Difere assim o direito da ética, pois o objetivo principal daquele é tornar possível a vida em sociedade por meio de leis públicas que tornam possível o compartilhamento de espaços públicos sem que o mais hábil domine os mais fracos. Sempre que não houver limites, o indivíduo irá tentar dominar o outro, por isso, o objetivo da lei moral universal kantiana é frear a insociabilidade natural do homem, independentemente da sua condição moral.

Para Mello (2010, p. 82), Kant formulou uma teoria geral do direito “dividida por uma teoria metafísica do direito [...] e uma teoria política do direito, cuja validade não decorre de seus pressupostos metafísicos e sim da autoridade inerente ao poder

soberano em um determinado Estado”. Entre ambas teorias, a política deve se ajustar ao direito, assim, o direito natural vincula o direito positivo⁶. Por isso, acredita na ideia de que Kant defende um político moral comprometido com a teoria metafísica do direito. Nesse sentido,

Os princípios metafísicos do direito são leis morais que impõem ao governante não um dever jurídico, cujo descumprimento o submeteria a coação, mas um dever ético ou um dever de virtude de instituir as leis jurídicas do Estado que se aproxime, na maior medida possível do modelo ideal de constituição republicana. Isso significa que, do ponto de vista moral, apesar de imune à coação externa do direito, o legislador jamais é um soberano absoluto no sentido de exercer um poder inteiramente incondicionado, já que ele não é livre para definir as leis públicas de um Estado pois está constrangido pelo dever ético [...] de fazer do modelo de república constitucional a máxima da sua atividade legislativa. (MELLO, 2010, p. 83).

Diante da objetividade da lei moral, uma lei não pode especificar detalhadamente “de qual maneira alguém deve agir e quanto alguém precisa fazer através da ação para um fim que é também um dever” (KANT, 2003, p. 233). Isso representa o que Kant chama de deveres imperfeitos, ou seja, aqueles que ampliam o campo da prática da virtude.

A doutrina da ética ocupa-se igualmente da ação humana apenas sob a análise dos princípios subjetivos dessa ação, ou seja, das razões internas que a determina. Para Kant, a ética não alcança o comportamento externo, limitando-se apenas àquilo que o sujeito pensa ou deseja internamente— diferentemente do direito, que tem abrangência universal, independente dos desejos individuais.

Assim nasce a lei jurídica, que são as leis morais (cabe lembrar que lei moral se refere às leis da liberdade) que regem as ações humanas nas suas manifestações externas. As leis éticas, por sua vez, são leis morais que fundamentam as ações, independentemente da imposição externa de leis coativas. É

⁶ No capítulo seguinte, será apresentada a teoria habermasiana, que entende inadequada essa relação entre direito e moral.

moral a ação quando está de acordo com as leis éticas (moralidade da ação). Mello (2010, p. 86) afirma que “uma ação é ética apenas quando o agente age tendo o dever de cumprir a lei moral como o próprio fundamento determinante subjetivo de sua ação”, independentemente de outras intenções ou coações externas. Porém, se age para agradar aos outros, e sua ação coincide com a lei moral, sua ação não terá caráter ético. Por outro lado, uma ação é jurídica se houver a coincidência da ação com a determinação do direito, independentemente das razões internas que levam o sujeito a agir.

Por ser o homem moralmente imperfeito (tendência intrínseca de desobedecer às leis morais), a coação desempenha papel importante na obediência aos deveres morais, que se dividem em duas espécies: deveres éticos e deveres jurídicos. Ambos contam com um sistema de coerção próprio: o primeiro atua sob a lógica da coerção interna ou autocoerção; o segundo, pela coerção externa exercida pelo Direito. Percebe-se, da distinção feita por Kant, que para ele não existe relação entre agir conforme a lei jurídica e agir de acordo com leis éticas – há, portanto, a separação entre ambos os deveres. É como se a filosofia moral kantiana se ocupasse de duas ciências distintas e incomunicáveis: direito e ética (MELLO, 2010).

À ética cabe a responsabilidade de impor um aperfeiçoamento moral interno do homem, por isso Kant (2003) escreveu a *Metafísica dos costumes*, apresentando a diferença entre a doutrina da virtude e a doutrina do direito. Diz ele que “o conceito de liberdade, que é comum a ambas, torna necessário dividir os deveres em deveres de liberdade exterior e deveres de liberdade interior, sendo apenas estes últimos éticos” (KANT, 2003, 249). Para ele (2003, p. 238), virtude “é a força das máximas de um ser humano no cumprimento de um dever”. Porém (KANT, 2003, p. 239),

Todos os deveres envolvem um conceito de constrangimento através de uma lei. Deveres éticos envolvem um constrangimento para o qual somente a legislação interna é possível, ao passo que deveres de direito envolvem um constrangimento para o qual a legislação externa também

é possível. Ambos, portanto, envolvem constrangimento, quer seja auto- constrangimento, quer seja constrangimento por outro.

Descreve assim mais um imperativo categórico como princípio supremo da doutrina da virtude: “age de acordo com uma máxima dos fins que possa ser uma lei universal a ser considerada por todos” (KANT, 2003, p. 239). O próprio autor defende, a partir desse imperativo, que o ser humano não é um meio, mas um fim em si mesmo, o que o desautoriza a usar a si mesmo ou os outros como meio para atingir qualquer fim.

Kant (2003) trata a ética enquanto ciência na medida em que cria uma organização metódica. Assim, cria um esquema de deveres ético, de modo que eles sempre se referem ao ser humano, e dividem-se em deveres para consigo mesmo e deveres com os outros. A mentira é um desrespeito do dever ético que o homem tem consigo mesmo. Representa, por conseguinte, uma violação à ética, no sentido de o ser humano fazer de si mesmo um meio para alcançar fins. Como acima foi referido, Kant entende que o homem, enquanto ser moral, deve ser tratado sempre como um fim em si mesmo, e jamais como um meio. Mentindo, falando conscientemente inverdades, tanto para si como para os outros, o homem desrespeita sua condição moral.

Para finalizar a exposição da filosofia moral de Kant, ratifica-se o pensamento central do filósofo no sentido de não se preocupar em ditar o conteúdo da moral, ou seja, dizer quais as ações são esperadas do homem – por exemplo, que um ser moral é aquele que ajuda os outros, que não furta. Ele rechaça o substancialismo moral, e nesse aspecto a teoria moral de Habermas guarda ponto de contato com a moral kantiana.

Outro filósofo, Habermas, desenvolveu uma teoria discursiva por meio da qual os fundamentos morais podem ser aceitos nas decisões públicas, sem com isso cair num relativismo cultural. Na verdade, ele pretende com isso legitimar o argumento moral como forma de validade das decisões (o Direito, enquanto decisão, também deve utilizar-se do procedimento proposto pelo autor).

A teoria discursiva do filósofo alemão visa assegurar o primado do justo sobre o bom, para, a partir daí, construir o conceito universalista da moral, assim como certificá-lo de racionalidade discursiva. Nesse sentido, a ética discursiva⁷ proposta por Habermas (2008) adapta-se a pontos de vista morais (*point of view*) defendidos pelos cognitivistas, formalistas e universalistas morais, desde que tais pontos de vista passem pelo filtro de um procedimento que tornará válidas as normas daí derivadas. Ele rechaça o relativismo ético na medida em que levaria ao fracasso toda a tentativa de desenvolvimento de uma teoria moral, pois jamais poderiam tornar-se uma pretensão de validade moral universal levando-se em conta valores de grupos étnicos. Preocupa-se o autor com o afastamento do direito da moral, por isso desenvolveu o princípio do discurso, que permite reconstruir o direito reaproximando-o de valores que podem ser estabilizados por meio de normas universalmente válidas.

Os pontos de vistas morais não podem ser encontrados fora do âmbito da argumentação. Nesse sentido, o ponto de partida de justificação é o “processo discursivo do resgate de pretensão de validade normativas” (HABERMAS, 1989, p. 197). Afirma Habermas (1989, p. 169) que “la moral fundamentada en la ética discursiva se apoya en un modelo que, por así decirlo, está implícito desde el principio en el intento de establecer un entendimiento lingüístico”. Assim, a moral que busca seu fundamento na ética discursiva proposta se apoia em um procedimento de entendimento mútuo linguístico.

A busca de um procedimento discursivo fundamentador de normas deriva da moralização inevitável do mundo social. O mundo social contém muitas vezes normas que, para serem recepcionadas pelo mundo da vida, precisam ser justificadas, e essa justificação se dá pela utilização de princípios do discurso que permitem (re)construí-las discursivamente.

7 Ética discursiva, ou ética do discurso, será tratada como sinônimo de teoria do discurso, aderindo à opção feita por Habermas em *Consciencia Moral y acción comunicativa*. Porém, cabe advertir que, segundo Gomes (2009), há críticas que dizem que, a partir do momento em que Habermas adota um princípio do discurso neutro, seria mais correto falar de uma teoria do discurso, e não mais de ética do discurso.

Diante do exposto até aqui, fica demonstrado como a política pode ser informada por valores éticos e morais de forma a assegurar a neutralidade das decisões sem relegar valores tão importantes que envolvem, por exemplo, o tema da corrupção. Em tais situações, não raro, o agente público, embora atendendo as exigências impostas pela lei, comete atos corruptivos pelo distanciamento de tais valores. Por isso a relevância da discussão aqui apresentada. A seguir apresentar-se-á como a filosofia tem tratado a separação entre ética pública e ética privada.

A relação entre ética pública e ética privada

A partir de agora, passa-se a analisar qual a relação entre a moral e a ética, a partir da seguinte indagação: existe um ponto de contato entre ambas ou elas se diferenciam de forma absoluta?

Repousa muita divergência em relação à distinção (ou não) entre o sentido da moral e da ética. Não raro os significados de moral e ética são usados como sinônimos, ou seja, um é utilizado com o significado do outro, causando o uso inadequado dos termos. Além de uma questão meramente conceitual, a definição e o uso adequado dos termos se justificam pelo fato de o Estado, especialmente por meio do Direito, ter que regulamentar determinadas condutas, e isso implica riscos inafastáveis de interferir em esfera privada e íntima que deveriam ser blindadas pelos sistemas constitucionais pós-modernos. Por isso é indispensável fazer uma distinção entre moral e ética, pois, de forma singela, a moral está limitada a um âmbito privado, particular, chamada por alguns de ética privada; ao passo que a ética (esta, sim, é a ética pública) é uma ciência que se ocupa de valores coletivos de determinada sociedade.

Etimologicamente os termos diferenciam-se, pois a origem da palavra ética é o grego *ethkós*, que significa “modo de ser”. Também foram os gregos que deram à ética uma natureza

de ciência que se ocupa do estudo da moral. A palavra moral, por sua vez, deriva do latim *moralis* e significa algo relativo a costumes, logo, refere-se à parte da filosofia que estuda os costumes (SILVA, 1995).

Para Adela Cortina (2010), a ética reflete a dimensão filosófica da moralidade, ou seja, “na forma de reflexão e linguagem acerca da reflexão e da linguagem da moral”. Desse modo, a filosofia, enquanto filosofia da linguagem, situa a ética no nível reflexivo e autorreferencial do discurso filosófico, fato que coloca a ética em um nível científico, ao passo que a moral é gerada no mundo social, pelos costumes, e carecedora de caráter científico. A autora dedica o livro *Ética sem moral* (2010, p. 18) a “averiguar se a ordem moral, a partir da qual se adquirem sentido e autonomia pessoal, o direito moderno e a forma de vida democrática tem realidade ou se essa ordem é fictícia”. Essa preocupação se justifica, segundo Cortina, devido ao esvaziamento valorativo que o direito e a política moderna sofreram, deixando a sociedade carente de fundamentos de sua ação.

Dessa forma, Cortina (2010) propõe uma ética transcultural, que implica a defesa da ética não universalista, mas tampouco defende a ética historicamente determinada. Aderindo assim ao sentido que Kant atribui à ética, com sendo normas internas, a ideia central da autora repousa na proposta de que a formação de vontade ocorre em um ambiente discursivo e democrático, pretendendo alcançar uma ética sem moral. A ética discursiva que a autora propõe se refere à discussão situada historicamente, por isso sua teoria visa reabilitar a ética como pano de fundo no qual ocorrem as discussões públicas. O procedimentalismo é tido por ela como o médium entre transcendentalismo e historicismo.

Por outro lado, Stan Van Hooft (2013) identifica a teoria moral com a ética, ou seja, ambas têm o mesmo significado. A teoria moral (ou ética) consiste no estudo da moral e tem vários propósitos, dentre os quais se destacam alguns. O primeiro a destacar-se é a intenção da teoria moral de tentar entender em que consiste a moral; o segundo propósito é estabelecer o que os indivíduos são obrigados a fazer e a não fazer, e nes-

se sentido, é um teoria prescritiva⁸; um terceiro propósito seria investigar por que as leis morais são válidas, ou seja, por que tais prescrições são normativas; o quarto e último propósito apresentado pelo autor refere-se à psicologia moral, ou seja, à preocupação em analisar a vida moral dos indivíduos, quais os sentimentos que as obrigações morais despertam nos seres humanos, o que eles pensam sobre as questões morais. O segundo e último tem uma relevância peculiar para o Direito, na medida em que dirá quais normas terão chances de conquistar a maior adesão social, pois normas muito rígidas desprezam a falibilidade humana, e provavelmente não contarão com a sujeição espontânea dos seus destinatários.

De qualquer sorte, pretende-se verificar em que medida se pode falar de ética pública e de uma moral ou ética privada. Quanto à diferenciação (ou não) de um âmbito privado e outro público da ética, nem sempre é possível conciliar ética pública com ética privada. Esses dois âmbitos compõem uma relação sempre de difícil composição. Muitas vezes a sociedade se preocupa muito mais em fazer um controle da ética privada, impondo valores morais com vistas a reger a vida privada dos indivíduos, não dando a devida atenção à ética pública, que é a que tem repercussão de maior alcance na vida dos cidadãos e, por exemplo, nas questões pertinentes à corrupção. Isso justifica o estudo dessas questões.

Rodolfo Arland (2013) define a ética como o campo da teoria filosófica que averigua os fundamentos racionais das condutas e práticas humanas e sociais. Cada grupo humano molda seus costumes, modos de agir, que, segundo o autor, são uma espécie de moral; porém, ética e moral diferenciam-se pelo fato de a ética ser um juízo moral socialmente imposto sobre a conduta dos homens que compõem uma sociedade. A ética trata de um dever fazer, que pode ser modelado pela moral. “la moral es lo que se practica y la ética piensa cómo debe ser esa moral” (2013, p. 3), ou seja, a ética indaga “o que devo fazer?”. Assim, cabe à ética apreciar as condutas morais.

⁸ Essa preocupação será retomada em Habermas no capítulo seguinte.

Diante da diversidade conceitual em que o tema está envolto, a escolha por uma classificação faz-se necessária. Então a opção, neste trabalho, foi colocar a ética privada ao lado da moral que diz respeito, por exemplo, a escolhas sexuais, vida familiar, ou seja, a moral. A ética pública refere-se aos valores que incidem na esfera pública cobrando posturas do indivíduo enquanto cidadão que vive em sociedade e divide espaços comuns de convivência. A ética pública é indispensável para a vida em sociedade, assumindo maior relevância em relação aos homens públicos, os quais têm o dever de zelar pela coisa pública.

Oscar Bautista (2007, p. 7) conceitua a ética como sendo

la disciplina del conocimiento que tiene por objeto el estudio de los distintos caracteres, hábitos, costumbres y actitudes del ser humano clasificándolas en buenas [...] ou malas [...], debidas ou indebidas, convenientes o nocivas para el ser humano.

Porém, quando a ética é ampliada para a esfera pública, denomina-se ética pública ou política, que é uma disciplina que ensina o que é conveniente ou nocivo para a coletividade.

Quando a pergunta “o que devo fazer?” é feita por um agente público, sua resposta não pode afastar-se da finalidade perquirida por suas ações, as quais não se limitam a um interesse pessoal ou particular, mas devem visar atender a um interesse coletivo.

Na modernidade, os valores coletivos foram conjuntamente eleitos, e estão elencados na Constituição de cada Estado soberano. Ainda que não sejam expressos, certamente a Constituição dará pistas de quais valores são esses, e, por meio de uma atividade interpretativa, os valores daquele Estado serão revelados⁹.

⁹ Antoni Domènech (2008), ao diferenciar ética de moral, sustenta que a ética é a moral publicamente arguível, apelando a uma razão pública. A moral situa-se em sede de costumes. Por isso é muito frequente que determinadas comunidades tenham costumes que não são comuns aos olhos de outros grupos. Ocorre que, para dizer que um dado costume é ético ou não, o costume tem que passar pelo filtro da arguição e aceitação publicamente sustentada. E para evitar que haja manipulações na constituição dessa ética pública, deve haver a igualdade entre os que participam do debate, “*pero non hai deliberación posible entre amo e escravo, nin entre home e muller, se a muller é concibida patriarcal-patrimonialmente como un suxeito alienado, privado de dereito propio*” (2008, p. 8).

Interessante o que diz Domènech (2008), segundo o qual mesmo na diferenciação entre ética pública e ética privada ambas são informadas por um viés público, tendo em vista que não há espaço para a ética totalmente imune à esfera pública, porque o espaço no qual florescem valores de uma vida boa (no âmbito privado) é sempre um espaço da comunidade política, e o espaço político é um espaço de deliberação pública entre indivíduos que se reconhecem iguais e livres mutuamente.

Porém, ainda que a ética pública e a ética privada tenham um espaço de interlocução em decorrência da forma como se relacionam, uma fusão total de ambas não é aconselhável.

Assim, há espaços públicos e espaços privados e ambos se relacionam, porém, não pode ser deixado de lado que os deveres de conduta do homem quando investido de atribuições públicas são uns; e quando investido de atribuições derivadas de suas relações privadas são outros. Por isso, as escolhas de natureza privada não devem, em regra, contaminar o homem público¹⁰. Exemplificando, o servidor público responsável pela contratação de obras, compras e serviços submete-se à Lei 8.666/93, que institui normas para licitações e contratos da administração pública, impondo a obediência aos princípios da administração pública para alcançar a proposta mais vantajosa para o Estado, e não para o indivíduo.

Richard Sennett (2011) faz uma reflexão interessante sobre a relação entre os espaços públicos e os espaços privados, para avaliar a evolução e a degradação do cidadão, membro de uma comunidade política, no cenário da democracia liberal de base capitalista. Investigando o desenvolvimento do homem e sua relação com o domínio público, o autor percebe que desde a Antiguidade essa relação carece de uma distinção. Afirma que (2011, p. 16)

La diferencia entre el pasado romano y el presente moderno reside en la alternativa, en lo que significa la intimidad. Los romanos buscaban en privado otro principio para operar lo a lo público, un principio baseado en la transcen-

¹⁰ Mesmo que suas escolhas sejam repudiadas pela moral (ou ética privada), isso não implica que o desempenho de suas funções públicas sejam atentatórios à moralidade pública.

dencia religiosa del mundo” o homen moderno tratou de “transformar en un fin en si mismo el hecho de estar en la intimidad, solos con nosotros o con la familia y los amigos íntimos . [...] e conorcese si mismo constituiye un fin, en lugar de ser un medio para conocer el mundo.

Tanto os povos medievos como os modernos, na Europa, fizeram e fazem a sobreposição do privado sobre o público, porém, o que difere ambos é que os romanos, no tratamento com o público, impuseram a ele os seus deuses privados, impedindo que o público se desenvolvesse como uma esfera autônoma, com uma ética própria.

A personalidade do agente público conquistou a atenção dos cidadãos a ponto de serem mais importantes as características pessoais dele do que a sua atuação no desempenhar de suas funções públicas. O risco assumido é de o cinismo tomar conta do espaço público exatamente onde a transparência foi um valor conquistado pela sociedade moderna¹¹.

Um importante efeito do fenômeno da sobreposição do privado sobre o público é descrito por Sennett (2011, p. 25)

En la medida en aumenta el interés por las cuestiones de la personalidad (egoísmo), la participación con desconocidos con fines sociales ha disminuido; o esa participación es falseada por la cuestión psicológica. En los grupos comunitarios, por ejemplo, se experimenta la necesidad de conocer al otro como persona a fin de actuar en forma conjunta: luego se ven atrapados por procesos paralizantes de ese deseo de mostrarse como personas y pierden gradualmente la primitiva intención de actuar juntos.

Decorre daí um sentimento de repulsa ao estranho, ao diferente, colidindo com o verdadeiro ideal das cidades de pensar espaços para aproximar pessoas com valores e hábitos diferentes no sentido pedagógico de ensinar a sociedade a aceitar a diferença. Em tais cidades, o indivíduo cosmopolita seria o ator principal. Porém, verificou-se o contrário, segundo o autor. Mais

¹¹ Como exemplo de transparência, a Lei Complementar 131/2009 regula o dever de as contas públicas serem disponibilizadas para todos os cidadãos. Outro exemplo é a Lei Federal 12.527/12, que regula o acesso a informações em poder do Estado. Ambas vão ao encontro do princípio da publicidade.

que um simples sentimento de repulsa à diferença, espaços de isolamento foram construídos exatamente para não conviver com isso.¹²

Cria-se assim uma personalidade coletiva em que tudo passa a ser analisado como questão de personalidade. Os conflitos políticos são interpretados em função da atuação das personalidades políticas, o que implica o personalismo da política.

Apresentadas essas considerações acerca da distinção entre ética pública e ética privada, conclui-se que a relação entre esfera pública e privada sempre foi problemática. Para que se possa identificar tal relação como adequada, deve haver um espaço de atuação específico de cada uma, sem a sobreposição de uma sobre a outra. Sabe-se que a separação absoluta é impossível, o que não impede que haja uma distinção entre elas. Nesse sentido, ambas as esferas devem se comunicar, pois o isolamento total despreza a influência que uma tem sobre a outra.

Dois exemplos de conexões entre a ética pública e a ética privada

Os dois exemplos que serão aqui analisados demonstram como, mesmo diante de se reconhecer que há de se ter espaços de autonomia privada que devem ser blindados contra interferência do Estado e da sociedade, especialmente naquilo que diz respeito a escolhas e condutas individuais que não têm relevância para a apreciação da conduta do agente público, não raro se percebe que candidatos a cargos eletivos procuram adequar suas escolhas de cunho individual àquilo que a sociedade espera de um homem *padrão*, por exemplo, o bom pai de família, que vive um relacionamento heterossexual, religioso, pagador

¹² No quadro apresentado por Sennett (2011), a revolução industrial também teve papel importante, na medida em que a produção em grande escala faz nascer a necessidade do consumo em grande escala, e para tanto tem que criar práticas que colaborem para o aceleração das vendas. Para alcançar tal objetivo, criou-se o modelo de estipulação de preços fixos, excluídas as possibilidades da barganha entre vendedor e comprador, suprimindo uma prática que colocava os habitantes da cidade em constante contato. Passa, assim, o ato de comprar a ser um ato solitário que fomenta a clausura do homem em seu mundo interno e íntimo.

de suas contas. Não que isso seja irrelevante, porém, o problema é quando tais exigências morais se sobrepõem à avaliação do comportamento diante da ética pública, como a vida política desse agente, sua história política, sem envolvimento em escândalos políticos.

É com muita cautela que esses espaços de comunicação entre a ética pública e a ética privada precisam ser analisados, sob pena de haver a inversão de valores e se acabar prejudicando a retomada da ética e da moral para o direito e para a política.

Dois exemplos serão aqui apresentados, nos quais se percebe essa conexão. O primeiro refere-se ao artigo 92 do Código Penal, que dispõe:

Art. 92 - São também efeitos da condenação:

I - a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo:

- a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública;
- b) **quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos. (grifos meus)**

Poderia o legislador ter dito que, nas situações da alínea b do artigo 92, ficaria suspenso o vínculo com a administração pública, como fez, por exemplo, ao regular os casos em que o agente público é empossado para o exercício de mandato em cargos eletivos cuja cumulação é vedada. Porém, não sendo essa a opção do legislador, há de se indagar por quê. Não se está diante de um moralismo desnecessário?

Outra situação digna de apreciação refere-se ao caso de candidatos a cargos públicos, na situação em que o edital do concurso prevê a investigação da conduta moral dos aprovados nas primeiras fases. Essa prática recebe a chancela da Superior Tribunal de Justiça (STJ), que, em várias ocasiões, afirmou ter o edital legitimidade para apreciar se o comportamento do agente é compatível com o cargo. Em tais casos, está-se diante não de crimes ou contravenções penais, como ocorre no exemplo

anterior, mas de fatos de menor importância, não tipificados, porém, apreciados pela banca do concurso como incompatíveis com a conduta desejada de um agente público.

No Recurso em Mandado de Segurança nº 33.183 – RO (2010/0208024-3), o STJ confirmou a legalidade da exclusão do impetrante da lista de aprovados “[...] pois, como ele próprio admite, é bem verdade que o edital do concurso é claro no sentido de que a investigação social terá caráter eliminatório e tem como objetivo verificar a vida pregressa do candidato”.

Em outro momento, no AgRg no Recurso em Mandado de Segurança nº 29.159 – AC (2009/0053543-9), o STJ afirmou que

A jurisprudência desta Corte entende que a investigação social não se resume a analisar a vida pregressa do candidato quanto às infrações penais que eventualmente tenha praticado, mas também à conduta moral e social no decorrer de sua vida, objetivando analisar o padrão de comportamento do candidato da carreira policial.

Porém, adverte que cabe ao Poder Judiciário apreciar a proporcionalidade e razoabilidade da sanção aplicada. Com isso quis dizer que é lícito avaliar a conduta moral em investigação social, porém, esta deve ser na medida certa da infração, e esse juízo de ponderação é competência do Judiciário, sem que implique a quebra da separação dos poderes.

Destaca a posição consolidada do STJ e STF:

[...] entende a jurisprudência desta Corte que a investigação social não se resume a analisar a vida pregressa do candidato quanto às infrações penais que eventualmente tenha praticado. Deve ser analisada a conduta moral e social no decorrer de sua vida, visando aferir o padrão de comportamento diante das normas exigidas ao candidato da carreira policial, em razão das peculiaridades do cargo que exigem a retidão, lisura e probidade do agente público.

Interessante que o STJ e o STF, quando o assunto é presunção de inocência, exigem o trânsito em julgado para o afastamento do candidato. Mas, para apreciação da conduta moral, que é bem menos grave, tendo em vista que não se configura crime nem contravenção, não fazem essa apreciação do

trânsito em julgado nem da prescrição. Admite o STJ no Mandado de Segurança nº 33.183 – RO que “não está em causa eventual violação da presunção de inocência, até porque não há controvérsia quanto à autoria e à materialidade do ilícito penal”; porém, o que se indaga no caso em tela é “se é legal, moral e razoável a exclusão de candidato ao cargo de policial militar que responda por crime incompatível com a dignidade da nobre função pública”. Nesse caso entendeu a corte que é moral, razoável e legal a exclusão do candidato. Assim, fica evidente como a moral (ou ética privada) incide sobre apreciação do candidato para cargo de servidor público, de quem se deveria exigir apenas uma conduta de acordo com os padrões da ética pública.

Considerações finais

Destaca-se a importância de debruçar-se sobre o tema, tendo em vista o risco de o Estado, representado na figura dos três poderes, avançar na esfera privada do indivíduo, sem respeitar a intimidade e a autonomia dos cidadãos. Por isso, devem ser mantidos tais espaços protegidos da interferência tanto da sociedade com do próprio Estado. Porém, os dois exemplos acima apresentados demonstraram que essa relação não é tão simples assim, tendo em vista que há momentos em que, para justificar uma decisão pública, se recorre a argumentos morais.

Essa situação oferece um risco para as liberdades individuais, haja vista que os valores exigidos do homem público são distintos daqueles de natureza moral e privada. Assim, o que se espera dos agentes públicos é que estejam comprometidos com a ética pública, ainda que no âmbito individual suas escolhas possam contrariar valores morais de natureza privada, tais como escolhas sexuais.

Referências

- ARLAND, Rodolfo. Ética o corrupción: el dilema para el nuevo milênio. Disponível em: <https://bvc.cgu.gov.br/bitstream/123456789/2946/1/etica_o_corrupcion_el.pdf> Acesso em: 24 ago. 2013.
- ARISTÓTELES. Política. Tradução de Pedro Tolens. 5 ed. São Paulo: Martin Claret, 2001.
- _____. Ética a Nicômaco. Tradução de António de Castro Caeiro. São Paulo: Atlas, 2009.
- BAUTISTA, Oscar Diego. La ética en la gestión pública. Fundamentos. Estado de la cuestión y proceso para la implementación de un sistema ético integral en los gobiernos, Madrid: Universidad Complutense, 2007.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Recurso em Mandado de Segurança Nº 29.159 – AC (2009/0053543-9). Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25076969/agravo-regimental-no-recurso-em-mandadode-seguranca-agrg-no-rms-29159-ac-2009-0053543-9-stj/inteiro-teor-25076970>> Acessado em: 01 mai. 2014.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança nº 33.183 - RO (2010/0208024-3). Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24678766/recurso-ordinario-em-mandado-de-seguranca-rms-33183-ro-2010-0208024-3-stj/inteiro-teor-24678767>> Acessado em: 01 mai. 2014.
- CORTINA, Adela. *Ética sem moral*. Tradução Marcos Marcionilo. São Paulo: Martins Fontes. 2010.
- DOMÈNECH, Antoni . *Ética publica: desafios e propostas*. Santiago de Compustel: EPGA, 2008.

HABERMAS, Jürgen. Consciência Moral e Agir Comunicativo. Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

_____. Conciencia moral y acción comunicativa. Tradução de Ramón Cotarelo García. Madrid: Editora Trotta, 2008.

HOOFT, Stan Van . Ética da virtude. Tradução de Fábio Creder. Petrópolis: Editora Vozes, 2013.

MELLO, Claudio Ari. Kant e a dignidade da Legislação. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2010.

KANT, Imanuel. Metafísica dos costumes. Tradução de Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2003.

_____. Crítica da razão prática. Tradução de Afonso Bertognoli. Ebook São Paulo: 2004.

SENETT, Richard. El declive del hombre público. Tradução de Geraldo Di Masso. Barcelona: Editorial Anagrama, 2011.

SILVA, De Plácido. Vocabulário Jurídico. v. I e II. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

AUTOCOMPOSIÇÃO: A NOVA REALIDADE TRAZIDA PELO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E O DESAFIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA IMPLEMENTÁ-LA

ALEXANDRE SIKINOWSKI SALTZ*

* Promotor de Justiça no Estado do Rio Grande do Sul. Mestrando em Direito na FMP.
E-mail: alexandresaltz@hotmail.com

Resumo

O presente artigo aborda a insuficiência do sistema demandista para a solução de litígios e a necessidade de aprimorar-se a efetivação dos chamados métodos de autocomposição, capazes de solucionar os conflitos. Destaca a importância que o tema ganhou no novo Código de Processo Civil e faz um recorte da atuação do Ministério Público acerca do tema.

Palavras-chave: Autocomposição. Código de Processo Civil. Ministério Público.

Abstract

The present article discusses the failure of the current judicial system in resolving disputes and the need to improve the realization of the so-called self-resolution methods, able to resolve conflicts. It emphasizes the importance that the issue has gained in the new Civil Procedure Legislation and makes an analysis of the acting of the Public Prosecution on the subject. The text

Keywords: Self-resolution. Civil Procedure Legislation. Public Prosecution.

A insuficiência do modelo demandista para a pacificação social. A conflituosidade gerada pelo processo

Em setembro de 1984, a professora Ada Pellegrini Grinover, em palestra proferida na Faculdade de Direito de Montevideo¹, já alertava para a existência de “dados extremamente preocupantes na administração da Justiça”. Um deles, de significativa importância, era a “existência de conflitos não adequadamente solucionados”.

Dizia que a sociedade gerava conflitos individuais, coletivos e difusos. Aqueles, até mesmo pelo modelo processual vigente à época, eram mais facilmente tratáveis porque existentes mecanismos jurídico-processuais para tanto; esses, pelo mesmo motivo, não recebiam enfrentamento suficiente. Falava que o custo do processo, a lentidão do sistema de Justiça e a ideia de que existem “interesses menores” impediam ou dificultavam a realização do direito. E já chamava a atenção para a urgência de que a “mediação institucionalizada” passasse a funcionar como “canal idôneo para resolver certos conflitos”.

É bem verdade que o sistema de proteção dos direitos difusos e coletivos logo adiante inaugurado no direito brasileiro² criou modernos mecanismos de efetivação, complementados por outras tantas leis que criaram um microsistema próprio para a tutela dos direitos coletivos³. O acesso à Justiça ganhou novas

ferramentas de implementação que o tempo mostrou insuficientes para promover a pacificação social por meio da resolução dos conflitos. Mas, destaque-se, o instrumento mais largamente utilizado ainda é o processo, porque se vê nos tribunais o monopólio de dirimir conflitos.

Aliás, a preocupação com a efetividade do processo, por meio do acesso à Justiça, é antiga.

GAVRONSKI e ALMEIDA (2014, p. 51-53) lembram que em 1978 Mauro Cappelletti e Bryant Garth analisaram o significado do acesso à Justiça a partir de obstáculos que entravavam a concretização dos direitos. Três ordens de problemas foram identificadas: 1) de natureza econômica, destacando a pobreza, a falta de acesso à informação e a falta de representação adequada; 2) de natureza organizacional, consistente na existência de direitos difusos; 3) de natureza procedimental, decorrente da inadequação das formas tradicionais de resolução dos conflitos.

Em estudo empírico, vivenciado na Favela do Jacarezinho/RJ, Santos, 1977, mostrou as dificuldades de acesso à chamada “Justiça oficial” e as estratégias criadas pelos cidadãos para resolver seus conflitos e satisfazer seus interesses. Apontou a existência de “procedimentos estatais e não estatais de resolução de conflitos”. Pela primeira vez, e esse é o destaque importante, foi dito que a justiça não é realizada apenas pelo Estado.

Outras tantas preocupações manifestaram-se em estudos financiados pelo Banco Mundial, quando se pretendeu aprofundar o direito do acesso à Justiça para além da atuação judicial e da aplicação da lei. Uma das pesquisadoras a debruçar-se sobre o tema, Junqueira, 1996, falando sobre a atuação do Brasil relativamente ao tema, já alertava que por aqui o debate privilegiou a segunda onda, em vez de investir na “simplificação de procedimentos e identificação de alternativas aos tribunais”. Vale dizer, embora comprovado que o processo judicial não seria a forma adequada de resolução de todos os conflitos, e que a cidadania poderia encontrar formas de resolvê-los sem a presença do Estado, que o modelo judiciário brasileiro não buscava alternativas à concretização dos direitos e à pacificação social.

1 Palestra intitulada Conciliação, publicada em Doutrinas Essenciais de Arbitragem e Mediação, vol. 6, set. 2015, p. 1003-1016.

2 Lei 7.347, de 24 de julho de 1985, que “Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências”, criou mecanismos processuais – ação civil pública – e pré-processuais – inquérito civil, termo de ajustamento de conduta, recomendação – para a tutela desses direitos e resolução dos conflitos a ele relacionados. De forma inovadora e consistente, o sistema jurídico-normativo prevê e estimula a adoção de formas autocompositivas de resolução do conflito, pela possibilidade de celebração do termo de ajustamento de conduta.

3 A Constituição Federal de 1988 promoveu a *summa divisio* entre direitos individuais e direitos coletivos, originando, após a edição da Lei nº 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), da Lei nº 8.078/1990 (Código de Proteção e Defesa do Consumidor), da Lei nº 8.429/1992 (Lei da Improbidade Administrativa) e da já revogada Lei nº 8.884/1994, a partir do chamado “diálogo das fontes”, o desenvolvimento de um direito processual coletivo. Sobre o tema, leia-se ALMEIDA, 2003 e DIDIER JR, e ZANETI, 2009.

Voltava à atualidade a advertência de Bobbio (1992, p. 25), no sentido de que não adianta só reconhecer direitos ou declará-los formalmente. O mais importante seria como efetivá-los, como garanti-los, evitando que fossem violados continuamente.

O modelo instalado, centrado na “lógica determinista binária, na qual as opções estavam limitadas a ‘ganhar’ ou ‘perder’”, dá sinais de fadiga e provas de ineficiência, como advertem Moraes e Spengler (2007, p. 318).

Os números retratam que a cultura demandista e a litigiosidade imperam. Segundo informações do Conselho Nacional de Justiça, no início de 2014 havia um estoque de 70,8 milhões de processos em andamento no Brasil, 70% deles nas Justiças estaduais. Naquele ano – 2014 – ingressaram outros 28,9 milhões de processos. Mesmo com os julgamentos efetuados, o ano encerrou com um acervo de 71,2 milhões de processos em curso, e com uma taxa de congestionamento de 71,4% ao ano. Se não mais se ajuizassem ações, ainda seriam necessários, considerando os recursos materiais e humanos disponíveis, dois anos para dar conta do estoque.

O diagnóstico conclui que a litigiosidade aumenta fortemente e que os recursos – materiais e humanos – são insuficientes para fazer frente à demanda. Criar novas formas de acesso à Justiça e de resolução de conflitos, não adversariais, com práticas colaborativas e autocompositivas, descongestionando o Judiciário, é um desafio. Abre-se espaço para a “jurisconstrução”.⁴

O Estado trouxe a si o “monopólio da violência legítima”, delegando-a ao sistema judiciário. Ocorre que a “conflituosidade judiciária”, decorrência do monopólio em questão, não produz melhorias na “conflituosidade social”, impondo a busca de alternativas “mais democráticas e autonomizadoras, ‘jurisconstruídas’ pelos litigantes” (MORAIS e SPENGLER, 2007, p. 306-310).

O atual figurino determina que o Judiciário se limite à análise daquele caso, sem alcançar os conflitos que lhe são sub-

jacentes e que continuarão marcando a relação social entre as partes. Não interrompe a litigiosidade, mas aquele dissídio específico (BASTOS, 2001, p. 104).

O Judiciário resolve conflitos que lhe são estranhos⁵, e o faz sem se relacionar com os outros. Ademais, a estrutura jurídico-política “foi sempre muito atenta aos ‘remédios’ e quase nunca às causas, deixando de lado análises mais profundas sobre a litigiosidade crescente”, como lembram Moraes e Spengler, 2007, p. 310-315. É necessário mudar o modelo.

A busca da autocomposição e um novo modelo de acesso à justiça. O paradigma do novo código de processo civil. A época da “jurisconstrução”.

Desde o Código de Processo Civil de 1973, a conciliação era obrigatória para causas de direito privado já instauradas e para algumas hipóteses de direito de família. Mas dentro do processo. Questionava-se o proveito dessa prática porque o juiz da causa era o próprio conciliador. A reforma do processo civil ocorrida em 2002, mediada pela edição de algumas leis ordinárias de semelhante propósito, reforçou a ideia da conciliação⁶.

A intensificação da busca da conciliação mostrou que o momento era, muitas vezes, desperdiçado porque o procedimento se limitava a uma pergunta: “tem acordo?”. E o processo, conflituoso, demorado, custoso, seguia o seu rumo.

Mediar e conciliar é muito mais do que produzir um acordo que, no modelo, tem por grande objetivo desafogar as vias judiciais. O simples formalismo da conciliação, na correta crítica de Souza Neto (apud SALES e CHAVES, 2014, p. 256), cria “acordos iníquos” que “violam a dignidade do Judiciário” porque muitas vezes prestigiam o injusto, “criando verdadeira contra-

4 A expressão é de Moraes, e foi criada para “distinguir as práticas consensuais de tratamento de conflitos das práticas jurisdicionais” (MORAIS e SPENGLER, 2007, p. 316).

5 Por isso, a afirmação de que “As decisões dos juizes são sem rosto” (WARAT, 2001).

6 Artigos 125, inciso IV; 269, inciso III; 277; 331 e 447, parágrafo único.

dição filosófico-existencial no que pertine à finalidade precípua dos profissionais do Direito”.

Vencer essa barreira paradigmática, criando a “cultura da conciliação e da mediação”, foi uma das premissas da Lei nº 13.105/2015, o novo Código de Processo Civil. A percepção é de que o processo não soluciona satisfatoriamente os conflitos, implicando em denegação do acesso à Justiça.

Sem negar valor ao tratamento estritamente jurisdicional dispensado ao enfrentamento das disputas, em homenagem à promoção de uma “Justiça mais próxima”, era necessário discutir novas formas de resolução dos conflitos, reconhecendo que as partes podem promover a sua jurisdição. Redefine-se a extensão do princípio do acesso à justiça.

Esse passa a ser sinônimo de acesso à ordem jurídica justa e garante às pessoas formas substanciais de resolução do conflito, com mecanismos judiciais e extrajudiciais. Essa releitura do princípio traz ao cenário jurídico métodos autocompositivos de resolução como alternativas ao modelo tradicional. O novo Código de Processo Civil, seguindo o rumo da Lei nº 13.140/2015 (*Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos na administração pública...*), da Resolução CNMP nº 118/2014 (*Dispõe sobre a Política Nacional de Incentivo à Autocomposição no âmbito do Ministério Público e dá outras providências*) e da Resolução CNJ nº 125/2010 (*Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado de conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências*), privilegia a “solução consensual dos conflitos” (art. 3º, § 2º, Lei 13.105/2015).

Acesso à Justiça nos dias de hoje também compreende a duração razoável do processo e a utilização de mecanismos extrajurisdicionais, muitos deles já disponibilizados ao Ministério Público (CARDOZO, 2012, p. 44). Nessa linha, relativamente à primeira onda de acesso à Justiça, coube ao Ministério Público defender direitos indisponíveis daqueles que não têm assistência judiciária. Para a segunda onda, destacamos o protagonismo emprestado pela Lei da Ação Civil Pública e pelo Código de Pro-

teção e Defesa do Consumidor. Na terceira onda, em que estão “fórmulas para a simplificação dos procedimentos, especialmente para o julgamento das pequenas causas e recurso a formas quase-judiciárias ou não judiciárias de conciliação e mediação como instrumento para simplificação e resolução dos litígios”, listam-se o inquérito civil, o termo de ajustamento de conduta, as audiências públicas, as recomendações.

Tratando “das normas fundamentais do processo civil”, ponto de partida e padrão hermenêutico do novo sistema processual civil, diz o novo Código que, “sempre que possível”, o Estado “promoverá a solução consensual dos conflitos”, e que os operadores do direito “deverão” estimular o uso dos “métodos de solução consensual dos conflitos”⁷.

É certo que a inafastabilidade da jurisdição ganhou novos contornos. Pretende solucionar o conflito e não apenas o processo, tanto que a resolução do mérito passa a ser sinônimo de efetividade, como se vê da leitura do artigo 4º da Lei nº 13.105/2015. E a novidade reside no fato de que não será necessário processo judicial para tanto.

A mudança, além de ampliar os mecanismos de acesso à justiça, também é importante reforço para garantir a “duração razoável do processo”, no sentido de reduzir o número de atos processuais, fazendo mais eficiente a prestação jurisdicional.

Lembre-se que a morosidade judicial causa injustiças, desprestígio do Judiciário, insegurança jurídica e até mesmo pesados custos econômicos. Por isso é que a demora na prestação jurisdicional causa “erosão da lei e da ordem” e julgamentos tardios perdem, progressivamente, seu sentido reparador porque, dependendo do tempo transcorrido, qualquer decisão será injusta. O desafio do aplicador do direito é a construção de uma “justiça de resultados”, na qual a utilização da via jurisdicional se dê “apenas em caráter residual ou subsidiário” (ZENKNER, 2012, p. 319-320).

Os métodos autocompositivos, as formas alternativas de resolução de conflitos, apresentam-se como alternativas à crise

⁷ Art. 3º, §§ 2º e 3º, CPC.

do processo, seja porque facilitam o acesso à Justiça, seja porque impactam positivamente a duração razoável do processo.

Um caminho a ser perseguido antes mesmo da inauguração do processo é a utilização dos métodos alternativos de soluções de conflitos – os conhecidos *Alternative Dispute Resolution* (ADR) –, facultando às partes trilhar caminho diverso que a tutela do Estado-juiz.

O papel do ministério público na autocomposição dos conflitos. Limites e possibilidades

Não se pretende, aqui, tecer considerações sobre a origem e a evolução do Ministério Público⁸. Mas não se pode perder de vista que, no Brasil, a instituição, desde as suas origens, desempenhou funções de acusador criminal e de fiscal da lei, expressão que ingressou no cenário jurídico com o Código Civil de 1916 e que ganhou chancela no Código de Processo Civil de 1939⁹.

Mas foi a Constituição de 1988 que deu nova roupagem institucional ao Ministério Público e o inscreveu no rol das funções essenciais à Justiça, ressaltando que as atividades por ele – Ministério Público – desempenhadas equivalem-se às dos demais poderes.

Passou o Ministério Público a ser a instituição jurídica com vasto feixe de atribuições, elencadas no artigo 127 da Consti-

8 Sobre o tema, sugere-se a leitura do texto escrito pela professora Maria Sylvania Zanella Di Pietro, intitulado O Ministério Público como Instituição Essencial à Justiça, bem como do testemunho de Antônio Araldo Feraz Dal Pozzo, em artigo denominado Atuação Extrajudicial do Ministério Público: Dever ou Faculdade de Agir? RIBEIRO, Carlos Vinicius Alves (org.). Ministério Público Reflexões Sobre Princípios e Funções Institucionais. São Paulo: Atlas, 2010, p. 3–12 e 303–316, respectivamente.

9 Ronaldo Porto Macedo Junior lembra que a manifestação do Ministério Público, depois das partes, prevista pelo CPC de 1939, inaugurou o “parecerismo” que marcará toda uma tradição de práxis jurídica do Ministério Público até os dias de hoje” (O Ministério Público 500 Anos Depois do Descobrimento. In 500 Anos e o Direito no Brasil, Cadernos de Direito e Cidadania II. São Paulo: Artchip, 2000, p. 73–88..

tuição Federal, remodelando o seu perfil. E a nova fisionomia institucional concedeu-lhe o “poder de iniciativa”, lembrando que “o acionamento da máquina judiciária seria a ‘veia processual ativa do Ministério Público’, promovendo efetivamente e motu próprio, a defesa e proteção dos direitos superiores, pertencentes à coletividade” (ZENKNER, 2010, p. 317).

Seja como órgão agente, seja como fiscal da ordem jurídica – nova moldura conferida pelo legislador ordinário com a edição da Lei nº 13.105/2015, adequando a legislação processual civil à vontade do constituinte –, ao Ministério Público é possível atuar e intervir na conciliação/mediação tanto na esfera judicial (estimulando-a, como prevê o artigo 3^a, § 3^o, do novo Código, assim como nos processos em que atuar como fiscal da ordem jurídica) quanto na esfera extrajudicial (art. 175), regulamentada por lei específica, no caso, a Lei nº 13.140/2015.

O novo perfil constitucional do Ministério Público impõe uma releitura da atuação jurisdicional da instituição. A capacitação dos membros e servidores da instituição para a resolução das controvérsias, conflitos e problemas por meio do diálogo e do consenso é um caminho necessário a ser trilhado pelo Ministério Público como instituição constitucional fundamental de acesso à justiça. A negociação e a mediação são técnicas legítimas para ampliar e consagrar a dimensão constitucional do Ministério Público como garantia fundamental de acesso à justiça da sociedade. (GAVRONSKI e ALMEIDA, 2014, p. 60).

A implantação da nova realidade apenas complementa a vocação do Ministério Público. Não será apenas uma instituição colaborativa do sistema de Justiça. Como órgão agente ou como fiscal da ordem jurídica, buscará o “acesso do cidadão à prestação jurisdicional e à Justiça” (MAZZILLI, 1989, p. 78).

O desafio é antigo e pressupõe, para a sua qualificação, uma mudança de paradigma na atuação dos atores da cena judiciária. O Poder Judiciário deixa de ser mero declarador de direitos para avançar na busca da efetivação dos direitos fundamentais. O Ministério Público há de promover Justiça¹⁰.

10 Gavronski e Almeida (2014, p. 43) lembram que “Impõe-se sempre ter presente que, enquanto a

A promoção da Justiça pressupõe eficiência da atuação institucional, e esta se liga diretamente com “a ampliação da atuação extrajudicial como forma de pacificação de conflitos, a atuação como forma proativa, efetiva, preventiva e resolutiva e a celeridade procedimental”, como recorda Moraes (2014, p. 22), analisando o mapa estratégico do Ministério Público Brasileiro elaborado pelo Conselho Nacional do Ministério Público.

Sobre o retorno que o Ministério Público deve dar à sociedade como modo de alcançar os objetivos estratégicos, de forma constante e impessoal, Moraes (2014, p. 23-24) também sugere que se lance mão de alguns princípios forjadores de uma “cultura” institucional. O primeiro deles, e relacionado ao tema objeto do presente estudo, é o “princípio da paz”, que, nas suas palavras, vem assim explicado.

Para ter paz, é preciso que se efetive uma postura educativa, pedagógica mesmo, na qual se implemente a desvalorização dos métodos adversariais de troca de ideias e de informações e de adotem as práticas colaborativas e autocompositivas de solução de conflitos, de controvérsias e de problemas.

A educação sobre as práticas colaborativas e autocompositivas para a paz, portanto, é a única maneira para que se possa transformar a cultura interna e externa da nossa instituição, priorizando-se o consenso e reservando-se os caminhos processuais e a disputa de posições para as situações em que não seja possível o entendimento direito entre os envolvidos na questão.

Essa vocação transformadora do Ministério Público, estimuladora de métodos autocompositivos e colaborativos, já integra o rol de atuação institucional, iniciando pelo singelo, mas importantíssimo, atendimento de partes, passando pela recomendação, pelas audiências coletivas e públicas realizadas, até a celebração do termo de ajustamento de conduta.

missão do Poder Judiciário é realizar a justiça, a do Ministério Público é promovê-la. E só promove uma justiça ágil, célere e efetiva uma instituição que se conecta com o seu tempo e realidade que a envolve, tomando as lições do passado, agindo com adequação e mirando o futuro. E o futuro do direito, neste século XXI, certamente passa pelo incremento dos métodos autocompositivos”.

Na análise da relação Lei nº 13.105/2015 versus atuação do Ministério Público, percebe-se que lei processual apenas repetiu e chancelou os espaços que foram palmilhados pelo redesenho de atuação institucional produzido pela Constituição Federal de 1988.

E não poderia ser diferente.

O novo Código de Processo Civil parte do pressuposto de que será interpretado à luz da Constituição Federal¹¹, porque é ela que molda, dá cor e dá vida ao ordenamento jurídico pátrio. Cria-se um modelo a ser obrigatoriamente seguido pelo aplicador e pelo intérprete: o modelo de acatamento às regras constitucionais-processuais¹².

Nessa linha, percebe-se que o novo Código de Processo Civil foi mais além da visão tradicional do processo¹³, porque também prevê outros meios de resolução de conflitos, trazendo para o palco processual institutos como a mediação, a negociação, a arbitragem, alterando substancialmente a estrutura do procedimento comum.

O acesso à Justiça ganha, assim, novos matizes, irradiados pela releitura do artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal.

A grande novidade foi anunciada por Bueno (2015, p. 39):

O dispositivo também permite interpretação no sentido de que o acesso ao Estado-juiz nele assegurado não impede, muito pelo contrário, que o Estado, inclusive o Judiciário, busque e, mais que isso, incentive a busca de outros mecanismos de solução de conflitos, ainda que não jurisdicionais. Uma coisa é negar, o que é absolutamente correto, que nenhuma lesão ou ameaça a direito possa ser afastada pelo Poder Judiciário. Outra, absolutamente incorreta, é entender que somente o Judiciário e o exercício da função

11 Lei nº 13.105/2015 - Art. 1º - O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.

12 Cássio Scarpinella Bueno diz que os princípios constitucionais são o “mínimo existencial do direito processual civil”. Manual de Direito Processual Civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC – Lei 13.105, de 16-3-2015. São Paulo: Saraiva, 2015, 39.

13 Na obra citada, p. 35, Cássio Scarpinella Bueno diz que “O direito processual civil é o ramo do direito que se volta a estudar a forma de o Poder Judiciário (Estado-Juiz) exercer a sua atividade fim, isto é, prestar a tutela jurisdicional a partir do conflito de interesse (potencial ou já existente) que exista entre duas ou mais pessoas”.

jurisdicional podem resolver conflitos, como se fosse esta uma competência exclusiva sua. É incorreta essa compreensão totalizante do Poder Judiciário e, por isso mesmo, que o estudo dos chamados meios alternativos (no sentido de não jurisdicionais) é tão importante (...).

Percebe-se claramente que a nova matriz processual civil, para além do incentivo à conciliação judicial, estimula a utilização de técnicas alternativas de composição de conflitos.

Há inequívoca tendência mundial pelo uso das *Alternative Dispute Resolution* (ADRs), que, na base, trazem consigo a ideia de negociação. Para bem situar o contexto da discussão e o tamanho do desafio institucional, é necessário recordar alguns conceitos.

Abordaremos, além dos conceitos de mediação e de conciliação, os de conflito, controvérsia e problema.

Negociação é o gênero que tem por espécies a mediação, a conciliação, a transação e a arbitragem. Etimologicamente, como lembra Moraes (2014, p. 29-30), vem de “negar o ócio”, vale dizer, pressupõe uma conduta ativa e representa “uma estratégia de administração de conflitos, controvérsias e problemas, que se vale de práticas de comunicação, de psicologia e de aspectos culturais, com o objetivo de atender a alguma necessidade que somente possa ser satisfeita por intermédio da troca de informações, bens, valores e interesses”.

Lembra o doutrinador que há duas formas de negociação: competitiva e colaborativa.

Na primeira, como o próprio nome sugere, há busca pelo maior ganho possível (não apenas ganho financeiro), sem qualquer preocupação com o interlocutor. O modelo é do “ganha-perde” e, por conseguinte, há pouca ou nenhuma adesão ao resultado, de cunho nitidamente formal. É mais demorada e baseada em modelos rígidos, formais e inflexíveis. O processo judicial é exemplo desse modelo.

Na colaborativa busca-se compatibilizar os interesses de ambos, proporcionando um “ganha-ganha”. Há mais adesão dos envolvidos porque ambos estão comprometidos com o re-

sultado, substancialmente resolutivo. É informal, flexível e mais célere.

A análise dos dois modelos evidencia, nessa quadra, a opção do CPC pela negociação colaborativa, especialmente porque o grande objetivo do sistema de Justiça *lato sensu* é o de resolver litígios.

Retornamos aos ensinamentos de Moraes, para quem **conflito** é o antagonismo de posições ou de interesses quando haja resistência por parte de um dos envolvidos. Já na controvérsia não há resistência, mas apenas divergência. Problema, a seu turno, é um desafio a enfrentar, baseado em questão fática, sem a coexistência de conflito ou controvérsia.

Mediação é um processo autocompositivo segundo o qual as partes em disputa são auxiliadas por uma terceira pessoa, neutra em relação ao conflito, abrangendo os interesses, sentimentos e questões das mesmas partes envolvidas.

Já na conciliação o terceiro tem posição mais ativa, apresentando uma apreciação do mérito ou uma recomendação de solução tida por ele (conciliador) como justa. Não se limita a auxiliar as partes a chegar por elas a um acordo, podendo aconselhar e tentar induzi-las ao resultado.

Conciliação e mediação são espaços de resolução de conflitos, controvérsias e problemas.

Não se trata de verdadeira novidade legislativa, porque a construção de soluções justas e legais está na essência da atuação do Ministério Público.

Não se concebe hodiernamente que os membros do Ministério Público – mormente os que atuam na defesa de direitos difusos e coletivos – se transformem em meros e contumazes repassadores de demandas ao Poder Judiciário, como se acometidos de chamado ‘complexo de Pilatos’, caracterizado por lavar as mãos e transferir a responsabilidade pela resolução de determinado problema de terceira pessoa. (MIRANDA, 2008, p. 366).

A busca da conciliação não causará maiores perplexidades porque mantida a tradicional forma de atuar, embora provoque a instituição às mudanças que o novo código propõe.

Prosseguirá o Ministério Público propondo, estimulando e acompanhando conciliações, nas ações em que atuar como fiscal da ordem jurídica, como as situações dos artigos 303, II; 308, § 3º; 334, “caput”; e 694, todos do NCPC.

Também o fará naquelas em que for parte (artigos 3º, § 3º e 334, “caput”). Nesse particular, diante da cogência processual na busca da autocomposição, abrir-se-á interessante discussão. É possível que o Ministério Público transacione com os interesses que representa? Em caso positivo, qual o limite para tanto? E que tipo de controle será exercido?

A resposta à primeira indagação há de ser positiva, porque, repita-se, tanto o Código de Processo Civil quanto a Lei nº 13.140/2015 (“Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública ...”) criaram novo paradigma de resolução dos conflitos baseado na utilização de métodos autocompositivos.

Para responder ao segundo questionamento, invoca-se texto escrito por Gavronski (2014, p. 147):

O grande desafio da atuação do Ministério Público nessa seara é que a legitimidade coletiva a ele atribuída pela Constituição (art. 129, III) e as responsabilidades decorrentes de sua função de defensor dos direitos constitucionais ou *ombudsman* (art. 129, II), ou mesmo de outras funções previstas em lei e compatíveis com a finalidade institucional (art. 129, IX, c/c art. 127), como a de intervir em processos que envolvam determinados interesses individuais indisponíveis (de incapazes, por exemplo), destinam-se à promoção da defesa e de respeito a direitos e interesses dos quais não é titular: os direitos difusos, coletivos *stricto sensu*, individuais homogêneos e os individuais indisponíveis. Paralelamente, a configuração constitucional do Ministério Público, incumbido de *promover* a justiça, impõe-lhe uma postura ativa, diferente do Poder Judiciário, incumbido de *realizar* a justiça quando provocado, dele se esperando imparcialidade.

Sendo assim, para o adequado uso dos métodos autocompositivos à luz de sua configuração e responsabilidades constitucionais, o Ministério Público deve identificar como adotar uma postura ativa, mesmo não sendo o titular desses objetos da composição.

E a resposta pressupõe a superação de uma postura tradicional que vê apenas no Poder Judiciário legitimidade para resolver conflitos e controvérsias.

Esse perfil do Ministério Público promotor de Justiça, sobre o qual já falamos, seja em ações coletivas, seja em ações individuais, implica em “limites a essa sua atuação”. Um deles, justamente, relaciona-se à fixação da linha demarcatória da disponibilidade do direito.

Para situar o problema e encaminhar resolução, invoca-se, novamente, o magistério de Gavronski (2014, p. 152-153):

De qualquer modo, trate-se de legitimidade autônoma para a condução do processo para defesa dos direitos e interesses difusos e coletivos, trate-se de legitimidade extraordinária para defesa dos direitos e interesses individuais homogêneos, a doutrina especializada é praticamente unânime em afirmar que, atuando o legitimado coletivo em defesa de direitos de outrem, não pode dispor desses direitos. **A legitimidade em questão é para a atuação processual e extraprocessual** (esta, como sustentamos, por extensão) destinada à **defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos, não para a relação de direito material**. Destarte, **não pode o legitimado, não sendo titular dos direitos que deve defender, deles dispor nem a eles renunciar; (...)**

Daí se dizer que **os direitos coletivos (*lato sensu*) são indisponíveis para os legitimados coletivos**, independente da natureza desses direitos, ou seja, se materialmente disponíveis ou indisponíveis pelo próprio titular.

Da indisponibilidade dos direitos coletivos pelo Ministério Público, como legitimado que é para a sua defesa, muitos concluem pela impossibilidade de negociação em tutela coletiva pelo Ministério Público (...)

Esta conclusão parte da premissa de que a negociação ou autocomposição importa, necessariamente, na disposição sobre o direito, premissa que está amparada na concepção

de transação que orienta o direito privado e está disciplinada nos arts. 84-850 do Código Civil.

A premissa é equivocada. É sem dúvida, possível negociação em tutela coletiva sem que haja disposição sobre os direitos coletivos pelos legitimados a defendê-los, residindo o equívoco fundamental, justamente, na confusão entre essa negociação e a transação do direito civil. Sem dúvida, a negociação em tutela coletiva não comporta, como a transação, concessões sobre o conteúdo dos direitos (renúncias), ao menos não por parte dos legitimados coletivos em relação aos direitos coletivos que defendem, titularizados por terceiros que não participam, via de regra, da negociação. Da negociação em tutela coletiva resulta, sempre, um negócio jurídico *sui generis*, marcado pela nota da indisponibilidade dos direitos legitimados coletivos.

O que leva alguns ao entendimento da impossibilidade de negociar direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos é a confusão entre *disposição* e *concretização* desses direitos.

A pedra de toque é o fato de que o Ministério Público, adaptado aos desafios que a Constituição impôs, quando “negocia” os direitos cuja defesa lhe foi conferida “está concretizando o direito” na medida em que identifica qual norma (regra e princípio) aplicará para a situação de fato, e em que medida. A única diferença da concretização feita pelo Poder Judiciário é que a esta se agrega o instituto da coisa julgada, concedendo-lhe o atributo da imutabilidade.

Para a terceira indagação, além do controle social, há o controle judicial, sempre presente, haja vista o princípio da inafastabilidade, e aquele realizado pelos órgãos de fiscalização internos – Conselho Nacional do Ministério Público, Conselho Superior (no caso dos Ministérios Públicos Estaduais) e Câmaras de Coordenação e Revisão (para o Ministério Público Federal).

Veja-se que, ainda que o magistrado que preside ação proposta pelo Ministério Público na qual não se optou pela conciliação ou mediação (art. 319, VII, NCPC), invocando a tese da indisponibilidade do direito, deixar de, ao receber a petição inicial, aprazar audiência de conciliação (art. 334, “caput”, NCPC), poderá o réu pedi-la na contestação ou a qualquer tempo (art. 3º, § 3º, NCPC). É impensável, portanto, não se divisar no ho-

rizonte próximo do Ministério Público agente a ocorrência de práticas autocompositivas.

Na mediação é que se verificam novos desafios institucionais, porque descortinada uma nova modalidade de velar pela fiscalização da ordem jurídica constitucional por meio da busca de uma decisão justa.

A partir da leitura do artigo 168, caput, do CPC¹⁴, tem-se por viável que, tomando conhecimento de situação que autoriza o início do procedimento de mediação, poderá o Ministério Público oferecer-se às partes para conduzi-lo. Esse conhecimento do fato se dará pelo atendimento de partes ou de representações direcionadas à instituição, muitas delas hoje indeferidas porque embasadas em direitos individuais disponíveis.

Conhecendo o fato, poderá atuar como mediador extrajudicial¹⁵, inaugurando o procedimento ditado pelo artigo 21 e seguintes da Lei nº 13.140/2015.¹⁶

Não se aplicam aos membros do Ministério Público que atuarem na mediação a restrição imposta pelo artigo 172 e a determinação emanada do artigo 167 do NCPC. Esta, porque a prática de atividades autocompositivas faz parte do rol das funções institucionais dos integrantes da instituição; aquela, em face do tipo de representação processual desempenhada pelo *parquet*.

A criação de Núcleos Permanentes de Incentivo à Auto-composição, a formação e capacitação de membros e servidores, a “valorização do protagonismo institucional na obtenção de resultados socialmente relevantes que promovam a justiça de modo célere e efetivo”, dentre outros (arts. 2º e 7º, Resolução

14 Art. 168 - As partes podem escolher, de comum acordo, o conciliador, o mediador ou a câmara privada de conciliação e de mediação.

15 A figura do mediador extrajudicial consta no artigo 9º da Lei nº 13.140/2015, assim redigido: “Poderá funcionar como mediador extrajudicial qualquer pessoa capaz que tenha a confiança das partes e seja capacitada para fazer mediação, independentemente de integrar qualquer tipo de conselho, entidade de classe ou associação, ou nele inscrever-se”.

16 Sobre a dinâmica do processo de mediação, seus princípios e conteúdo, sugere-se a leitura de ARLÉ, Danielle de Guimarães Germano, BADINI, Luciano e BORGES, Vladimir da Matta Gonçalves, A Mediação no âmbito do Ministério Público. In. SOARES JUNIOR, JARBAS e ÁVILA, Luciano Coelho, Manual de Negociação e Mediação para Membros do Ministério Público. Ministério da Justiça: Brasília, 2014, p. 241-287.

CNMP nº 118/2014), são etapas a ser implantadas. Mas a adoção, apenas, de providências administrativas e organizacionais não será suficiente. Necessário será mudar o paradigma, atuar como uma instituição que persiga a pacificação social por meio de novas práticas colaborativas, substituindo a atuação de *custos legis* pela de *custos societatis*.

O desafio será experimentar um novo modelo de intervenção, desapegado do mero formalismo e orientado pela vanguarda na busca de soluções resolutivas não apenas do processo, mas também do conflito, seja como parte, seja como interveniente processual, seja como guardião da ordem jurídica ou apenas como instituição indispensável à função jurisdicional, agorareconfigurada ante as inovações do novo código.

A moderna conformação do acesso à Justiça, para além do simples *a day in court*, garante às pessoas o alcance da solução efetiva do conflito pelos meios judiciais e extrajudiciais. Seguindo a tendência mundial de redução da litigiosidade e da judicialização, da cultura do diálogo e dos métodos colaborativos, o Novo Código de Processo Civil erigiu a solução consensual dos conflitos como uma “norma fundamental do processo civil”. Essa verdadeira mudança de paradigma impõe ao Ministério Público adotar mecanismos de autocomposição nos processos em que atuar como parte e fiscal, bem como orientar as partes e a sociedade em geral sobre a aplicabilidade de tais mecanismos. Da mesma forma, a criação de núcleos de mediação no âmbito da instituição permitirá a busca de soluções consensuadas a litígios que hoje não contam com a atuação do Ministério Público, haja vista o eventual caráter individual e disponível dos direitos envolvidos. Evolui-se do status de *custos legis* para o de *custos societatis* (*custos juris*), criando um novo espaço de agir.

A melhor forma de resolver conflitos provém das práticas colaborativas¹⁷. A consensualidade é o modo mais eficaz de colocar-se solução justa ao litígio.

17 Os números retratam a importância da via consensual, segundo Miranda (2008, p. 372). Mostra que pesquisa realizada na comarca de São Paulo veio confirmar que a via judiciária de resolução de conflitos é muito lenta e que a construção do consenso, por meio da utilização do Inquérito Civil em conjunto com o TAC, implica efetiva resolução de conflitos ambientais. Por isso, de todos os conflitos ambientais instaurados no período de 2001 a 2004 em São Carlos-SP, a maioria vem sendo

Fenômenos sociais cada vez mais complexos exigem a busca por mecanismos de participação e de pacificação. O Ministério Público, especialmente por sua vocação democrática e vanguardista, não pode dar as costas à nova realidade.

Conclusões

Ao cabo das presentes ponderações acerca do tema, podem-se articular as seguintes conclusões:

- O modelo demandista, baseado na extrema litigiosidade, está vencido e não mais consegue resolver conflitos, sejam individuais, sejam coletivos.
- Como hoje concebido e aplicado, o processo judicial acaba se transformando em fonte de novos conflitos.
- A existência de mecanismos não estatais de resolução dos conflitos não é novidade, inclusive no Brasil. É época de “jurisconstrução”, estimulando a aplicação de métodos colaborativos e dialógicos, facilitando o acesso à Justiça.
- Seguindo o trilha do Conselho Nacional da Justiça (Resolução nº 125/2010) e do Conselho Nacional do Ministério Público (Resolução nº 118/2014), o legislador ordinário privilegiou a adoção dos métodos autocompositivos (Leis nº 13.140/2015 e 13.105/2015).
- Seja como órgão agente, seja como fiscal da ordem jurídica, o Ministério Público, até mesmo pela vocação constitucional que tem de ser instituição fundamental para que a sociedade tenha acesso à Justiça, atuará, intervirá e promoverá a conciliação e a mediação de bens e interesses individuais, coletivos e difusos.

resolvida com a assinatura de TAC (63%), em detrimento das ACPs ajuizadas perante o Poder Judiciário (3%), restando outros 34% em fase de negociação. Segundo a pesquisa, o tempo médio de resolução de conflitos via TAC é de um ano e meio, ao passo que as ACPs pendentes representam 60% das ajuizadas em 1997 e 80% das ajuizadas em 1998; a partir de 1999 nenhuma havia sido resolvida, até 2005.

Referências

- BRASIL. Justiça em números 2015: ano base 2014/CNJ. Brasília.
- BRASIL. Atlas do Acesso à Justiça, Indicadores nacionais de acesso à justiça 2014. SRJ/MJ. Brasília.
- BASTOS, Marco Aurélio Wander. *Conflitos Sociais e Limites do Poder Judiciário*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 104.
- BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 4 ° Reimpressão. Editora Campus: Rio de Janeiro, 1992.
- BUENO, Cássio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC – Lei 13.105, de 16-3-2015*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Processual Coletivo Brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- CARDOZO, José Eduardo. *O Acesso à Justiça no Brasil: desafios e perspectivas*. Manual de Boas Práticas de Acesso à Justiça – Mercosul e Estados Associados. Brasília: Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça, 2012.
- DIDIER JR, Fredie e ZANETI Jr, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil – Processo Coletivo*. Salvador: Juspodium, 4ª edição. 2009.
- FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. *Arbitragem, jurisdição e execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 114.
- GAVRONSKI, Alexandre Amaral. Potencialidades e limites da negociação conduzida pelo Ministério Público *In*. SOARES JUNIOR, Jarbas e ÁVILA, Luciano Coelho (Orgs.). *Manual de Negociação e Mediação para Membros do Ministério Público*. Ministério da Justiça: Brasília, 2014, p. 147-167.
- GAVRONSKI, Alexandre Amaral e ALMEIDA, Gregório Assagra. O Movimento do Acesso à Justiça no Brasil e o Ministério Público. *In*. SOARES JUNIOR, Jarbas e ÁVILA, Luciano Coelho (Orgs.) *Manual de Negociação e Mediação para Membros do Ministério Público*. Brasília: Ministério da Justiça. 2014, p. 41-73.
- JUNQUEIRA, Eliane Botelho. *Acesso à Justiça: um olhar retrospectivo*. Revista Estudos Históricos, Fundação Getúlio Vargas, v.9, n.18, 1996, p. 389-402. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/reh/article/view/2025/1164>>. Acesso: 4 dez. 2015.
- WARAT, Luis Alberto. *O ofício do mediador*. Florianópolis: Habitus, 2001. p. 151. Vol. 1.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. O Acesso à Justiça e o Ministério Público. *Revista Justitia*, 146, São Paulo. 1989, p. 68-78.
- MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. A Recomendação Ministerial como Instrumento Extrajudicial de Solução de Conflitos Ambientais. CHAVES, Cristiano et al. (Coord.). *Temas Atuais do Ministério Público: a atuação do Parquet nos 20 anos da Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2008.
- MORAIS, José Luis Bolzan de e de SPENGLER, Fabiana Marion. O conflito, o monopólio estatal de seu tratamento e a construção de uma resposta consensuada: a “jurisconstrução”. *Revista Sequência*, n. 55, p. 303-326, dez. 2007.
- MORAES, Paulo Valério Dal Pai. Noções Preliminares. *In*. SOARES JUNIOR, Jarbas e ÁVILA, Luciano Coelho (Orgs.) *Manual de Negociação e Mediação para Membros do Ministério Público*. Brasília: Ministério da Justiça. 2014, p. 21-38
- SANTOS, Boaventura de Sousa. The law of the oppressed: the construction and reproduction of legality in Pasargada. *Law and Society Review*, v.12, n.1, outono 1977, p.5-126. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/i354484>>. Acesso: 4 dez. 2015.
- SALES, Lilia Maia de Moraes e CHAVES, Emmanuela Carvalho Cipriano. Mediação e Conciliação Judicial – A Importância da Capacitação e de seus Desafios. *Revista Sequência*, n. 69, p. 255-279, dez. 2014.
- ZENKNER, Marcelo. Ministério Público e Solução Extrajudicial de Conflitos. RIBEIRO, Carlos Vinicius Alves (Org.). *Ministério Público Reflexões Sobre Princípios e Funções Institucionais*. São Paulo: Atlas. 2010, p. 317-337.

MULTICULTURALISMO LIBERAL: OS LIMITES DA POLÍTICA DA DIFERENÇA

BRUNO HERINGER JÚNIOR*
RAQUEL FABIANA LOPES SPAREMBERGER**

* Doutor e mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS/RS). Professor dos cursos de Graduação em Direito e do Programa de Pós-Graduação (Mestrado) em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP/RS) 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.

** Pós-doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professora dos cursos de Graduação em Direito e do Programa de Pós-Graduação (Mestrado) em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP/RS) e do Mestrado em Direito e Justiça Social da Universidade Federal do Rio Grande (FURG). Professora pesquisadora CNPq, Capes e Fapergs.

Resumo

Os Estados contemporâneos caracterizam-se por um acentuado pluralismo étnico, racial e religioso, o que vem se acentuando nos últimos anos, devido ao fenômeno da migração e do refúgio humanitário. Essa situação tem levado grupos de migrantes, refugiados e nacionais marginalizados a encaminhar demandas por reconhecimento, respeito e promoção de sua singularidade cultural, impondo aos governos o incontornável desafio de delimitar o espaço legítimo das manifestações divergentes, bem como da extensão da representação política e do autogoverno desses grupos populacionais. Apesar de a política da diferença contrapor-se, até certo ponto, aos postulados liberais que orientam os Estados contemporâneos, as demandas por reconhecimento provavelmente continuarão a ocorrer. Nesse processo, o Direito Internacional dos Direitos Humanos constitui limite infranqueável às expressões culturais divergentes.

Palavras-chave: Multiculturalismo. Liberalismo político. Estados contemporâneos. Política da diferença. Direitos humanos.

Abstract

Contemporary states are characterized by a pronounced ethnic, racial and religious pluralism, which has been increasing in recent years due to the phenomenon of migration and humanitarian refuge. This situation has led groups of migrants, refugees and national marginalized forward demands for recognition, respect and promotion of their cultural uniqueness, thus imposing on governments the unavoidable challenge of delimiting either the rightful space of divergent manifestations, as well as the extent of political representation and self-government of these population groups. Although the policy of difference confronts to a certain extent with the liberal postulates, which guide contemporary states, the demands for recognition from these groups will likely continue to occur. In this process, the International Human Rights Law constitutes an impervious limit to divergent cultural expressions.

Keywords: Multiculturalism. Political liberalism. Contemporary states. Policy of difference. Human rights.

Introdução

Os Estados contemporâneos caracterizam-se por um acentuado pluralismo étnico, racial e religioso.

Cada vez mais, minorias compostas de migrantes, refugiados e nacionais marginalizados vêm apresentando demandas por reconhecimento, respeito e promoção de sua singularidade cultural, impondo aos governos o incontornável desafio de delimitar o espaço legítimo das manifestações divergentes, bem como da extensão da representação política e do autogoverno desses grupos populacionais.

O risco inerente a tais postulações reside na possibilidade de diluição do consenso indispensável ao regular funcionamento dos regimes democráticos, sem olvidar as dificuldades de sua compatibilização com os postulados da igualdade formal e do primado das liberdades negativas próprios das concepções liberais que orientam a teoria política ocidental desde o Iluminismo.

Tal tema tem sido tratado sob o enfoque do multiculturalismo, indicando tanto uma abordagem descritiva como uma postura ético-política que fomenta a afirmação da diversidade cultural.

Descrever o fenômeno, apontando a complexidade teórica e prática da política da identidade, bem como traçar os limites do tolerável à luz da ordem jurídica internacional, constituem, assim, os objetivos do presente trabalho.

Pluralismo cultural e Estados contemporâneos

Apesar de o Estado moderno ter surgido sob o signo do nacionalismo¹ – uma unidade política devido à existência de um território, de uma tradição cultural e de uma história comuns

–, o que se operou, em verdade, foi a assimilação forçada ou a marginalização das minorias étnicas, raciais ou religiosas pelo grupo majoritário, forjando, assim, uma artificial homogeneidade². Até hoje, a insatisfação ou, no mínimo, o desconforto das populações afetadas pelo processo de construção dos Estados nacionais têm provocado a busca pelo reconhecimento de direitos diferenciados pelas vias legais ou pelo recurso a medidas extremas de confronto violento.

Essa artificialidade resta evidenciada pela fragilidade dos laços que uniam as populações ditas nacionais, bastando lembrar, por exemplo, a fragmentação política operada pelo fim da União Soviética e da Iugoslávia, a qual deu origem a diversos novos Estados que postulavam o reconhecimento da singularidade de seus povos, além dos conflitos de ordem cultural que ainda assolam inúmeros países, como a Espanha e a Irlanda do Norte.

Nas últimas décadas, o processo de diversificação cultural dos Estados vem se acentuando em decorrência dos fenômenos da migração e do refúgio humanitário. Com efeito, inúmeras regiões da Terra vêm enfrentando crises econômicas (fome, desemprego etc.) ou conflitos violentos (guerras, rebeliões, terrorismo, criminalidade etc.), os quais têm levado a um deslocamento intenso das populações atingidas. Países da África, do Oriente Médio, da América Latina e da Ásia constituem os principais focos de origem de tais grupos, que se dirigem basicamente a países da Europa Ocidental, da América do Norte e da Oceania. Turcos têm se dirigido para a Alemanha, argelinos e marroquinos para a França, paquistaneses e indianos para a Inglaterra, sul-americanos para a Espanha, mexicanos e cubanos para os Estados Unidos, asiáticos para o Canadá e a Austrália, entre outros, a revelar um padrão de fluxo que privilegia a busca de paz e prosperidade econômica.

Apesar de os deslocamentos concentrarem-se em direção às regiões mais desenvolvidas do planeta, flagra-se, em escala também significativa, a migração rumo a países em desenvolvi-

¹ GIDDENS, Anthony. *O Estado-nação e a violência*. São Paulo: EDUSP, 2001, p. 140/145.

² NOVAES, Aduato. "Invenção e crise do Estado-nação". In: *A crise do Estado-nação*. Organizador: Aduato Novaes. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 11/13.

mento, como o Brasil, que vem recebendo inúmeros refugiados da África, da América Central e até do Oriente Médio.

Em realidade, os deslocamentos ocorrem em praticamente todas as direções³, apenas sendo mais pronunciados em algumas.

Esses grupos étnicos, raciais ou religiosos, muitos com características culturais extremamente díspares, somam-se a outras populações nacionais ainda não adequadamente integradas, que passam a apresentar demandas por reconhecimento, respeito e inclusive promoção via ações afirmativas. A pressão sobre os governos é, assim, intensificada.

As dificuldades de integração, contudo, são inúmeras. Economicamente, avulta o impacto financeiro do amparo a essas pessoas, muitas das quais desqualificadas para o mercado de trabalho local, tornando-as dependentes de programas de ajuda governamentais ou sociais. Culturalmente, há um estranhamento relativamente aos hábitos, valores e normas do ambiente de chegada, com a dificuldade de compreensão de muitos dos contatos sociais, o que geralmente é exacerbado pelo desconhecimento do idioma. Socialmente, a inexistência de uma rede de apoio comunitário leva o estrangeiro a concentrar seus contatos com outros de sua própria região de origem, reforçando o seu isolamento em relação aos nacionais. Psicologicamente, essas populações passam por profundas crises de identidade, mais acentuadas ainda na segunda geração, em que muitos jovens acabam ficando divididos entre o estilo de vida dos pais e familiares e o da sociedade mais ampla, que geralmente os trata de modo preconceituoso.

Não bastasse isso, historicamente as alternativas oferecidas aos grupos minoritários têm sido, como se referiu, assimilação ou marginalização. Os Estados Unidos oferecem um exemplo contundente. País formado por uma variedade de grupos étnicos e nacionais, orgulhava-se de seu *melting pot*, acolhendo a todos aqueles dispostos a adotar o *american way of life*, como

irlandeses, judeus, alemães, italianos e russos, ao mesmo tempo em que excluía as populações refratárias à uniformização, como os negros e os povos indígenas. Aos poucos, porém, os limites dessa política de repulsa à diferença restaram evidentes: como nem todos os grupos estavam dispostos a abdicar de suas características culturais singulares em prol da assimilação, as consequências da marginalização evidenciaram-se ainda mais desagregadoras que a eventual tolerância à diversidade. A esse modelo, assim, vem aos poucos sucedendo outro, apelidado de *salad bowl*, que enfatiza o pluralismo cultural como um estado de coisas positivo.⁴

Cada vez mais, traços culturais dos grupos minoritários vêm encontrando espaços de expressão, como nas artes, na alimentação e na moda, o que favorece a sua valorização e reduz o estranhamento que havia. Apesar disso, reações de ódio e preconceito, por um lado, e de ressentimento, por outro, também têm acompanhado esse processo. Paradoxalmente, a maior aceitação da diferença e abertura a suas manifestações têm sido seguidas de atitudes de fechamento cultural e de acirramento de conflitos de base étnica, racial ou religiosa⁵.

Teoria política moderna e identidade

O liberalismo forneceu as bases para a teoria política moderna. Aos privilégios e constrições do Antigo Regime, a filosofia política moderna afirmou o primado da igualdade formal e das liberdades negativas⁶, o qual passou balizar a conformação dos Estados contemporâneos. A Revolução Francesa e a Independência dos Estados Unidos da América podem ser consideradas os movimentos políticos que inauguraram essa nova forma de conceber o poder estatal e de organizar a vida social.

4 SEMPRINI, Andrea. *Multiculturalismo*. Bauru: EDUSC, 1999, p. 11/42 e 129.

5 LOEWE, Daniel. *La utopia multicultural*. Disponível em: <<http://www.scielo.com>>. Acesso em: 14/07/2015.

6 BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. 6. ed. São Paulo: Brasiliense, 2000, p. 20/25 e 37/41.

3 CASTLES, Stephen; DE HAAS, Hein; MILLER, Mark J. *The Age of Migration: International population movements in the Modern World*. 5. ed. New York/London: The Guilford Press, 2014, p. 13/14.

Desde sua origem, o pensamento político moderno tratou de eliminar as diferenciações rígidas decorrentes dos regimes estamentais, elaborando o conceito de cidadania. Daí a importância da igualdade formal, a qual toma as pessoas como iguais em direitos e deveres, sem qualquer distinção. A ideia de uma lei geral a todos dirigida decorre dessa compreensão de que todas as pessoas merecem o mesmo respeito e consideração. Por outro lado, a secularização do Estado, com a sua separação da Igreja, bem como a importância dos interesses econômicos de comerciantes, industriais e financistas, promoveram o reconhecimento das liberdades negativas como fundamentais para o desenvolvimento dos países e para a realização pessoal.

A afirmação do indivíduo em detrimento da estruturação de grupos intermediários que dominava a época absolutista colocou em crise toda e qualquer proposta de identidade coletiva, exceto a nacional⁷, própria da formação dos Estados modernos. Diferenças de cor, religião, classe social, etnia ou outra qualquer eram relegadas ao espaço privado e desconsideradas no âmbito público em vista do reconhecimento decorrente da pertença à Nação, pelo nascimento ou pelo sangue. A dicotomia básica era, portanto, entre nacionais e estrangeiros.

O individualismo liberal, porém, contrapõe-se a dois movimentos sociais importantes da atualidade. Relativamente ao comunitarismo⁸, refuta a ideia de que o todo – a comunidade – poderia ter prioridade sobre o indivíduo. Referentemente ao multiculturalismo⁹, rejeita a proposta de que a identidade pública possa fundar-se em outros aspectos que não a nacionalidade. Entre a homogeneidade rígida do comunitarismo e a heterogeneidade frouxa do multiculturalismo¹⁰, a teoria política liberal

permanece no meio do caminho, reconhecendo tão somente a identidade coletiva nacional e promovendo os interesses individuais preferencialmente aos coletivos.

O movimento multiculturalista, apesar de não se ajustar confortavelmente aos postulados da modernidade liberal¹¹, vem demonstrando vitalidade, já tendo promovido inúmeras mudanças em alguns Estados, inclusive legislativas, em direção ao reconhecimento de direitos diferenciados em razão de grupo. Nesse aspecto, a experiência canadense parece ser a mais radical¹², apesar de algumas limitações que têm se mostrado insuperáveis¹³.

Os defensores da política multiculturalista centram sua militância basicamente em demandas por reconhecimento¹⁴. Grupos minoritários ou marginalizados, como negros, imigrantes, refugiados e povos indígenas têm defendido que a aparente neutralidade estatal em termos culturais na verdade escamoteia o favorecimento aos valores, conhecimentos e normas dos segmentos sociais majoritários, os quais, em regra, depreciam as suas manifestações culturais. As leis e as políticas governamentais apenas fomentariam a promoção da cultura dominante, condenando, indiretamente, ao ocaso as demais visões de mundo. Não bastaria, assim, coibir o tratamento discriminatório; seria necessário, ainda, o reconhecimento estatal da importância das diferentes culturas, até mesmo como meio de elevar a autoestima dos membros desses grupos sociais em desvantagem.

A igualdade formal e as liberdades negativas, segundo essa concepção, demonstraram ser meros engodos que perpetuam as desigualdades e as restrições, agora também no plano cultural. Politicamente, assim, o reconhecimento pelo mérito,

7 Apesar disso, pode-se considerar que as lutas por reconhecimento de nacionalidades estão na origem das demais decorrentes da política de identidade (TAYLOR, Charles. "Nacionalismo y modernidad". In: *Naciones, identidad y conflicto: Una reflexión sobre los imaginarios de los nacionalismos*. Jonathan Glover et al. Barcelona: Gedisa, 2014, *kindle edition*).

8 DAGGER, Richard. "Communitarianism and republicanism". In: *Handbook of Political Theory*. Editores: Gerald F. Gaus e Chandran Kukathas. London/Thousand Oaks/New Delhi: Sage, 2004, p. 167/179.

9 KUKATHAS, Chandran. "Nationalism and multiculturalism". In: *Handbook of Political Theory*. Editores: Gerald F. Gaus e Chandran Kukathas. London/Thousand Oaks/New Delhi: Sage, 2004, p. 254/264.

10 PINILLA, Julio Seoane. *Comunitarismo, multiculturalismo: Un comentario*. Disponível em: <<http://rua.ua.es>>. Acesso em: 25/11/2015.

11 Apesar disso, há quem entenda que o liberalismo não constitui uma filosofia uniforme e imutável, admitindo, ao contrário, novas demandas sociais que historicamente vão surgindo, como a democracia social e, agora, o pluralismo cultural, as quais formariam "camadas" de um mesmo movimento político (FREEDEN, Michael. *Liberalism: A very short introduction*. Oxford: Oxford University Press, 2015, *kindle edition*).

12 LOPES, Ana Maria D'Ávila. *Multiculturalismo: Conciliando diversidade cultural e identidade nacional no Canadá*. Disponível em: <<http://www.repositorio.ufc.br>>. Acesso em: 18/11/2015.

13 HELLY, Denise. *Primacía de los derechos o cohesión social: Los límites del multiculturalismo canadiense*. Disponível em: <<http://dialnet.unirioja.es>>. Acesso em: 19/03/2016.

14 TAYLOR, Charles. *El multiculturalismo y "la política del reconocimiento"*. 2. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 2009, p. 53/116.

que favorece os integrantes da cultura dominante, teria que ser confrontado com o reconhecimento pela identidade, por meio de ações afirmativas que promovam a integração também dos grupos minoritários ou marginais. Além disso, comportamentos normais ou permitidos nas culturas dominadas haveriam de ser tolerados legalmente, ao menos até certo ponto, em razão do caráter multicultural das sociedades contemporâneas e do relativismo dos valores em jogo. Por fim, em casos extremos, até mesmo poderes de autogoverno deveriam ser conferidos a certos segmentos populacionais, principalmente nos casos de estarem confinados em territórios bem delimitados¹⁵.

A política da identidade¹⁶ promovida pelo movimento multiculturalista, assim, busca superar o ideal de tolerância próprio do pensamento liberal, o qual enfatizava a irrelevância dos traços pessoais ou coletivos para a atividade política, ao mesmo tempo em que fomentava o respeito à singularidade no âmbito privado. Diferentemente, o multiculturalismo, de certa forma, “politiza” a diferença, desenraizando-a do espaço societário e alçando-a ao estatal, com o objetivo de afirmar o valor de cada forma de manifestação cultural, inclusive pela via da tutela jurídica.

Apesar de observar-se atualmente algum refluxo nas políticas multiculturais¹⁷, exatamente devido às dificuldades de compatibilização de seus postulados com os da teoria política moderna¹⁸, ainda prevalecente nos Estados ocidentais, a ordem jurídica internacional vem, cada vez mais, reconhecendo a importância das mais diversas expressões de caráter cultural e até mesmo estimulando a promoção da política da diferença.

15 KYMLICKA, Will. *Ciudadanía multicultural*. Barcelona/Buenos Aires/México: Paidós, 2015, p. 46/55.

16 HAYWARD, Clarissa Rile; WATSON, Ron. *Identity and political theory*. Disponível em: <<http://openscholarship.wustl.edu>>. Acesso em: 14/03/2016.

17 JOPPKE, Christian. *The retreat of multiculturalism in the liberal State*. Disponível em: <<http://www.humanityinaction.org>>. Acesso em: 31/03/2016.

18 MARTUCELLI, Danilo. *As contradições políticas do multiculturalismo*. Disponível em: <<http://anped.org.br>>. Acesso em: 17/09/2015.

Fundamentos jurídicos do multiculturalismo liberal na ordem internacional

Embora a evolução histórica dos direitos humanos conte já vários séculos¹⁹, a instituição do Direito Internacional dos Direitos Humanos decorre da nova organização da sociedade mundial após a Segunda Grande Guerra, principalmente com a criação da Organização das Nações Unidas (ONU), durante a Conferência de São Francisco, nos Estados Unidos, em 1945, do que resultou o seu tratado fundacional – a Carta de São Francisco²⁰.

Três anos mais tarde, em 1948, foi aprovada, sob a forma de resolução da Assembleia Geral da ONU, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, também chamada de Declaração de Paris, tutelando tanto direitos políticos e liberdades civis como direitos econômicos, sociais e culturais, o que transformou o século XX na Era dos Direitos Humanos²¹.

Os direitos humanos, no entanto, caracterizam-se por sua não exauribilidade²², significando que novas formas e novos conteúdos de proteção jurídica podem vir a ser instituídos com o objetivo de sua atualização contra novos tipos de opressão. Por isso, os últimos cinquenta anos têm testemunhado a celebração de inúmeros pactos internacionais voltados à tutela de direitos humanos, em um processo de expansão irrefreável.

Atualmente, o fundamento do Direito Internacional dos Direitos Humanos reside na dignidade que deve ser reconhecida a qualquer pessoa, independentemente de raça, sexo, nacionalidade, religião, etnia, entre outras distinções, o que tem fomentado um consenso mínimo mundial em torno de alguns direitos e garantias, ao menos em níveis mais elevados de abstração e normatividade, apesar das diferenças culturais que

19 COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

20 RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 46/47.

21 BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 49/63.

22 RAMOS, André de Carvalho. *Op. cit.*, p. 93.

caracterizam a humanidade. Defende-se, assim, a feição universal de tais direitos e garantias²³, nada obstante a reconhecida dificuldade de sua compatibilização recíproca e de sua tradução fora do Ocidente.

No que se refere ao direito à cultura em sentido amplo²⁴, a Declaração Universal dos Direitos Humanos contém algumas normas relacionadas a esse âmbito, como a proteção contra a discriminação (artigo VII), o direito à nacionalidade (artigo XV), a liberdade de consciência e de religião (artigo XVIII) e o direito a participar livremente da vida cultural da comunidade (artigo XXVII), mas o texto, evidentemente, é excessivamente genérico, não especificando os detalhes da extensão e do modo de exercício de tal direito.

Um pouco mais de concretude foi alcançado com a edição do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos adotados na XXI Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas em 1966.

Pelo primeiro, consagrou-se o princípio da autodeterminação dos povos (artigo 1º), proibiu-se qualquer forma de discriminação (artigo 2º), protegeram-se os estrangeiros (artigo 13), tutelou-se a liberdade de consciência e de religião (artigo 18) e garantiu-se o exercício da própria vida cultural por minorias étnicas, linguísticas e religiosas (artigo 27).

Pelo segundo, mais uma vez contemplou-se o princípio da autodeterminação dos povos (artigo 1º), estabeleceu-se que a educação deve visar, entre outras diretrizes, a favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre as nações e os grupos étnicos, raciais e religiosos (artigo 13), bem como se previu o direito individual de participar da vida cultural (artigo 15, alínea "a").

Mais especificamente ainda, foi aprovada, no âmbito da Organização das Nações Unidas para Educação, a Ciência e a

Cultura (Unesco), em 2005, em Paris, a Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais²⁵, que se constitui no principal instrumento de tutela e de fomento da diversidade cultural no âmbito internacional.

Considerando que a diversidade cultural é uma característica essencial da humanidade e que constitui seu patrimônio comum, criando um mundo rico e variado e fomentando a tolerância e o respeito, mas também considerando que a globalização traz consigo o risco de homogeneização em prejuízo das singularidades culturais, é que a Unesco destacou a necessidade de incorporar a cultura como elemento estratégico das políticas de desenvolvimento nacionais e internacionais, o que culminou na edição de referido tratado.

Por meio desse instrumento normativo, buscou-se proteger e promover a diversidade das expressões culturais, criar condições para que as culturas floresçam e interajam livremente em benefício mútuo, encorajar o diálogo entre culturas, fomentar a interculturalidade, promover o respeito pela diversidade das expressões culturais e reafirmar a importância do vínculo entre cultura e desenvolvimento para todos os países (artigo 1º).

Diversamente, porém, das formas mais radicais de multiculturalismo, as quais defendem um relativismo axiológico extremado, tolerando ou até admitindo práticas consideradas desumanas no interior das culturas, a Convenção é expressa ao limitar o exercício dos direitos culturais ao respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais (artigo 2º), optando, claramente, por uma visão moderada da tutela à diversidade cultural.

Nem podia ser diferente, já que o Direito Internacional dos Direitos Humanos está construído sobre os alicerces do universalismo, que considera o homem como indivíduo, e não como coletividade, ponto de partida das concepções relativistas. Diante disso, "nenhuma concessão é feita às 'peculiaridades culturais' quando houver risco de violação a direitos humanos

²³ *Idem*, p. 89.

²⁴ Neste trabalho, o direito à cultura é tomado no sentido de proteção às mais variadas manifestações de grupos étnicos, raciais ou religiosos, abrangendo o direito a viver de acordo com suas tradições e costumes, o direito ao reconhecimento de sua singularidade cultural, a garantia contra a discriminação e a assimilação forçada, o direito à promoção de suas expressões culturais, o direito à autonomia e à autodeterminação, entre outros.

²⁵ Precedida, no âmbito da Unesco, pela Declaração sobre a Raça e os Preconceitos Raciais de 1978, pela Declaração de Princípios sobre a Tolerância de 1995 e pela Declaração Universal sobre Diversidade Cultural de 2001.

fundamentais”, o que, aliás, restou enfaticamente afirmado pela Declaração de Viena de 1993. Isso não importa, porém, na imposição de uma visão de mundo ocidental, sendo preciso permitir, em algum grau limitado, variações culturais no modo e na interpretação de tais direitos e garantias²⁶.

Além disso, acerca da discriminação racial propriamente dita, a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial de 1966²⁷ assegurou a todos a igualdade de tratamento, o direito à nacionalidade, a liberdade de consciência e de religião e o direito à participação em atividades culturais (artigo V). Em reforço a tais normas, decidiu-se considerar crime internacional uma das formas mais graves de discriminação – a política de segregação racial, como a que havia na África do Sul –, por meio da Convenção Internacional sobre a Supressão e a Punição do Crime de *Apartheid*, de 1973²⁸.

Relativamente aos povos indígenas, em geral marginalizados nas sociedades em que vivem, existe, no âmbito internacional, a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), de 1989, que é considerada o único tratado internacional em vigor especificamente voltado aos direitos dos povos indígenas, objetivando promover a sua autonomia, além de combater a discriminação. Por meio desse instrumento jurídico, assegura-se a tais grupos conservar seus costumes e tradições, bem como se determina o estabelecimento de procedimentos para eventualmente compatibilizar as suas normas com as relativas aos direitos humanos. Até mesmo a legislação penal há de ser aplicada, em relação a eles, levando-se em conta suas características sociais e culturais e dando preferência à imposição de penas não privativas de liberdade²⁹.

26 PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 227/235.

27 Precedida pela Declaração da ONU sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, de 1963, pela Convenção da OIT sobre Discriminação em Matéria de Emprego e Ocupação, de 1958, e pela Convenção da Unesco relativa à Luta contra a Discriminação no Campo do Ensino, de 1960.

28 CRETELLA NETO, José. *Curso de Direito Internacional Penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 558/566.

29 RAMOS, André de Carvalho. *Op. cit.*, p. 666/670.

Em reforço a tal ato normativo, sobreveio, em 2007, a Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas, a qual, como todos os atos dessa natureza, compõe o *soft law* do Direito Internacional, pois suas diretrizes não são vinculantes para os Estados. A Declaração tutela o direito à cultura a tais grupos, significando a garantia contra a assimilação forçada ou contra a destruição de suas formas de vida, desde que, evidentemente, as regras indígenas não se contraponham aos direitos humanos reconhecidos no âmbito internacional³⁰.

A proteção dos direitos humanos, contudo, não se esgota no sistema universal ou onusiano, havendo, ainda, o sistema regional americano, da Organização dos Estados Americanos (OEA), além do sistema nacional (interno), devendo haver uma compatibilização entre todas essas esferas de jurisdição, o que aumenta a complexidade da matéria.

Esses sistemas, nacional e internacional, de proteção aos direitos humanos fornecem uma dupla garantia, implicando a necessidade do reconhecimento também da possibilidade do duplo controle de qualquer ato ou norma interna: o controle de convencionalidade e o controle de constitucionalidade. Assim, a eventual interferência em direitos e garantias terá sua legitimidade dependente, no Brasil, da conformidade aos tratados internacionais e à Constituição de 1988³¹.

Também no âmbito interamericano, encontram-se algumas normas voltadas à proteção de grupos minoritários e suas expressões culturais, sendo o principal instrumento³² a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, de 1969, a qual contém dispositivos acerca da matéria, como o asseguramento da liberdade de consciência e religião (artigo 12) e o direito à nacionalidade (artigo 20), além de uma vaga referência à implementação progressiva de direitos afetos à cultura (artigo 26).

30 *Idem*, p. 670/672.

31 *Idem*, p. 411/413.

32 GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 16.

Seja no âmbito internacional, seja no âmbito regional, seja por meio de tratados gerais, seja por meio de tratados temáticos, progressivamente o direito à cultura, entendido também no sentido que emana da política da identidade, vem sendo positivado, exigindo dos países especial atenção e esforço para a implementação das normas daí decorrentes, em vista do caráter orientador ou mesmo vinculante de tais instrumentos jurídicos.

Considerações finais

A chamada política de identidade, decorrente do movimento multiculturalista, encontrou acolhida, em alguma extensão, em normas do Direito Internacional dos Direitos Humanos, tanto nas de caráter universal (ONU) como nas de caráter regional (OEA).

O resultado desse reconhecimento parcial, mas progressivo, vem sendo, mundo afora, a criação de inúmeros programas de valorização das minorias culturais, a instituição de ações afirmativas compensatórias, a atribuição de autonomia e até autogoverno a certos grupos, a consideração de seus costumes e tradições no momento de aplicação de leis gerais, entre tantas outras medidas estatais.

A intensificação das demandas por reconhecimento, contudo, provocou a reação dos setores dominantes das sociedades afetadas, os quais passaram a criticar aquilo que percebiam como privilégios ou distinções injustificáveis à luz dos parâmetros liberais que vinham orientando a prática política até então. O primado da igualdade formal e das liberdades negativas, de fato, não se compatibiliza bem com a afirmação e a promoção das diferenças.

Mesmo assim, embora tenha havido um refreamento da política do reconhecimento cultural, isso não significa o abandono das demandas com essa natureza: simplesmente os grupos minoritários ou marginalizados socialmente continuarão a buscar a consolidação e a ampliação dos espaços de expressão de suas singularidades culturais.

O desafio que os Estados enfrentarão cada vez mais, portanto, é o da compatibilização ótima entre os postulados da democracia liberal e os da política da diferença. De qualquer forma, as normas internacionais relativas aos direitos humanos constituem o limite infranqueável de toda e qualquer manifestação cultural.

Referências

- BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. 6. ed. São Paulo: Brasiliense, 2000.
- CASTLES, Stephen; DE HAAS, Hein; MILLER, Mark J. *The Age of Migration: International population movements in the Modern World*. 5. ed. New York/London: The Guilford Press, 2014.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- CRETELLA NETO, José. *Curso de Direito Internacional Penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- FREEDEN, Michael. *Liberalism: A very short introduction*. Oxford: Oxford University Press, 2015, *kindle edition*.
- GAUS, Gerald F.; KUKATHAS, Chandran (Eds.). *Handbook of Political Theory*. London/Thousand Oaks/New Delhi: Sage, 2004.
- GIDDENS, Anthony. *O Estado-nação e a violência*. São Paulo: EDUSP, 2001.
- GLOVER, Jonathan *et al.* *Naciones, identidad y conflicto: Una reflexión sobre los imaginarios de los nacionalismos*. Barcelona: Gedisa, 2014, *kindle edition*.
- GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

HAYWARD, Clarissa Rile; WATSON, Ron. *Identity and political theory*. Disponível em: <<http://openscholarship.wustl.edu>>. Acesso em: 14/03/2016.

HELLY, Denise. *Primacía de los derechos o cohesión social: Los limites del multiculturalismo canadiense*. Disponível em: <<http://dialnet.unirioja.es>>. Acesso em: 19/03/2016.

JOPPKE, Christian. *The retreat of multiculturalism in the liberal State*. Disponível em: <<http://www.humanityinaction.org>>. Acesso em: 31/03/2016.

LOEWE, Daniel. *La utopia multicultural*. Disponível em: <<http://www.scielo.com>>. Acesso em: 14/07/2015.

KYMLICKA, Will. *Ciudadanía multicultural*. Barcelona/Buenos Aires/México: Paidós, 2015.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. *Multiculturalismo: Conciliando diversidade cultural e identidade nacional no Canadá*. Disponível em: <<http://www.repositorio.ufc.br>>. Acesso em: 18/11/2015.

MARTUCELLI, Danilo. *As contradições políticas do multiculturalismo*. Disponível em: <<http://anped.org.br>>. Acesso em: 17/09/2015.

NOVAES, Adauto. *A crise do Estado-nação*. Organizador: Adauto Novaes. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

PINILLA, Julio Seoane. *Comunitarismo, multiculturalismo: Un comentario*. Disponível em: <<http://rua.ua.es>>. Acesso em: 25/11/2015.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SEMPRINI, Andrea. *Multiculturalismo*. Bauru: EDUSC, 1999.

TAYLOR, Charles. *El multiculturalismo y "la política del reconocimiento"*. 2. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 2009.

CIDADANIA: O CONTROLE DA CORRUPÇÃO POR MEIO DO DIREITO FUNDAMENTAL DE PARTICIPAÇÃO POLÍTICA – EM ANÁLISE OS DILEMAS DA DEMOCRACIA BRASILEIRA*

JULIANA MACHADO FRAGA**
CYNTHIA GRUENDLING JURUENA***

* Artigo submetido ao eixo "Patologias Corruptivas e interesses públicos indisponíveis".

** Mestra em Direitos Sociais e Políticas Públicas da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Mestra em Direitos Humanos pela Universidade do Minho. Pós-Graduada em Direito e Processo do Trabalho e Direito Previdenciário. Integrante do grupo de pesquisa Estado, Administração Pública e Sociedade: Patologias Corruptivas, coordenado pelo professor doutor Rogério Gesta Leal. Advogada. E-mail: juliana_m_fraga@hotmail.com

*** 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 aborda o tema da participação política como meio de controle da corrupção, ao passo que analisa os direitos políticos em sua concepção fundamental. Abordar-se-á de forma sucinta os dilemas da democracia brasileira perante o controle da corrupção a partir da participação política, expondo-se um rol de preocupações quanto à cidadania ativa e sua construção para a formação da participação, bem como acerca da formação cidadã por parte do Estado. A problemática deste trabalho se dá na demonstração de que maneira pode ocorrer o controle da corrupção por meio do direito fundamental de participação política diante dos entraves e dilemas da democracia atual. Objetiva-se demonstrar a participação política como forma incitadora de controle da corrupção, observando-se os entraves para a realização da democracia no Brasil. Para a realização deste trabalho, utilizou-se o método dedutivo de abordagem de pesquisas, e como método auxiliar, valeu-se do método histórico. Utilizou-se, também, a pesquisa bibliográfica, visando realizar o desenvolvimento do tema proposto a partir de referencial teórico.

Palavras-chave: Cidadania. Corrupção. Democracia. Direitos Humanos. Direitos políticos.

Abstract

This paper addresses the issue of political participation as a means of controlling corruption, while analyzes political rights in their fundamental conception. Address shall be succinctly the dilemmas of Brazilian democracy to the control of corruption from political participation, setting up a laundry list of concerns about active citizenship and construction for the formation of participation and about the civic education by the state. The problem of this work is given in the statement how can occur controlling corruption through the fundamental right of political participation in the face of obstacles and dilemmas of modern democracy. The objective is to demonstrate the political participation as a way to control of corruption observing the obstacles to the realization of democracy in Brazil. For this work we used the deductive method research approach and as an auxiliary method took advantage of the historical method. It used also the literature, aiming carry out the development of the proposed topic from theoretical.

Keywords: Citizenship. Corruption. Democracy. Human Rights. Political rights.

Introdução

O cenário mundial vem sofrendo diversas alterações no que tange à cidadania. Nesse sentido, é de suma relevância a compreensão da cidadania como o exercício dos direitos civis, políticos e sociais estabelecidos em nossa Carta Magna, os quais sempre andam unidos com os direitos e deveres individuais do cidadão.

A cidadania é um dos elementos basilares da Constituição Federal de 1988, recebendo a máxima proteção possível, visando não haver deliberações a fim de ferir sua essência como lei suprema. Doutra banda, imprescindível o destaque acerca dos Direitos Humanos e políticos que, quando positivados na CF/88, tornaram-se os Direitos Fundamentais. Contudo, entende-se que os Direitos Humanos são aqueles previamente concebidos pelo homem antes da formação do Estado, e os Direitos Fundamentais são aqueles positivados pelo Estado e inseridos no ordenamento jurídico deste. Cumpre destacar que corriqueiramente são analisados como similares, pois, no ordenamento brasileiro, quase todos os Direitos Humanos foram positivados, tornando-se direitos fundamentais.

Feita ressalva de distinção de nomenclatura, é preciso alicerçar o presente estudo na compreensão de que ambos, Direitos Humanos ou Fundamentais, têm o caráter de proteção do ser humano e de sua vida digna, ao passo que, inclusive, preceituam os direitos de participação política como fundamentais para o exercício de sua dignidade de inclusão social.

Abordar-se-á, no presente trabalho, a questão dos Direitos Fundamentais, visando a percepção de participação política como direito básico do ser enquanto parte integrante do Estado. Nesse tocante, independentemente de enquadramentos teóricos, discutir-se-á sobre os direitos individuais e sociais, ampliando o entendimento desses direitos perante o Estado e a forma pela qual a corrupção se alastra. Doutra banda, irão se alicerçar os temas propostos nos dilemas para a realização da democracia no Brasil.

A participação política como direito fundamental

A Constituição Federal de 1988 regulamenta, no capítulo IV, Título II, artigos 14 a 16, os direitos e garantias fundamentais, regidos sob o princípio democrático de que todo poder soberano advém do povo e será exercido por meio de seus representantes. Assim, colaciona-se o art. 1º de nossa Carta Magna:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Os dispositivos constitucionais referentes aos direitos políticos têm por objetivo regular a atuação da soberania popular. Niess (2000) expõe que o povo é soberano e dele advém o poder. Assim, dentre os direitos fundamentais dos cidadãos, situa-se o poder de exercer a cidadania participativa, ou seja, adentrar a seara dos direitos políticos de seu município, estado ou país. A Constituição Federal, por sua vez, conduz regras básicas para aquisição, exercício, restrições e suspensões quanto à perda do direito de eleger e ser eleito como representante do povo. Aduz, também, todas as demais ações concernentes aos mandatos e condições para a realização de candidaturas e eleições.

Certamente a visão de Niess encontra opositores que divergem da ideia central de poder popular, e, doutra banda, há correntes diversas que referem o poder como a representação dos dominantes das esferas economicamente favorecidas.

Carlos (2004) é um dos autores que encontram dificuldades de conceber as matrizes propostas por Niess.

Dessa feita, tem-se que os direitos políticos são públicos e subjetivos; o indivíduo exercita sua liberdade de escolha participando dos predicados da cidadania. Nesse sentido, o Estado Democrático de Direito nada mais é que a representação da maioria popular, a qual utiliza como método de escolha a votação e participação procedendo à escolha de seus representantes a fim de que estes consagrem a vontade popular (MORAES, 2001).

Avelar (2007) menciona que participação adveio da palavra latina *participatio*, que significa “tomar parte em”. Nesse passo, compreende-se a participação como uma forma de interligação entre grupos com objetivos semelhantes, ou seja, cuja finalidade seja a influência no processo político. A fim de manter o valor heurístico da definição desse conceito, pode-se abranger a identificação de interesses gerais e comuns e adentrar a participação como forma estratégica de exercício de algum grau de distribuição de poder para aqueles que reivindicam sua parcela de participação no sistema organizacional político.

Certo é que a participação abrange diversas manifestações empíricas e se manifesta com grande dificuldade no repertório das democracias contemporâneas. Kelsen (2000, p. 142) elucida que:

[...] a participação no governo, ou seja, na criação e aplicação das normas gerais e individuais da ordem social que constitui a comunidade, deve ser vista como a característica essencial da democracia. Se esta participação se dá por via direta ou indireta, isto é, se existe uma democracia direta ou representativa, trata-se em ambos os casos, de um processo, um método específico de criar e aplicar a ordem social que constitui a comunidade, que é critério do sistema político apropriadamente chamado de democracia.

Nesse tocante, a participação tem muitos canais de formação e execução, sendo os três principais o canal eleitoral, considerado todo tipo de participação eleitoral e partidária conforme o regramento constitucional; os canais corporativos, que

se dão pelas instâncias intermediárias de defesas de interesse de classes; e o canal organizacional, que são organizações coletivas da sociedade civil, sendo os movimentos sociais sua maior concretização, consoante analisa Avelar (2007).

Embora diversas análises ainda se atenham apenas às atividades eleitorais e partidárias, em grande maioria considerando apenas o voto como meio indutor de participação, considera-se tal concepção como minimalista, visto que, ainda com todas as formas explicitadas anteriormente, jamais se esgotarão as formas de inserção do cidadão no meio democrático, ao passo que é seu direito e dever insurgir-se em face dos possíveis desmandos de seus governantes e representantes.

Imprescindível o destaque, nas palavras de Leal (2008, p. 193), acerca da participação do cidadão na condução dos assuntos políticos

[...] ocorre que a concepção hegemônica no âmbito daqueles direitos civis e políticos tem sido restringida a uma dimensão meramente institucionalista e minimalista, haja vista que se contenta com espaço minúsculo de ação social, sem maior reflexividade e mobilização política das comunidades, adotando, por exemplo, o voto como o grande e quiçá único instrumento e momento de participação no governo e nos interesses públicos.

Entende-se, então, que o cidadão também tem o dever de participação, logo que se pressupõe que vivemos em uma sociedade aberta aos questionamentos e intervenções sociais, pois sem esta atitude haverá a facilitação para que os governantes abordem suas questões sem considerar o interesse público, enquanto a sociedade se mantém inerte à sua conduta (DALLARI, 2004).

Importante que se altere a visão paternalista e assistencialista que a sociedade tem do Estado, visto que ambos têm direitos e deveres, e o não cumprimento desses deveres pode acarretar perda dos direitos. Certamente o Estado, ou seus governantes, muito pouco se interessam pela propagação dessas informações, visto que, aos mal-intencionados, em muito auxilia

a omissão popular, pois sem participação se iguala a falta de fiscalização e cobrança de seus atos (GORCZEWSKI, 2011).

Ademais, a participação como fonte direta de fiscalização deve ser estimulada e elucidada como forma de exercício da democracia e de formação de cidadãos pró-ativos, motivo pelo qual é extremamente relevante o destaque da (in)tensa relação entre os direitos políticos e as consequências que podem causar no ordenamento e na sociedade quando mal executados, conforme se abordará no capítulo a seguir.

A (in)tensa relação entre direitos políticos e corrupção

Os direitos políticos são direitos públicos e subjetivos capazes de civilizar o indivíduo, inserindo-o em uma comunidade em que possa ser ouvido e representado por um de ser pares, conforme Bobbio (2003).

Uma conceituação desses direitos pode se dar pela compreensão de que tais são prerrogativas, atributos, faculdades e poder de intervenção dos cidadãos ativos. São os direitos cívicos que autorizam o cidadão a integrar a formação do exercício de autoridade nacional (BONAVIDES, 1995).

Direitos políticos, então, encontram-se preceituados na Constituição Federal de 1988, sendo eles o direito ao sufrágio, alistabilidade, voto, elegibilidade, ação popular e participação em partidos políticos. Nesse passo, de acordo com Sarlet (2007), a participação está devidamente assegurada em nossa Carta Magna como direito fundamental.

Cumprido salientar que, de acordo com pesquisas, a participação política se interliga com a posição social do indivíduo, conforme entendimento de Avelar (2007). Destaca-se que a consciência cidadã está relacionada, e constantemente associada, com a quantidade de recursos e automaticamente com o conhecimento de seus direitos e deveres perante o Estado. Certamente há exceções, mas se pode compreender que, como

regra geral, a política é vista como uma arena para os letrados, que passam a ocupar altos cargos de hierarquia política (SOUZA; LOUREIRO, 2009).

Diversas pesquisas expõem que os indivíduos que adentram a seara política são de costume aqueles que se mantêm em uma esfera central – seja pela situação econômica favorável, seja pela alta educação, seja pela situação geográfica privilegiada. Esses dados explicam o porquê da dificuldade de inserção dos menos favorecidos no meio político. Logicamente se encontra uma barreira e até certo preconceito com a inserção ou intervenção dos menos favorecidos na esfera política, consoante aduz Avelar (2007).

Analisados os fundamentos da participação, faz-se mister a compreensão dos entraves acerca da realização da democracia no Brasil. É sabido que o progresso de uma sociedade sempre se interliga com a ideia de justiça (CORRÊA, 2000). O Estado e o Direito determinam a própria sobrevivência da sociedade, ao passo que esses institutos são responsáveis por garantir a paz, a liberdade e a felicidade dos homens.

Ressalva-se que se pode considerar justiça política como o inter-relacionamento entre a moral, o direito e o Estado, dependendo basicamente da relação entre agente e Estado. Logo, entende-se que se depende daquilo que o agente entende dentro da esfera moral e das normas emanadas pelo ordenamento jurídico (Estado) em que ele está inserido, conforme elucidado Carlos (2004).

A corrupção, então, está relacionada com aquele agente que desrespeita a norma estatal, a boa conduta ética e a moral quando dispõe de propina ou vantagem, assim como com aquele que a aceita, ou seja, qualquer prática que vise um bem particular em detrimento do comum pode ser considerada atitude corruptiva e desrespeito à justiça política, visto que aparenta efetivamente o mal que produz ou tem potencial de reproduzir na sociedade (LEAL, 2013).

Nesse sentido, acerca das condutas corruptivas, Douglas (1964, p. 92) escreveu que presenciou o quadro de corrupção política norte-americana e menciona:

O bom nome da grande maioria dos servidores públicos decentes tem sido manchado pelo mau comportamento de uma desprezível minoria. Devidos a recentes revelações e por causa da aparente relutância de muitos elementos situados em altos postos de levar a cabo uma vigorosa política de limpeza, o público veio a acreditar que os pecados de uns poucos são praticados predominantemente por muitos. No conjunto, talvez seja a pior consequência dos maléficatos atos que vieram à luz. Os homens que cometeram atos sem ética não só se desgraçaram, como desgraçaram o serviço federal e enfraqueceram, seriamente a fé que o povo tem em seu governo.

É sabido que cada Estado regulamenta a corrupção de sua forma, contudo, o respeito do poder ao direito, à justiça e aos valores ideais, com a satisfação das necessidades reais da sociedade pela administração dos recursos públicos, é primordial em qualquer parte do mundo, e, certamente, esse bem maior que se deve buscar alcançar, conforme a citação acima de Douglas.

Nesse sentido, a realização dos direitos humanos está condicionada ao governo, à sociedade e aos Direitos Humanos, sendo estes o maior balizador do Estado na busca por qualquer finalidade que seja. Isso quer dizer que o Estado deve sempre reger-se pelos Direitos Humanos, e, logicamente, integrados a esse conceito, encontram-se os Direitos Políticos (FERREIRA FILHO, 1998).

Dessa forma, Barros (2003, p. 380) respalda a natureza dos direitos humanos representada no Estado democrático quando explica:

Sendo a nação a titular natural e universal de todos os poderes e de todos os direitos, não há quem lhe possa opor direitos – exceto o indivíduo, que tem igual status universal e natural, pois a nação vem a ser, sem diferença alguma, o que o indivíduo é no estado da natureza. À nação, há direitos que lhe possam ser opostos, exceto os naturais, pois uma nação não saia jamais do plano da natureza. Por isso, a declaração deve ter extensão universal e, por compreensão, direitos naturais e individuais. Os direitos são naturais, individuais, universais. [...]

E conclui referindo que:

[...] A universalidade exige a representação. A singularidade não. O indivíduo só se faz representar quando não está presente, mas pode comparecer pessoalmente. Já o universo de cidadãos a massa, embora não esteja ausente, mas presente no processo político, tem necessariamente de representar-se: nunca pode comparecer fisicamente à assembléia, em razão do número e do distanciamento. Daí, que a representação política é diferente da procuração particular. Ela é tanto como uma necessidade natural como também uma necessidade cultural. Aliás, “não conheço meio mais poderoso e eficaz de realizar sem problemas, a partir de todas as regiões da França, um só corpo e, de todos os povos que a dividem, uma só Nação”. Pela representação se realiza a união dos povos na nação. O sistema representativo tende ao universal porque ele tende a universalizar-se, “De fato, ele estabeleceu em quase todas as ações do homem”. Mérito unânime.

Nesse contexto, é inadmissível uma sociedade que não preze por seus direitos políticos, que inclusive já foram tutelados pela Declaração Universal dos Direitos Humanos. O que se percebe é que há sociedades politicamente mal representadas, pois, como referido acima, os direitos políticos, essencialmente de participação, são uma necessidade natural, porém pouco valorizados pelas comunidades em si (HERKENHOFF, 2001). Nessa seara, como consequência de atos corruptivos, podem-se exemplificar fatos ocorridos em nosso país, como o lastimável caso de corrupção que resultou no impeachment do ex-presidente do Brasil Fernando Collor de Mello, visto que arrastou uma série de pessoas que exerciam cargos públicos durante seu governo, admitindo acesso privilegiado às principais autoridades do governo da época. Evidentemente, a admissão de casos como o supramencionado, que se finalizaram inacreditavelmente sem punições, trata-se de verdadeiro descaso com a pessoa humana e seus direitos fundamentais.

Compreende-se, então, que, dados os inúmeros casos de corrupção e impunidade do Estado brasileiro foi e é vítima, gerou-se a ideia negativa acerca da política, e a tendência ao “jeitinho brasileiro”, o que, infelizmente, leva ao descaso de atos corruptivos, que passam a serem considerados comuns.

Essa perspectiva da corrupção como ato rotineiro afeta diretamente os direitos fundamentais, bem como a cidadania, gerando descrédito nas instituições estatais e em seus meios democráticos de inserção (SCHILLING, 1999). O Estado deve servir como meio para o homem saciar as necessidades da sociedade.

Importante salientar que os agentes do Estado podem e devem proteger os direitos humanos, e certamente a evolução dos direitos políticos encontra-se interligada com o acréscimo da participação política por parte dos cidadãos (DWORKIN, 2007). A atividade legislativa de nossos representantes deve abranger maior interação entre o poder do Estado e seus tutelados.

A credibilidade do Estado clama medidas de urgência para se reinventar diante de tamanhas afrontas aos Direitos Humanos e Direitos Políticos, ao passo que, em um governo corrompido e desumano, se objetiva essencialmente refazer o tecido da nossa democracia decaída, inserindo o cidadão em seu lugar para exercer efetivamente seus direitos (LEAL, 2013).

Vistos a relevância social dos direitos contidos em nossa Constituição Federal e o caráter de direitos fundamentais da participação política, abordar-se-ão, no próximo capítulo, os dilemas para a realização da democracia no Brasil.

Os dilemas para a realização da democracia no Brasil

É sabido que a atividade política tem como fim último o homem. O Estado, ente público, torna-se então uma das expressões da política, ou seja, é um meio pelo qual o homem concede o poder aos seus representantes governantes para que estes administrem suas necessidades. O objetivo primordial de uma sociedade organizada politicamente é viver ou conviver bem. Dessa forma, toda e qualquer prática que fira ou desvirtue essa finalidade atinge diretamente a natureza humana (VILLA, 2008).

Assim, insere-se a atividade política no âmbito público, e, de acordo com Schmidt (2014):

[...] público vem do latim *publicus*, que deriva de *populicus*, que designa aquilo que pertence ao *populus* (povo). Assim, público é o que é de todos, do povo, o que diz respeito ao coletivo. Palavras derivadas da mesma raiz evidenciam esse sentido: república é a organização política que exalta a coisa pública, o interesse comum.

Observando o conceito trazido acima, compreende-se que na democracia o ente público é aquele que serve como voz do povo, a vontade geral.

Reis (2007) assevera que, tratando-se de uma esfera democrática, os teóricos do processo de desenvolvimento do Estado-nação moderno previam três problemáticas que poderiam surgir, sendo o questionamento da identidade do Estado a autoridade e a igualdade.

Hodiernamente esses problemas são extremamente relevantes e podem ser considerados, ainda que indiretamente, os dilemas da democracia. A identidade questiona a referência nacional do Estado moderno. Isso significa dizer que, em um mundo globalizado, as barreiras tornam-se difíceis ou inexistentes de se perceber; acaba-se por transmitir a ideia de que o cidadão está inserido na comunidade mundial (AVELAR, 2007).

A problemática da autoridade refere-se à edificação de aparelhagem administrativa do Estado que o capacite a estar presente nas comunidades com a coletividade. Já a questão da igualdade toca o desafio da plena incorporação político-social da população, em especial dos estratos populares, proporcionando o convívio entre as diversas classes sociais, com a neutralização de conflitos dessas camadas (PUTNAN, 2006).

A concretização da democracia enfrenta dificuldades, e, sem dúvidas, a globalização e o capitalismo impõem, junto com os benefícios, uma série de medidas a serem repensadas pelo Estado, ao passo que alteram as estruturas sociais tradicionais, conforme Reis (2007).

Santos (2004) assevera que o direito, para ser exercido democraticamente, tem de se assentar em uma cultura democrática. No entanto, tais condições nos demonstram ser muito difíceis, vez que há uma distância que separa os direitos formalmente concebidos das práticas sociais que os violam. Nesse sentido, Putnam (2006) destaca a necessidade de reformas institucionais que têm o condão de auxiliar o crescimento das comunidades e trazem consigo efeitos profundos aos reformadores.

Nesse sentido, leciona Torres (1964, p. 256):

[...] A identificação entre o povo e o Estado pode levar a grandes tiranias, como demonstram exemplos modernos. Convém, mesmo que exista uma certa tensão, uma certa polaridade entre o governo e o povo: “o preço da liberdade é a eterna vigilância”. E, sem desconfiança, adormece a vigilância. O interesse pela atividade política do Estado implica num interesse com o homem, com o bem comum, pois na democracia apesar do povo não estar no poder, mas este nasce do povo e visa o bem dos governados.

Nessa linha há a concepção de Mouffe (2015) que refere a necessidade de diálogo e diferentes percepções para que a democracia e o âmbito político possam alcançar efetivamente sua finalidade. Expõe que um dos grandes entraves para a evolução democrática é a falta de pluralidade e falta de vigilância da sociedade para discordar de seus governantes.

Certo é que o Brasil demonstrou, nos últimos anos – trata-se aqui mais especificamente da última década –, crescimento em diversos arranjos institucionais, com uma maior segurança na afirmação dos direitos fundamentais preceituados na Carta Magna brasileira, assim como fomento à inserção cidadã na política. Cumpre destacar que já houve iniciativas de políticas públicas de combate à discriminação de gênero na política, e, com isso, maior inserção nesse meio. Essa atitude foi uma das que em muito contribuiu para o avanço nessa esfera, mas certamente há muito o que se fazer para garantir melhorias nos mecanismos já existentes de inserção cidadã, bem como para ampliar esse rol.

Entretanto, ainda há muito o que se fazer acerca da efetiva concretização democrática no Brasil, pois não basta consubstanciar em documentos legais a condição de país regido pela democracia. É preciso realmente primar pela sua realização. Para tal feito, faz-se imprescindível que cada vez mais haja participação política e instauração de políticas públicas eficazes de inserção cidadã.

Conclusão

Conclui-se, com o presente trabalho, pela necessidade de o Estado brasileiro reinventar-se diante de tantas demandas corruptivas que emanaram de suas entranhas governamentais. Assim, a primazia dos direitos humanos e, essencialmente, dos direitos políticos deve ser a norma maior de defesa por parte do Estado, assegurando sua aplicação e normatividade.

No momento em que os direitos políticos forem devidamente respeitados e colocados em prática como forma de cidadania, ou seja, quando o Estado primar pelo acesso à informação, inserção cidadã, fomentando a participação política, se iniciará uma governança voltada aos cidadãos e ao poder que deles emana.

Certamente há muito trabalho a se fazer; contudo, o objetivo primordial deve ser a instituição de canais de participação cidadã como forma de combate às práticas corruptivas. É o início da jornada de refrear essa prática que ocupa múltiplas faces de nosso ordenamento, a corrupção. Extremamente relevante é o destaque de algumas boas iniciativas governamentais brasileiras que propõem reformas políticas e fomento à participação, à tentativa de instruir o cidadão a ocupar seu lugar perante o Estado, a ter voz e ação frente às decisões políticas.

Pode-se concluir que o breve escorço teve o objetivo de discutir e fomentar o tema da participação política dentro da esfera democrática de direito. Embora seja um estudo incipiente, entende-se que o Brasil e as políticas públicas realizadas nos últimos anos têm tido o condão de instrução e instigação do

cidadão a buscar seu lugar dentro da sociedade, ampliando sua percepção governamental e sua qualidade de vida. Afinal, cidadão consciente é aquele que conhece seus direitos e que visa participar das tomadas de decisões políticas que lhe afetarão direta ou indiretamente, e, sem dúvidas, nesse quesito o Brasil tem crescido e instigado seus cidadãos, porém, ainda há um longo caminho a ser percorrido.

Referências

ARISTÓTELES. Política. São Paulo: Martin Claret, 2008.

AVELAR, Lúcia. Sistema político Brasileiro: uma introdução (Org.) Lúcia Avelar e Antônio Octávio Cintra. São Paulo: Unesp, 2007.

BARROS, Sérgio Resende de. Direito humanos: paradoxo da civilização. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BOBBIO, Norberto. O filósofo e a política: Antologia. Rio de Janeiro: Contraponto, 2003.

BONAVIDES, Paulo. Teoria do Estado. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

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

BRASIL, Constituição Federal (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988.

CARLOS, Raphael de Oliveira. A corrupção política uma ofensa aos Direitos Humanos. Presidente Prudente, 2004.

CORRÊA, Darcísio. A construção da cidadania reflexões histórico-políticas. Ijuí: Unijuí, 2000.

DALLARI, Dalmo de Abreu. O que é participação política. São Paulo: Brasiliense, 2004.

DOUGLAS, Paul H. Ética de governo. São Paulo: Forense, 1964.

DWORKIN, Ronald. O império do direito. 2 ed. Tradução: Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Direitos Humanos Fundamentais. 2 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1998.

GORCZEWSKI, Clóvis. Direito humanos e participação política. Porto Alegre: Imprensa livre, 2011.

HERKENHOFF, João Batista. Cidadania. Manaus: Valer, 2001.

KELSEN, Hans. A democracia. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LEAL, Rogério Gesta. A administração pública compartilhada no Brasil e na Itália: reflexões preliminares. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008.

_____. Patologias corruptivas nas relações entre Estado, Administração Pública e Sociedade - Causas consequências e tratamentos. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2013.

MORAES, Alexandre de. Direitos Humanos Fundamentais. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MOUFFE, Chantal. Sobre o político. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

NIESS, Pedro H. Távora. Direitos políticos – Elegibilidade, inelegibilidade e ações eleitorais. 2 ed. São Paulo: Edipro, 2000.

PUTNAM, Robert D. Comunidade e democracia a experiência da Itália moderna. FGV: Rio de Janeiro, 2006.

REIS, Fábio W. Dilemas da democracia no Brasil. In: Sistema político brasileiro: Uma introdução. São Paulo: Editora Unesp, 2007.

SANTOS, Boaventura S. Para uma revolução democrática da justiça. Cortez: São Paulo, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007.

SCHILLING, Flávia. Corrupção: ilegalidade intolerável? Comissões parlamentares de inquérito e a luta contra a corrupção no Brasil (1980 – 1922). São Paulo: IBBCRIM, 1999.

SCHMIDT, João P. Público, comunitário e privado: Direitos e bem estar na perspectiva comunitarista. Disponível em: <https://virtual.unisc.br/presencial/pluginfile.php/158024/mod_resource/content/1/Art%20Publico%2C%20Comunit%C3%A1rio%20e%20Privado%202014.pdf>. Acesso em: 17 maio 2016.

SOUZA, M. T. C.; LOUREIRO P. Cidadania novos temas velhos desafios. Ijuí: Unijuí, 2009.

TÔRRES, João Camillo de Oliveira. Razão e destino da revolução. Petrópolis: Vozes, 1964.

VILLA, Fernando Gil. La cultura de la corrupción. Madrid: Maia, 2008.

COLONIALIDADE, PODER JURISDICIONAL E CRENÇA: BREVE ESTUDO DE CASOS DO TJ/RS*

LIZANDRO MELLO**
RAQUEL LOPES SPAREMBERGER***

* Eixo temático – Linha 2: Tutelas à Efetivação de Direitos Transindividuais, Direitos Fundamentais e Jurisdição

** Advogado, historiador, mestrando em Direito (FURG). E-mail: lizandro@furg.br

*** Doutora em Direito, docente (FMP-FURG). E-mail: fabiana7778@hotmail.com

Resumo

Há que se falar em lógica da colonialidade e racialização na paisagem de julgados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul? O panorama do pensamento decolonial perpassado pela secularização é mediado com excertos de julgados da última década do TJ/RS que foram buscados sob o critério de que versam sobre as crenças religiosas de matriz afro e suas práticas de culto. Nessa dialógica, torna-se visível a prática de discursividades reveladoras da lógica da colonialidade, residente no discurso jurisdicional das peças avaliadas (sem caráter exaustivo), classificando crença/culto conforme a medida centrada no discurso autoprivilegiado do julgador que, por sua vez, pensa desde o lócus da retórica da modernidade. O presente artigo traz arcabouço teórico de trabalhos anteriores, que agora recebem o aporte do material concreto a analisar no plano da discursividade jurisdicional (acórdãos do TJRS).

Palavras-chave: Epistemologia jurídica, decolonialidade, religiões afro.

Abstract

Is it proper to talk of coloniality logics and racialization on the landscape of cases from Rio Grande do Sul Justice Courts (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, or TJ/RS for short)? The decolonial thought as a scenario taken through secularization is mediated with excerpts from judgments along the last decade of TJ/RS, which were researched under the criteria of speaking of african-rooted religious creeds and their cult practices. In this dialogic, becomes visible the coloniality logics's revealing discursiveness, standing in the jurisdictional speech of the analyzed files (under no comprehensive character), filing creed/cult under the judge's self-privileged discourse which, in his turn, thinks from the modernity's rhetorics locus. The article uses theoretical tools from previous works, which now gets the input of concrete matter to bring under analysis at the level of jurisdictional discursiveness.

Keywords: Law epistemology, decoloniality, african religions.

Arapuca de laicidade: secularismo e teo-política

lçado à condição de quilha política e jurídica da pretensão de democracia dos recentes decênios do Brasil, o que vem sido entendido (jus)comumente como laicidade estatal, contudo, não parece encerrar em si uma desmontagem importante do ponto de vista da decolonialidade: **secularismo, secularização e secularidade**. O primeiro é ideologia eurocentrada, própria da expansão colonialista, teorizada no campo do liberalismo e da ilustração desde a modernidade tardia. Já a secularização é processo, enraizado por dois mil anos dentro do cristianismo e ainda antes disso na cultura chinesa (burocratização mandarínica) ou islâmica (autonomia filosófica perante a fé), e exigência sadia da secularidade como autonomia da razão, do político, do econômico, das questões de gênero e sexualidade quanto ao controle das estruturas fundantes das religiões de dominação, necessária para um desenvolvimento crítico da religião. A secularização é necessária para criar um âmbito de secularidade, mas não de secularismo (DUSSEL, 2001, p. 409). Seguindo Enrique Dussel (2012, p. 30), histori(ograficamente), o dualismo tradicional estado x Igreja derivou para choques culturais difusos mediados por alguma posição religiosa no seio da passagem do modelo de Cristandade para um de sociedade secular e plural, impelida pelo fortalecimento do capitalismo e dos avanços tecnológicos que atuaram nas formas de ver o mundo preconizando maneiras racionais de explicação das coisas acima do papel da religião. O sistema-mundo (Wallerstein e Dussel) moderno ou da modernidade emerge tendo tudo a ver com secularização da vida social, com a rejeição oficiosa das instituições e formas religiosas à vida privada (RESTREPO e ROJAS, 2010, p. 71).

Walter Mignolo (2010, p. 13), a partir de Anibal Quijano, assenta que a racionalidade moderna é absorvente ao mesmo passo que é defensiva e excludente: após 1500, o crescente domínio da epistemologia ocidental, apoiada numa ego-logia como **secularização da teologia** (cogito ergo sum), permite que os conceitos imperiais de totalidade soterrem o respeito à

diferença tido em outras cartografias de interpretação do cosmo. As religiões deram lugar ao saber absoluto da razão, do mito ao logos, da crença à ciência; o secularismo das instituições, sistemas, teorias, da vida cotidiana chega a sua idade mais desenvolvida. Em aparente antonímia, o **laicismo antirreligioso** lança-se sobre as culturas bárbaras da África, o despotismo da Ásia ou o primitivismo da América Latina, para que a alienação da religião (concepção ainda compartilhada pela esquerda militante do marxismo mais burocratizado) ou o fanatismo (para os liberais) desse lugar à utopia de pura racionalidade científica e liberdade liberal na vida política e cotidiana.

É essa a visão da modernidade tardia da Ilustração, parcial, eurocêntrica, colonialista e reducionista de outros tipos de saberes que sem dúvida não se esgotaram, em que pese esse juízo lançado pelo secularismo moderno, o que mantém o problema complexo e atual (DUSSEL, 2001, p. 411, grifos meus). A modernidade como racionalidade científica e secularização do pensamento, diz Edgardo Lander (2000, p. 213), sem dúvida é possível em todas as culturas e épocas históricas, sendo ridículo, nestas alturas da historiografia séria, atribuir às altas culturas não-europeias uma mentalidade mítico-mágica como traço definidor, em oposição à racionalidade e ciência (bem mais tardias) da Europa.

Para Mignolo (2010, p. 104-105), um dos benefícios da secularização foi a emancipação mediante o sagrado, na medida em que este era obstáculo para o pensamento de certos grupos sociais. Contudo, **a secularização não é por si só um lugar (nem) seguro**: o secularismo tem sua própria geo e corpo-política, que não necessariamente coincidem com necessidades, visões e desejos de todos no planeta. A partir de Descartes, as dúvidas sobre a humanidade dos outros se convertem em certeza, baseada em uma alegada falta de razão ou pensamento (cartesiano) nos seres colonizados e racializados (a **racialização** exposta por Mignolo (2010, passim) é entender vidas como descartáveis, não seguras socialmente); o próprio provê à modernidade os dualismos absolutos mente/corpo e mente/matéria que alicerçam a conversão da natureza e do corpo em objetos de conhecimento

e controle, a concepção da busca do conhecimento como tarefa ascética primando pelo distanciamento do subjetivo/corporal, e a **elevação do ceticismo misantrópico e das evidências racistas (justificadas pelo senso comum) ao nível de filosofia básica e fundamento das ciências** (CASTRO-GOMEZ e GROSFOGUEL, 2007, p. 145, grifamos).

O agravante, no meu sentir, não preenche o requisito de ordem subjetiva para ver concedido o benefício pleiteado [progressão de regime]¹.

Da análise do Serviço Social, apreende-se:

“No momento da avaliação social, apresentou um discurso preparado para o momento avaliativo e, por vezes, contraditório, sua crítica encontra-se inadequada e seus planos futuros demonstram-se inconsistentes.” (fl. 93)

A análise psicológica (fls. 94/96) também detectou a inadequação de senso crítico. Com efeito, que o apenado “... apresenta pensamento fantasioso relacionado a uma crença relacionada a religião afro-brasileiro umbanda, na qual deposita algumas responsabilidades sobre seu comportamento.” “Seu discurso sugere’, segundo destacou a expert, ‘... pouca capacidade crítica no que tange ao seu pensar sobre aspectos relevantes de sua história de vida.” [...]

No caso em exame, assim, também concluo, à luz dos exames realizados, que, o apenado não reúne as condições para a obtenção do benefício.

Com efeito, a ausência de juízo crítico era motivo suficiente para o indeferimento do pedido de progressão de regime, quando, como no caso dos autos, não são trazidos elementos para invalidar a conclusão dos peritos, segundo orientação jurisprudencial encontrada nesta Corte. Vejamos: [seguem excertos de DOZE julgados diferentes colacionados.] [...]

Com essas considerações, nego provimento ao agravo. [grifamos] RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do RS. **Agravo em Execução N° 70017350927 da Segunda Câmara Criminal**. Agravante: Antonio Pereira dos Santos; Agravado: Ministério Público do RS. Relator: Marco Aurélio de Oliveira Canosa. Porto Alegre: Diário da Justiça n° 3577, de 13/04/2007.

A **localização geo-histórica como autoprivilégio** alicerça a crença hegemônica de que aí, no Ocidente (euro-estadunidense – o Ocidente é lugar de epistemologia, mais que um setor geocartográfico) estaria a superioridade nos planos racial, filosófico, científico e religioso.

Quando da repercussão da decisão na imprensa local, tentou-se interpretá-la, em alguns casos, como resultado de racismo ou de má vontade em razão da natureza do feriado. A comentarista política do jornal Zero Hora, Rosane de Oliveira, foi quem melhor enfocou a situação quando registrou em sua coluna que **‘os 23 desembargadores que concederam liminar suspendendo o feriado municipal de 20 de Novembro tomaram uma decisão técnica, baseada na premissa de que os municípios não têm poder para criar feriados em homenagem a datas civis’**. [grifamos] Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça do RS. **Ação Direta de Inconstitucionalidade N° 70007609308 no Pleno do Tribunal**. Relator: João Carlos Branco Cardoso. Proponente: Federação das Indústrias do Estado do Rio Grande do Sul; Requeridos: Município de Porto Alegre e Câmara Municipal de Vereadores de Porto Alegre; Interessados: Procurador-Geral do Estado do RS e Movimento Negro Unificado. Porto Alegre: Diário da Justiça do Estado do RS, publicado em 18/12/2007.

Consequência terrível dessa crença é que o mundo aparenta ser o que as categorias ocidentais de pensamento permitem dizer que é; tudo que não coincida com essas categorias é errôneo e todo formato de pensamento diverso está arriscado ao cerco, demonização e eliminação. **A secularização foi um produto de exportação para destruir todas as culturas periféricas, cujo imaginário de mundo ainda é religioso, e numa hipócrita autolegitimação teológica, se propõe estados secularistas a partir de monarquias cristãs** (MIGNOLO, 2007, p. 61 e 392). Para Dussel (2007, p. 553-554), essa concepção de secularização – o secularismo militante – atacou a fundo em sua estrutura central as narrativas culturais dos povos do sul do planeta, julgando desde sempre esses imaginários como folclore.

A **ego-política** do conhecimento ocidental representou, dessa maneira, a **secularização da cosmologia cristã da teo-**

¹ Atenção: neste trabalho, todas as expressões entre colchetes [] são inserções nossas no texto original.

-**política do conhecimento** (CASTRO-GOMEZ e GROSFUGUEL, 2007, p. 63). O ego é colocado no lugar de teo, mas o locus de enunciação e também a estrutura subalternizadora do conhecimento permanece. A teologia cristã, a filosofia secular e a ciência positivista seriam os limites transcendentais do fazer-conhecimento, limites de que todo conhecimento anterior careceria. Conceitos como folclore, mito e saber local foram inventados para legitimar a epistemologia ocidental (DAMAZIO, 2011, p. 140). A face da modernidade é valer-se de tantos meios para perpetuar a cronotopologia cristã como secularismo (CASTRO-GOMEZ e MENDIETA, 1998, p. 107-108). Eis a modernidade como autodescrição social a partir de um topoi de **secularização da história divina**: noção de progresso e (falsa) separação Igreja-Estado, desenvolvimento e diferenciação de esferas de valor e seus subsistemas. Para a modernidade, a modernização é parte do processo de secularização e vice-versa, mas, em ambos os casos, o processo é parasitado por uma espoliação religiosa, representando uma dependência do orbis cristão, cristandade que circunscreve a ecumene; o primitivo, o selvagem, o infiel, todos aos nossos portais são atemorizantes.

Mignolo (2007, p. 22) entende que o eurocentrismo, como mecanismo, torna uma particularidade em uni-versalidade, deslocando e segregando outras particularidades, impondo (também) no plano religioso seu habitus como norma, ideia e projeto, sua religião – o cristianismo em suas variantes – se torna religião verdadeira; inaugurado no exato momento da invasão da América, manifesta-se na interpretação do novo mundo pelos conquistadores, **convertendo seu reduzido critério em único critério e, assim, dando azo ao processo classificatório das ontologias entre aceitáveis e descartáveis – os outros não teriam religião, apenas superstições** (CASTRO-GOMEZ e GROSFUGUEL, 2007, p. 219 e 220).

Ferida colonial: pensar e falar sobre(pondo a) o outro

A palavra religião designava comunidades de fé (diferindo de nação – comunidades de nascimento) até que, sob a secularização e o nascimento do Estado moderno, nação substitui religião como comunidade imaginada, o que, somado à noção de cultura (reformulada como cultura nacional) levou as pessoas a começarem a sentir-se parte de um Estado-nação e também de comunidades religiosas determinadas. Já as etnias designavam comunidades não necessariamente vinculadas a características físicas, e quando o termo raça substitui etnia (séc. XIX), acentuando os traços de sangue e cor da pele acima de outros caracteres comunitários, raça destila-se em racismo. **Esse racismo se define em racialização quando determinadas pessoas avocam e mantêm o privilégio de classificar as pessoas e influir em palavras ou conceitos desse grupo; como matriz classificatória, se estende ao plano interpessoal das atividades humanas.**

No que pertine aos negros, penso que a contribuição mais forte, do ponto de vista cultural, não é a de uma suposta religiosidade africanista pura (o que seria uma ficção). A marca religiosa negra mais significativa se faz na umbanda, que, dentre os fenômenos religiosos, é o que mais exprime o sincretismo religioso. Mas o que é a umbanda? É a mistura da religião católica com os ritos africanos.

Vejo sempre os negros, do ponto de vista religioso, presentes nas datas religiosas que também são católicas, como, por exemplo, o dia 02 de fevereiro, Dia de Iemanjá ou de Nossa Senhora dos Navegantes, o dia 08 de dezembro, que também é o dia da Justiça, o dia de Nossa Senhora da Conceição, também é reverenciada pelos negros.

Nunca vi os negros comemorando data religiosa exclusivamente sua. [grifamos] Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça do RS. **Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 70007609308 no Pleno do Tribunal.** Relator: João Carlos Branco Cardoso. Proponente: Federação das Indústrias do Estado do Rio Grande do Sul; Requeridos: Município de Porto Alegre e Câmara Municipal de Vereadores de Porto Alegre; Interessados: Procurador-Geral do Estado do RS e

Movimento Negro Unificado. Porto Alegre: Diário da Justiça do Estado do RS, publicado em 18/12/2007.

Essa matriz racial segue de pé, algo que se faz evidente ao observar os trechos decisórios compilados neste trabalho – importante lembrar que categorização racial se aplica não unicamente a pessoas, mas também a religiões (MIGNOLO, 2007, p. 42)

Ao pensar a América (re)colonizada, o lugar-comum daninho de que houve ou há encontro sincrético entre culturas ou civilizações é maliciosamente encobridor da dominação do ego europeu e seu mundo sobre o mundo do Outro indígena e afro. Dussel (2008, p. 59) aponta que não há, pela assimetria, uma comunidade argumentativa em que se respeite isegoria; há o encobrimento do mundo do Outro:

[...] vejo o quanto foi feliz o povo brasileiro em eleger como linha de conduta a tolerância e a integração racial.

O que mais destaca o Brasil no cenário internacional, contrastando com inúmeros países, é como ele conseguiu esse congraçamento maravilhoso de raças, religiões e culturas. Esse fenômeno, tão bem estudado por Gilberto Freire em “Casa Grande e Senzala”, deve-se ao português, principalmente.

Não sou um lusista fanático, não chegaria ao ponto de dizer que o Brasil é o resultado da grande aventura do português nos Trópicos, mas a contribuição portuguesa, que é tão importante quanto a contribuição do negro e quanto a contribuição do índio, na formação da nossa cultura, tem um toque peculiar. Dentro dessa argamassa cultural, serviu para abrandar e para integrar. Nunca para contrapor. Daí resultando essa maravilhosa compatibilidade de todas as culturas que foram se agregando ao caldo cultural inicial.

O português, de um modo original, liderou essa integração. O resultado foi tão bom que todos os demais segmentos étnicos que foram se agregando a este território, foram se adequando a esse modelo de convivência, tendo como base a harmonia.

Diria que, em matéria religiosa, o fenômeno mais interessante no Brasil é o fenômeno do sincretismo religioso. Do ponto de vista antropológico e sócio-cultural, o fenômeno que mais sobressai no nosso país, e que interessa a todos, é exatamente esse. [grifamos] Rio Grande do Sul. Tribunal

de Justiça do RS. **Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 70007609308 no Pleno do Tribunal**. Relator: João Carlos Branco Cardoso. Proponente: Federação das Indústrias do Estado do Rio Grande do Sul; Requeridos: Município de Porto Alegre e Câmara Municipal de Vereadores de Porto Alegre; Interessados: Procurador-Geral do Estado do RS e Movimento Negro Unificado. Porto Alegre: Diário da Justiça do Estado do RS, publicado em 18/12/2007.

En efecto, dicha exclusión se justifica por una argumentación encubiertamente teológica: se trata de la superioridad -reconocida o inconsciente- de la “Cristiandad”. Es decir, ningún “encuentro” pudo realizarse, ya que había un total desprecio por los ritos, los dioses, los mitos, las creencias [...]. Todo fue borrado con un método de tabula rasa. (DUSSEL, idem, ibidem).

O verniz racional da modernidade esconde em sombras escravidão, exploração, obliteração religiosa – que são tratadas como exceções e enganos, mas não como a lógica consistente da colonialidade e sua inevitabilidade para o avanço da modernidade (DAMAZIO, 2011, p. 100). Eduardo Restrepo e Axel Rojas (2010, p. 137) insistem: **a colonialidade do saber define-se a partir da arrogância epistêmica desse saber moderno, considerando-se portadora dos meios únicos ou mais adequados de acesso à verdade** (teológica ou secularizada), **o que instrumenta a manipulação dos mundos – natural e sobrenatural, lógico e mítico – segundo seus próprios interesses**. Daí o descarte de conjuntos inteiros de saberes das populações não-europeias, menosprezados, inferiorizados, dados como superstição ou ignorância que configura o caráter repressivo da colonialidade do saber com respeito a outras modalidades de conhecimento ou sujeitos epistêmicos.

Quijano (2014, p. 151) explica que a colonialidade – do ser e do saber – solidifica um padrão histórico mundial da articulação e dominação da subjetividade e intersubjetividade, submetendo e reidentificando populações e regiões, na prática incorporando histórias culturais já existentes, diversas e heterogêneas, articulando-as em uma monolítica ordem cultural global ocidental. A condição para isso é dada pela repressão sobre suas formas de produção de conhecimento, seus padrões de

produção de sentidos, seus universos simbólicos, padrões de expressão e objetivação da subjetividade, bem como pela imposição do aprendizado parcial da cultura dos dominadores em tudo que for útil para a reprodução dessa mesma dominação – obviamente também dentro do campo da atividade religiosa, redundando na colonização das perspectivas cognitivas e no despojo dessas populações de suas heranças intelectuais objetivadas. Santiago Castro-Gomez e Ramón Grosfoguel (2007, p. 145) aportam que essa colonialidade, **a negação das faculdades cognitivas nos sujeitos racializados** (Mignolo), **oferece a base para a negação ontológica** (e, a meu ver, teológica): não pensar (sob o cogito cartesiano) é sinal de não ser na modernidade, ceifando aqueles que não teriam uma religião organizada dentro desses padrões ocidentais. Esse **ceticismo misantrópico colonial/racial** redundante em **certeza racional**, para usar o termo dos autores, prospera em julgados no Brasil de hoje, que desconsideram grupos indígenas e afrodescendentes como portadores de religião por não observarem livros sagrados, hierarquias e monoteísmo².

Ao discorrer sobre a ideia de América Latina, Mignolo (2007, p. 42 a 46) lança mais bases para se entender a colonialidade do ser a partir das relações com os saberes subjetivos alheios em Bartolomé de Las Casas. A colonização dos séculos anteriores, como processo, não dista da estrutura de colonialidade observada hoje – os colonizadores definiram os indivíduos baseando-se na sua relação com os princípios teológicos do conhecimento ocidental, considerados superiores a qualquer outro sistema existente, a partir de Las Casas; este proporcionou a classificação racial (portanto racista) dos seres humanos em escala descendente dos ideais cristãos ocidentais como critério.

La categorización racial no consiste simplemente en decir “eres negro o indio, por lo tanto, eres inferior”, sino en decir “no eres como yo, por lo tanto, eres inferior”, designación que en la escala cristiana de la humanidad incluía a

los indios americanos y los negros africanos. (MIGNOLO, 2007, p. 43).

Sua descrição das classes de bárbaros propunha a inferiorização de todos os infiéis e pagãos, por não terem uma religião verdadeira ou abraçar a fé cristã, inclusive se fossem filósofos e políticos sábios (inobstante ainda os patamares de conhecimento secular próprios desses povos). Para Las Casas, “No existe nación (salvo las naciones cristianas) a la que no le falte algo o que esté exenta de fallos significativos [...]” (MIGNOLO, 2007, p. 43).

Retomando Bosi (apud MIGNOLO, 2007, p. 15-16), **a colonização como dilatação inextricável de Fé e Império é um projeto totalizante** cujos agentes são também “[...] crentes que trouxeram nas arcas da memória e da linguagem aqueles mortos que não devem morrer” (MIGNOLO, 2007). Esses mortos, bifrontes, defendem e agridem: em nome da mesma cruz que subjuga os indígenas e os negros, haverá quem peça para estes liberdade e misericórdia. “A questão nodal é saber como cada grupo em situação lê a Escritura, e interpreta, do ângulo da sua prática, os discursos universalizantes da religião” (MIGNOLO, 2007, p. 16). Não basta haver guarida a todos; ela tem de ser apenas para o grupo colonizador.

O exame que se procede é técnico e não contém qualquer restrição ao homenageado [Zumbi dos Palmares e a Consciência Negra] ou à comunidade que representa.

A data objeto do feriado não envolve “dia de guarda de acordo com a tradição local”, o que torna irrelevante perquirir se o Município está ou não dentro da cota de feriados que pode decretar. Nos dias que antecederam a data proposta para o feriado, publicou o jornal Zero Hora afirmação da Sra. Secretária de Direitos Humanos e Segurança Urbana no sentido de que “nós estamos dentro da cota de feriados que o município pode instituir”. E parece que na verdade o Município estaria enquadrado nas exigências quanto ao número de feriados, porque além da Sexta-Feira Santa são feriados municipais os dias de Nossa Senhora dos Navegantes (02 de fevereiro) e Corpus Christi (data móvel). Entretanto, não basta a existência de reserva de data, im-

2 Referimo-nos à profundamente infeliz e colonizada decisão do juiz da 17ª Vara Federal do Rio de Janeiro, no processo nº 0004747-33.2014.4.02.5101 (2014.51.01.004747-2).

põe-se que ela envolva “dia de guarda”, para manter a sua natureza religiosa. [grifamos] Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça do RS. **Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 70007609308 no Pleno do Tribunal.** Relator: João Carlos Branco Cardoso. Proponente: Federação das Indústrias do Estado do Rio Grande do Sul; Requeridos: Município de Porto Alegre e Câmara Municipal de Vereadores de Porto Alegre; Interessados: Procurador-Geral do Estado do RS e Movimento Negro Unificado. Porto Alegre: Diário da Justiça do Estado do RS, publicado em 18/12/2007.

Dussel (2008, p. 55, 58-59) afiança que todo o mundo imaginário indígena e afro era tido como demoníaco e como tal devia ser destruído; mundo do Outro interpretado como o negativo, satânico e intrinsecamente perverso:

O que ocorre na prática, todos nós sabemos, e o Colega [...] bem salientou, assim como vários Colegas com experiências pessoais nesse sentido, é que o povo de religiões africanas, via de regra, não pratica essas condutas, não faz parte da cultura esta prática. Mas [tinha de ter um “mas...”] ocorre que - e todos nós que conhecemos bem o ser humano e somos Juízes no crime sabemos bem disso - existem condutas diferenciadas. Por exemplo, no homicídio, existe o simples e o qualificado pelo emprego de meio cruel ou pela tortura. Essas condutas recebem apenamentos diferentes.

[...] Assim como 95 a 99% dos participantes de religiões africanas jamais incorrerão em práticas cruéis, haverá também aquele que vai praticar a crueldade, que vai matar um bode a porrada, sob o efeito de bebida alcoólica, se dizendo tomado por uma entidade. E isso é infração penal. Não importa se esta conduta for praticada dentro ou fora de um ritual religioso. [grifamos] Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça do RS. **Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 70010129690 no Pleno do Tribunal.** Relator: Araken de Assis. Proponente: Procurador Geral de Justiça; Requeridos: Assembleia Legislativa e Governador do Estado do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: Diário da Justiça do Estado do RS, publicado em 17/08/2005.

Vale este panorama com a sutil diferença de que, se na colonização primordial era útil conhecer as crenças do Outro a fim de não se deixar enganar o encarregado da fé ocidental, hoje se faz uma tábula rasa absoluta desses conhecimentos,

nem sequer arranhando o verniz de sistemas complexos como as religiões afro, resumidas no reducionismo perplexo (e útil) de macumba ou feitiçaria; é desejável manter distância cômoda da história real que denunciaria a hipócrita conquista espiritual, verdadeira dominação irrecusável religiosa sobre oprimidos. Afinal de contas, na essência desse ethos de dominação se encontra **“la certeza disciplinada del fanático (más peligroso, por su conciencia tranquila y hasta virtuosa, que el facineroso) que cumple diariamente sus deberes patrios y religiosos con escrupulosa conciencia moral de hacer avanzar el camino de la civilización [...]”** (DUSSEL, 1996, p. 69 e 93, grifei):

A propósito, para se ter idéia do assunto em sua real crueza, trago à colação o seguinte texto, in verbis: [...] (assunto extraído do livro - De longe também se ama – Recordações de uma vida no sul do Brasil e Alemanha – Elisabeth Maschler – Editora Sinodal – 2004, págs. 133/35). [o Desembargador cita três páginas inteiras de um relato de sacrifício de animais em terreira, pautado pela aversão da narrativa em tons aterradoramente demonizadores do culto] Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça do RS. **Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 70010129690 no Pleno do Tribunal.** Relator: Araken de Assis. Proponente: Procurador Geral de Justiça; Requeridos: Assembleia Legislativa e Governador do Estado do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: Diário da Justiça do Estado do RS, publicado em 17/08/2005.

Toda essa racional produção de sofrimento esculpe a figura do damnée, do condenado da terra, o sujeito colonizado que pode ser entendido pela **ferida colonial**: física ou psicológica, ela é uma consequência do racismo histórico (jamais rastreado na profundidade historiográfica merecida), do discurso hegemônico que põe em questão a humanidade de todos os que não pertencem ao mesmo locus de enunciação e geo/geopolítica daqueles que criam os parâmetros classificantes outorgando-se tal direito de classificar (MIGNOLO, 2007, p. 34). Aimé Césaire (1955, p. 13) é claro: “Eu, eu falo de sociedades esvaziadas de si próprias, de culturas espezinhas [...], de religiões assassina-das, de extraordinárias possibilidades suprimidas.”

Isso é o Brasil, cuja história se diferencia do que ocorreu recentemente na África, por exemplo. Vejam a desgraça de Angola, a desgraça de Moçambique. As coisas não iam bem em Angola, não iam bem em Moçambique, todo mundo sabe, mas se tornaram terríveis no momento em que movimentos radicais lá assumiram o poder e enxotaram os brancos de lá, expulsaram os portugueses de Angola, massacraram os portugueses de Moçambique, invadiram fazendas, estupraram mulheres brancas, fizeram com que praticamente toda a população branca, que era importante, que contribuía economicamente para aqueles países fosse obrigada a fugir de Moçambique. Tudo isso foi insuflado por movimentos marxistas de fora, gente que não era de lá, mas que foi para lá insuflar, radicalizar. Isso representou a desgraça para aqueles povos, derramamento de sangue, uma revolução que durou de 1974 até quase os nossos dias em Angola e Moçambique.

Hoje, aqueles países estão desgraçados, estão mergulhados na miséria, numa situação das mais dramáticas e das mais caóticas da face da terra.

Nós, no Brasil, felizmente, estamos muito longe disso, porque conhecemos aqui a harmonia social e racial. Temos os nossos problemas sim, mas não é pela radicalização que vamos resolvê-los, nem instituindo feriado religioso de cunho racial.

Então, com a máxima vênia de entendimentos em contrário, acompanho em todos os aspectos o voto do eminente Relator, agregando essas considerações de ordem antropológica e política, ponderando que nós, magistrados, que também somos um dos poderes políticos no Estado, somos também sensíveis aos problemas da nossa gente. [grifamos] Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça do RS.

Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 70007609308 no Pleno do Tribunal. Relator: João Carlos Branco Cardoso. Proponente: Federação das Indústrias do Estado do Rio Grande do Sul; Requeridos: Município de Porto Alegre e Câmara Municipal de Vereadores de Porto Alegre; Interessados: Procurador-Geral do Estado do RS e Movimento Negro Unificado. Porto Alegre: Diário da Justiça do Estado do RS, publicado em 18/12/2007.

E Bosi (1996, p. 59-62) sincronizadamente ensina que a formação de um complexo dialético formado de tempos sociais distintos, cuja simultaneidade é estrutural pela compresença no tempo de dominantes e dominados, estrutura a contradição: o

olho do colonizador não perdoou, ou mal tolerou, a constituição do diferente e a sua sobrevivência. Sempre, diz ele, um culto vale-se de sua posição dominante para julgar o culto do outro, redundando em uma colonialidade incessante em que não há só o retardo, no mundo dos símbolos, da democratização, mas também sua mutante inviabilização. Essa ferida colonial é incessantemente esfregada com limão e sal.

Há uma referência a Municípios que têm como feriado o Dia do Colono, Dia do Motorista (São Marcos) e similares. No entanto, esses Municípios destinaram estes dias a um santo e, por isso, são feriados religiosos. O feriado não é por causa do colono ou do motorista. São feriados religiosos do Município em que se deu esta conotação paralela. Mas é um feriado religioso. Aliás, como destacou o eminente Procurador na tribuna, isso poderia ter sido feito pelo Município de Porto Alegre (escolhendo qualquer ente relacionado a religiões afro, conjugando com a evocação pretendida em consideração à raça negra), e ninguém questionaria a constitucionalidade da Lei Municipal. Mas, por cópia, por açodamento, por outros interesses, se terminou ingressando, ao meu gosto, em rematada inconstitucionalidade. [grifamos] Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça do RS. **Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 70007609308 no Pleno do Tribunal**. Relator: João Carlos Branco Cardoso. Proponente: Federação das Indústrias do Estado do Rio Grande do Sul; Requeridos: Município de Porto Alegre e Câmara Municipal de Vereadores de Porto Alegre; Interessados: Procurador-Geral do Estado do RS e Movimento Negro Unificado. Porto Alegre: Diário da Justiça do Estado do RS, publicado em 18/12/2007.

Laicismo, jurisdição e (re)colonialidade perene

A secularização tem sido o rumo político menos impossível em meio a conflitos e independências, acompanhada da narrativa de um discurso racional e não-religioso, aglutinante de territórios fragmentados. A nova doutrina legitimadora do poder político à margem do discurso religioso prefigura o invento

do Estado moderno em sua laicidade. Mignolo (2010, p. 104-105) assenta que uma dissociação – diríamos de direito, mas não de fato, nem como pantomima – entre Estado e Igreja, como preconizada pela modernidade, não é necessariamente a via efetiva para prometer ou garantir justiça, democracia e igualdade.

Mignolo (2007, p. 108) identifica que a onda de independências da América do Sul ³ no século XIX teve caráter político e (relativamente) econômico, mas de modo algum epistêmico; dessa forma, **nos países da América do Sul, os modos de pensamento religiosos (e seculares) em que se ancoravam a teoria política e a economia política não foram questionados.**

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE - LEI Nº 9.252/03 QUE ESTABELECE FERIADO EM HOMENAGEM AO DIA DA CONSCIÊNCIA NEGRA - LEGITIMIDADE DA PROPONENTE – PERTINÊNCIA TEMÁTICA - A COMPETÊNCIA DO MUNICÍPIO PARA INSTITUIR FERIADOS SE RESTRINGE AOS RELIGIOSOS EM NÚMERO NÃO SUPERIOR A QUATRO, AÍ INCLUÍDA A SEXTA-FEIRA SANTA, DE ACORDO COM A TRADIÇÃO LOCAL [...]

Os feriados civis são os declarados em lei federal mais a data magna do Estado, fixada em lei estadual, e os religiosos são os dias de guarda, declarados em lei municipal, de acordo com a tradição local e em número não superior a quatro, neste incluída a Sexta-Feira da Paixão.

Como se vê, a competência municipal se restringe ao caráter religioso da data e ao número não superior a quatro, incluída a Sexta-Feira da Paixão. Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça do RS. **Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 70007609308 no Pleno do Tribunal**. Relator: João Carlos Branco Cardoso. Proponente: Federação das Indústrias do Estado do Rio Grande do Sul; Requeridos: Município de Porto Alegre e Câmara Municipal de Vereadores de Porto Alegre; Interessados: Procurador-Geral do Estado do RS e Movimento Negro Unificado. Porto Alegre: Diário da Justiça do Estado do RS, publicado em 18/12/2007. [grifamos]

A sede do problema está, segundo ele (MIGNOLO, 2007, p. 88), no fato de que as diversas comunidades de criollos e

mestiços, de todos os estratos possíveis na ampla gama de gênero, classe, convicções políticas, se encontraram na situação de ter de inventar-se a si mesmas na independência, e o fizeram mediante a restituição da civilização mais viável, ou seja, nem a indígena nem a africana, mas a europeia, denegando a potência densamente civilizadora dos pensamentos indígena e afro.

Dussel (1974, p. 219-220) assevera que, a partir de 1870, o auge do imperialismo-liberalismo desenha a implantação do pragmatismo positivista como ideologia e – dentro do espectro spencerista, prevalecente em regiões como o Rio Grande do Sul – o **secularismo como luta contra a religiosidade popular.**

Quanto à alegada afronta ao inciso VI, do art. 5º, da Carta Magna [...] A decisão agravada não proibiu a realização do culto, mas, a utilização neste de; 'objetos que produzam ruídos em níveis superiores aos determinados pela NBR 10.152/2000 da ABNT, de acordo com a Resolução CONAMA 01/90 e com o art. 227 do Código Estadual do Meio Ambiente, lei estadual 11.520/2000', inclusive afirmando que, 'isto até que os demandados providenciem no isolamento acústico adequado ao local'.

Destarte, a decisão agravada aplicou a medida mais plausível para o caso em tela neste momento, diante da prova existente aos autos...

Quer dizer, já naquela oportunidade, quedou-se incontroverso o fato de que o ruído provocado pelas sessões de umbanda realizadas pelos demandados perturbava o sossego da vizinhança, especialmente o dos autores. Ademais, do contexto probatório exsurge incontestável que os ruídos estão acima dos níveis toleráveis, mesmo considerada a alegada falta de capacitação técnica do firmatário do 'Relatório de Vistoria e Medição de Ruído' (fls. 137/138), pois, sons acima de 71 decibéis, quando a legislação específica no assunto determina, no máximo, 45 decibéis para o período noturno, sem dúvida, é demasiado.

Todavia, proibir a prática do culto religioso, como referido na r. decisão monocrática, penso não ser a melhor solução para o caso concreto, pois, a determinação de que os réus se abstenham de praticar cultos de macumba [sic]⁴, salvo melhor juízo, viola direito constitucional de liberdade de

3 Considero decolonialidade passar a tratar a América "Latina" (explicada como ideia em MIGNOLO, 2007) como América do Sul, ou seja, a situada ao sul do Rio Grande (Kusch).

4 Macumba é termo construído como depreciativo com relação às práticas espirituais afro. Vide: AMORIM, Marcos Paulo. Macumba no imaginário brasileiro: a construção de uma palavra. Anais do II Simpósio de Pesquisa da Fundação Escola de Sociologia e Política. São Paulo: FESP, 2013.

crença, devendo, pois, aos réus, possibilitar o livre exercício do culto que optaram, porém, nos termos da lei. [grifamos] Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça do RS. **Apelação Cível N° 70008081911 na 18ª Câmara Cível**. Relator: Mário Rocha Lopes Filho. Apelantes: Paulo Roberto Ilha Rodrigues e outros; Apelada: Elaine da Rocha Soares Trindade. Porto Alegre: Diário da Justiça do Estado do RS, publicado em 20/05/2004.

Aqui reside um problema: o borrão dos limites entre secularização-secularidade e secularismo egopolítico, arregimentador de ódios de parte a parte nos campos da religiosidade e da descrença. O que não mudou, segue Dussel (2009, p. 258-259), foi um elemento fundamental da matriz de poder colonial: as esferas de colonialidade, ou seja, o controle sobre a economia, a autoridade, o gênero, a sexualidade e a subjetividade, mediante o controle do conhecimento. Controlar o conhecimento e o seu uso (jurídico-político) também tem implicações quando se entrelaçam realidades controladas, como o ambiente (parte da economia, na colonialidade) e a religiosidade, podendo usar uma como flagelo da outra:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MEIO AMBIENTE. DANO. POLUIÇÃO SONORA. ESTABELECIMENTO RELIGIOSO AFRO-BRASILEIRO. TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA DESCUMPRIDO. CESSAÇÃO DA PO-LUIÇÃO SONORA DEPOIS DA CITAÇÃO [...]

No caso vertente, foi noticiada pela PATRAM [as religiões afro permanecem caso de polícia] à fl. 48 a inexistência no local do Centro Afro Reino de Ayo e Ogum, conforme os seguinte termos: [...]

Desse modo, uma vez que não há mais emissão de poluen-tes sonoros e risco de danos ao meio ambiente e à saúde pública, perdeu-se o objeto da presente ação, que deve ser extinta. [...]

Verifica-se nos autos que, até a citação, a demandada ainda mantinha em atividade alegadamente danosa ao meio ambiente, seu estabelecimento religioso no local apontado na inicial, de lá se mudando somente depois que foi intimada a cumprir liminar que determinou a cessação da alegada causa de poluição sonora sob pena de multa arbitrada em R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Realmente, a alteração da situação de fato diante de de-terminação judicial não por ser compreendida como perda do objeto da ação, e sim como reconhecimento do direito, o que implica necessidade de julgamento de mérito da de-manda. [...]

Assim sendo, mister a complementação da prestação jurisdicional, tendo em vista que a magistrada a quo não apre-ciou o pedido reparatório do alegado dano ambiental, não sendo possível a análise dessa matéria de fato e de direito diretamente nessa sede recursal, sob pena de supressão do primeiro grau de jurisdição.

3. Ante o exposto, autorizada pelas normas que se extraem do art. 557 do CPC, **dou provimento** ao apelo para des-constituir a sentença, determinando o retorno dos autos à origem para complementação da prestação jurisdicional. [grifamos] Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça do RS. **Apelação cível n° 70034138172 na Segunda Câmara Cível**. Relatora: Sandra Brisolará Medeiros. Apelante: Ministério Público; Apelado: Centro Afro Reino de Ayo e Ogum. Porto Alegre: Diário da Justiça do Estado do RS, publicado em 18/04/2012.

Para Boholavsky (2013, p. 40-42), a religião sempre tem sido problema para o Estado, mas a política não é menos conflitiva para a religião. O espaço da laicidade nas sociedades foi sendo (re)definido conforme a capacidade dos atores – não segundo o caminho da secularização, já descrito por Dussel, o que seria uma leitura ingênua do projeto da modernidade e da ilustração. Boholavsky e também Simone Coutinho (2014, p. 46-47) explicam que há dois fronts abertos: o dos interesses institucionais e simbólicos – o primeiro objetivando conseguir dividendos para as igrejas, e o segundo visando instituir leis que reconheçam a cultura cristã sobre outras e conseguir maior espaço simbólico, como nomear praças e logradouros com símbolos religiosos e instituir feriados – também negando esse espaço simbólico disputado a outras culturas⁵. Dois capítulos notórios e recentes - a

⁵ Por exemplo, negar via ADIN que lei municipal estabeleça festividades de religião afro com o mesmo tipo de aporte de recurso público (financeiro ou não) de que já dispõem festividades católicas no mesmo espaço. Todo o julgado gira no entorno de argumentos que poderiam ser aplicados, sem pejo, sobre qualquer manifestação de religiosidade. Vide: Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça do RS. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 70057519886 no Órgão Especial**. Relator: Rui Portanova. Proponente: Prefeito Municipal de Pelotas; Requerida: Câmara Municipal de Pelotas. Porto Alegre: Diário da Justiça do Estado do RS, publicado em 23/10/2014.

sanção da presidente Dilma Rousseff das Leis 12.590/2012 (que insere o artigo 31-A na Lei Rouanet) e 13.246/2016 (com a cômica da ampla divulgação à proclamação do Evangelho!!!!!!!!!!!!), são o marco na viragem para o estado teocrático no Brasil, por debochadamente inconstitucionais que são. Mais que o avanço da promiscuidade de um Estado refém de confissões religiosas articuladas pesando negativamente sobre decisões políticas importantes, surge a tremenda hipocrisia: a depender de qual teo-política está inscrita em textos normativos, fazem-se ouvidos moucos e vistas grossas.

ADMINISTRATIVO. LICENÇA DO MUNICÍPIO PARA FUNCIONAMENTO. TEMPLO RELIGIOSO. NECESSIDADE. PODER DE POLÍCIA.

1. O templo religioso, a despeito da imunidade tributária e da liberdade de crença, há que ser licenciado pelo Município, em razão de seu poder de polícia, para verificar, dentre outras, as condições de segurança, higiene e observância dos limites de emissão sonora.

[...]Eminente Presidente, V. Exa. foi muito feliz ao distinguir exatamente o aspecto legal do aspecto religioso [sic]. Não se está a exigir aqui um bill de demonstração se a religião é válida ou não, se é boa ou ruim. Não é disso que trata o Município. Isso é secundário.[...]

O Município pode exigir que se apresentem esses documentos, a fim de autorizar por meio de um alvará. A própria seita ou religião tem a obrigação de ir à procura disso para se legalizar no sentido de efetivamente cumprir com as posturas municipais, de demonstrar que aquele local é seguro, apropriado e higiênico para a realização de culto ou outra atividade que possa trazer potencial perigo à sociedade [...].

O Estado, como ente criado pela sociedade para reger esses comportamentos no âmbito municipal, impõe a necessidade de que qualquer pessoa se adeque aos seus comandos, porque, muitas vezes, o exercício da liberdade religiosa pode atentar contra outros exercícios de outras liberdades[isso foi dito com um crucifixo na parede da sala do TJ]. Se a Casa de Mãos Dadas exercitar o seu direito de liberdade religiosa ao extremo como ficaria outra seita religiosa, outro comportamento religioso que pretendesse também na mesma esteira exercer absolutamente essa liberdade religiosa? [grifamos] Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça do RS. **Apelação Cível nº 70004096707 na 4ª**

Câmara Cível. Relator: Araken de Assis. Apelante: Município de São Leopoldo; Apelado: Marcelo Daniel Müller. Porto Alegre: Diário da Justiça do Estado do RS, publicado em 15/10/2002.

Há Estado que atue pela laicidade quando se trata da religiosidade afrodescendente; e ele tira férias ao cuidar da retroversão do cristianismo sobre o direito – é a racialização alçada a **processo de colonialidade sobre o Estado por parte de confissões religiosas** (BOHOLAVSKY, p. 38-39), posto que: a) não se promove a igualdade de direitos entre os crentes e descrentes, ou pior, desponta um **regime jurídico-político que privilegia igrejas registradas e seus fiéis, consolidando a diferença colonial**; b) rechaçam de plano a ideia de que o Estado permaneça isento de influências cristãs (lembramos: a religião oficiosa da colonialidade) em seus fundamentos, políticas públicas e legislação; c) entendem que a liberdade de consciência e religião não implicam aceitar – nem respeitar! – direitos da diversidade; e d) **operam no plano da narrativa sócio-histórica, provendo o séquito dos repetidores de sua plataforma política com um arsenal de negação – e inversão – dos papéis de colonizador e colonizado, vítima e opressor, como é demonstrado** pelos argumentos de “privilégio” de uma religião de matriz africana e conseqüente projeto de sua criminalização (este último item, da nossa lavra).

Nesse contexto, verifico que a lei estadual, ao permitir o sacrifício de animais somente para as religiões de matriz africana, cria um **privilégio apenas para uma religião** – em detrimento da demais e também adeptas desses rituais –, atentando contra o princípio da igualdade – art. 5º da Constituição Federal.

[...] [outro desembargador em seguida toma a fala e desmonta a racialização:] Quando freqüentador das ditas e chamadas casas de religião, das quais de uma eu fui dirigente, nunca vi alguém sacrificar um animal com crueldade. A morte é limpa e rápida. Não existe esta de ecologista de final de semana dizer que em casa de religião se pratica crueldade contra animais. [...]

[outro voto:] com relação à inconstitucionalidade material, quero retirar do ordenamento jurídico essa norma que, parece, daria um salvo-conduto aos praticantes do culto, no

sentido de que poderiam sacrificar com crueldade. Os cultos de origem de matriz africana, estão liberados, possuem o salvo-conduto. Acho que isso não é possível, mesmo que não sejamos legisladores positivos, estamos aqui para decidir a controvérsia.[...]

[mais outro voto:] Quer dizer, dando, como salientou o Colega [...], um salvo-conduto para a prática de todas essas condutas elencadas como proibidas.

[...] Não estamos discutindo liberdade religiosa neste julgamento. O que estamos discutindo é a infelicidade da criação desta Lei Estadual nº 12.131, que, por meio da criação deste parágrafo único, quer liberar geral pessoas que, eventualmente praticando sacrifícios de animais, o façam daquela forma proibida. [...]

Então, agora, vêm os Colegas e dizem, o próprio Relator diz, que não vão deixar de aplicar a lei, mas, se prevalecer esse parágrafo único malsinado [!!!], aquele que praticar a crueldade desnecessária vai ter alforria[pasmos: chega-se a usar o termo aplicado à escravidão para, séculos depois, impichar demonização a uma prática cultural afrodescendente] para, depois, no processo criminal, alegar: “bom, a mim não pode ser aplicada pena, porque estou sob o manto de ter praticado essa ação em um ritual religioso”.

Então, o Promotor vai dizer: “você estava praticando esta ação num ritual religioso, mas estava sob o efeito de cachaça, estava embriagado ao último. Você matou este bode com crueldade, com porradas, levou 20 minutos para eliminar esse bode coitado, para depois dizer para algumas pessoas ignorantes que você está tomado por uma entidade religiosa”. E, aí, o Promotor não vai poder fazer nada, porque há um texto de lei, consubstanciado nesse parágrafo único, que está liberando geral. [...]

A Carta Maior diz ser inviolável a liberdade de crença e de consciência, assegurando o livre exercício dos cultos religiosos (artigo 5º, inciso VI) e, sendo assim, quando a lei estadual permite o sacrifício de animais somente para as religiões de matriz africana, privilegia apenas uma dentre tantas outras religiões que também utilizam rituais com sacrifício de animais⁶. A norma objurgada, neste aspecto, cria exceção, distinguindo somente as religiões com raízes afri-

canas, atentando contra o princípio da igualdade, inserto no artigo 5º caput, de observância obrigatória e criando preferências num estado laico, com vedação expressa no artigo 19, inciso III, ambos da Carta Maior. Por isso, fazendo distinção que a própria Constituição da República não faz, e violando a organização político-social expressando preferência ao excepcionar determinada expressão religiosa, padece ela da eiva de inconstitucionalidade. [...]

[outro voto:] Apenas para justificar, resumo o meu ponto de vista no entendimento de que não poderia o Estado legislar a respeito [...], e isso para privilegiar uma crença religiosa[...]

[outro voto:] Inconstitucional também sob o ponto de vista material, considerando que a lei estadual, privilegiando apenas uma dentre tantas outras religiões que utilizam rituais com sacrifício de animais, atenta contra o princípio de igualdade, criando preferência. [grifamos] Tribunal de Justiça do RS. **Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 70010129690 no Pleno do Tribunal.** Relator: Araken de Assis. Proponente: Procurador Geral de Justiça; Requeridos: Assembleia Legislativa e Governador do Estado do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: Diário da Justiça do Estado do RS, publicado em 17/08/2005.

Santiago Castro-Gomez (1996, p. 42) alerta para a degeneração em modelos autoritários de convivência social, em que a homogeneidade e o consenso só são assegurados a partir do exercício despótico de um **metacritério religioso** (e econômico, político e social).

A lei municipal em referência visa a estabelecer o Dia da Consciência Negra, como fruto de descoberta ideológica, a título de feriado religioso. Para a nossa sorte, não temos, sob o prisma religioso, um dia de Consciência Negra, um dia de Consciência Branca, um dia de Consciência Amarela. Há, do ponto de vista antropológico, o dia do índio, o dia do colono, o dia da abolição da escravatura.

O movimento negro pretende converter o dia da afirmação do negro (dia da consciência negra) em feriado religioso.

A proposta não encontra sustentação na realidade.

E isso, cabe a nós, Desembargadores do Órgão Especial dizer agora, no julgamento dessa ADIN. [grifamos] Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça do RS. **Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 70007609308 no Pleno do Tribunal.** Relator: João Carlos Branco Cardoso. Proponente:

6 Que se saiba, no Brasil o abate animal associado a alguma prática religiosa é aquele voltado às religiões abramícas (judaísmo e islamismo) para a purificação da carne a ser consumida – e, ao menos na alçada do TJ/RS, o assunto não foi suscitado, senão para dar guarida a tais práticas, no que concerne à exportação de proteína animal para o Oriente Médio – Ação Civil Pública nº 70016868747, 11ª Câmara Cível.

Federação das Indústrias do Estado do Rio Grande do Sul; Requeridos: Município de Porto Alegre e Câmara Municipal de Vereadores de Porto Alegre; Interessados: Procurador-Geral do Estado do RS e Movimento Negro Unificado. Porto Alegre: Diário da Justiça do Estado do RS, publicado em 18/12/2007.

Conclusões (algumas)

Se vale para muçulmano, vale para africano; se vale para africano e muçulmano, vale para judeu; se vale para judeu, africano e muçulmano, vale para católico.

A nossa Constituição é clara, há liberdade de culto no País. Felizmente, em 1889, quando proclamaram a República, afastaram a religião do Estado. O Estado é laico, o Estado não se mete em religião. Então, cada um que professe a sua fé, cada um que se beneficie e ore a Deus ao seu modo. Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça do RS. **Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 70010129690 no Pleno do Tribunal.** Relator: Araken de Assis. Proponente: Procurador Geral de Justiça; Requeridos: Assembleia Legislativa e Governador do Estado do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: Diário da Justiça do Estado do RS, publicado em 17/08/2005.

Mesmo que possa parecer cherrypicking estabelecer alguma conclusão em meio a relativamente poucos julgados, pode-se propor um estudo mais amplo (já que o próprio espaço do trabalho não o permite). Contudo, é oportuno lembrar que a lógica colonial ínsita nas práticas e discursos utiliza a retórica como ferramenta que permite dissimular e defletir aspectos de racialização em um todo.

Há a presença clara dos aspectos de secularismo, racialização e colonização de saberes e crenças, como componentes da colonialidade, nos trechos destacados de decisórios do tribunal gaúcho. Seria possível mitigar tais aspectos da hegemonia retórica, da oclusão de saberes em subjetividades, por meio da ideia sempre presente de que não há – e pode nunca haver – lugares raciais, ideológicos nem ideológicos seguros.

Referências

- BOHOLAVSKY, Ernesto. **Laicidad y América Latina.** Cidade do México: UNAM, 2013.
- BOSI, Alfredo. **Dialética da colonização.** 3.ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.
- CASTRO-GOMEZ, Santiago. **Crítica de la razón latinoamericana.** Barcelona: Puvill, 1996.
- CASTRO-GOMEZ, Santiago; GROSFUGUET, Ramón. **El giro decolonial: reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global.** Bogotá: Siglo del Hombre, 2007
- CASTRO-GOMEZ, Santiago; MENDIETA, Eduardo. **Teorías sin disciplina (latinoamericanismo, poscolonialidad y globalización en debate).** Cidade do México: Miguel Angel Porrúa, 1998.
- CÉSAIRE, Aimé. **Discours sur le colonialisme.** 4.ed. Paris: Présence Africaine, 1955.
- COUTINHO, Simone A. Barcelos. **Estado laico brasileiro e os desafios à sua efetividade no plano da representação política.** Monografia de Especialização em Direito Constitucional. Brasília: UNB, 2014.
- DAMAZIO, Eloize da S. Petter. **Colonialidade e decolonialidade da (anthropos)logia jurídica: da uni-versalidade a pluri-versalidade epistêmica.** Tese de Doutorado em Direito. Florianópolis: UFSC, 2011.
- DUSSEL, Enrique. **Método para una filosofía de la Liberación.** Salamanca: Ediciones Sígueme, 1974.
- _____. **Filosofía de la Liberación.** Bogotá: Nueva América, 1996.
- _____. **Hacia una filosofía política crítica.** Bilbao: Desclée de Brouwer, 2001.
- _____. **Política de la Liberación: historia mundial y crítica.** Madrid: Editorial Trotta, 2007.
- _____. **1492: el encobrimiento del outro – hacia el origen del mito de la modernidad.** La Paz: Biblioteca Indígena, 2008.

_____ **La idea de América Latina (la derecha, la izquierda y la opción decolonial).** In *Crítica y Emancipación*, n° 2, pp. 251-276. Buenos Aires: CLACSO, 2009.

_____ **Meditaciones anti-cartesianas: sobre el origen del anti-discurso filosófico de la modernidad.** In *Tabula Rasa*, núm. 9, pp. 153-197. Bogotá: Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca, 2008. (b)

_____ **Transmodernity and interculturality: an interpretation from the perspective of philosophy of liberation.** In *TRANSMODERNITY: Journal of Peripheral Cultural Production of the Luso-Hispanic World*, vol. 1, 3. University of California, 2012.

FUNES, Patricia. **Historia minima de las ideas políticas en America Latina.** Cidade do México: El Colegio de Mexico, 2014.

LANDER, Edgardo. **La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales.** Buenos Aires: CLACSO, 2000.

MIGNOLO, Walter. **La idea de America Latina: la herida colonial y la opción decolonial.** Barcelona: GEDISA, 2007.

_____ **Desobediencia Epistémica.** Buenos Aires: Ediciones del Signo, 2010.

QUIJANO, Aníbal. **Des/colonialidad y buen vivir.** Santiago de Surco: Universidad Ricardo de Palma, 2014.

RESTREPO, Eduardo; ROJAS, Axel. **Inflexión decolonial: fuentes, conceptos y cuestionamientos.** Popayán: Universidad del Cauca, 2010.

CULTURA DO MEDO: IMPACTOS SOCIAIS E NA POLÍTICA CRIMINAL BRASILEIRA*

VINÍCIUS WILDNER ZAMBIASI**

* Eixo Temático: Direito Fundamental à Segurança e o Direito de Liberdade.

** Advogado, bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais (Universidade de Passo Fundo) e pós-graduando em Direito Público (Fundação Escola Superior do Ministério Público).
E-mail: viniciuszambiasi@gmail.com

Resumo

O presente estudo pretende analisar os reflexos sociais, econômicos e eleitorais gerados pela cultura do medo na sociedade e na política criminal brasileira, bem como quão profunda é a influência midiática nesse processo. É sabido que a população brasileira vive permeada pela incessante sensação de insegurança, ao passo que a mídia, de maneira sensacionalista, utiliza a criminalidade como produto a ser vendido aos espectadores-consumidores, ocasionando a criação de um estereótipo da figura do delinquente e clamor social por medidas mais repressivas diante da criminalidade, gerando a expansão de um Direito Penal segregador e meramente simbólico, ao passo que a camada mais frágil da sociedade segue subjugada e carente de políticas públicas que atendam às suas reais necessidades.

Palavras-chave: Cultura do Medo; Direito Penal; Expansão; Mídia; Simbólico.

Abstract

This study intends analyze the social, economic and electoral reflexes generated by the culture of fear in society and in the brazilian criminal politic, and how deep is the media influence in this process. It is known that the brazilian population lives permeated by incessant feeling of insecurity, while the sensationalized media uses criminality as a product to be sold to viewers-consumers, resulting in creating a stereotype of the offender's figure, and social clamor for more repressive measures against criminality, generating the expansion of a segregating and merely symbolic criminal law, while the weakest class of society follows subdued and lacking in public policies that meet their real needs.

Keywords: Culture of Fear; Criminal Law; Expansion; Media; Symbolic.

Introdução

Hodiernamente, com o crescente aumento nas taxas de criminalidade, constata-se que a delinquência gera danos não mais somente à vítima direta do fato, mas também a toda a sociedade, muito por conta da cultura do medo criada em volta dos delitos.

É inegável que a mídia – na condição de formadora de opinião – desempenha um importante papel na sociedade, tendo inclusive sido resguardado aos cidadãos, na Constituição Federal de 1988, acesso à informação sem qualquer restrição.

Entretanto, ao acessar qualquer veículo de informação, não raras vezes é possível se deparar com algum excesso midiático em cima de um “crime chocante”, criando a chamada “cultura do medo”, impulsionada pela espetacularização da criminalidade, em busca da obtenção de maiores índices de audiência, em detrimento do principal e originário papel dos meios de comunicação, que é informar o cidadão, fomentar o pensamento crítico e pressionar autoridades por respostas aos problemas encarados pela sociedade.

Diante desse panorama geral, o presente estudo tem o objetivo de analisar a influência direta da mídia, bem como quais são as consequências políticas, econômicas e sociais geradas pela cultura do medo.

Por fim, por meio de dados estatísticos colhidos diretamente de órgãos oficiais do governo, buscar-se-á concatenar as principais causas de mortalidade no Rio Grande do Sul, com o índice dos delitos mais cometidos aqui, e concluir se a pressão midiática existente é condizente com a realidade.

A cultura do medo e seus reflexos sociais

Medo, sociedade e controle

O medo – sentimento inerente ao ser humano que serve como útil sinal de alerta para perigos iminentes – é produzido por elementos que variam conforme a época. Dessa forma, tanto os objetos causadores quanto os meios socialmente escolhidos para combatê-los são determinados historicamente. Hodiernamente, pode-se afirmar que os temores vividos pela sociedade se relacionam não mais com as punições divinas ou forças místicas da natureza como era no passado, e sim com as consequências da modernização e do progresso, e com a decorrente desigualdade social gerada por estes (GAVÍRIA, 2010, p. 60).

Assim sendo, em alusão ao período conhecido como “Idade Pré-Histórica”, afirma-se que o medo foi um dos grandes responsáveis por fomentar o agrupamento de homens que deu origem à sociedade que conhecemos atualmente, uma vez que “a presença da morte obrigou os humanos a se organizarem em grupos cooperativos, base do que poderiam vir a ser as diferentes sociedades, que, por sua vez, necessitam estabelecer regras para preservar sua existência” (DIEFENTHAELER; NETO, 2011, p. 143).

Ou seja, frente a um universo pouco explorado e minado de perigos desconhecidos, a raça humana inevitavelmente descobriu que, caso se mantivesse coletivamente com seus semelhantes, teria maiores chances de sobrevivência. Outrossim, compreendeu também ser imprescindível que, para esse agrupamento de pessoas poder conviver em melhor harmonia, imperiosa era a criação de regras, às quais todos deveriam se submeter, dando origem ao protótipo que futuramente se desenvolveu e se tornou a sociedade atual.

Hoje em dia, diversas são as definições utilizadas para definir o corpo social de que fazemos parte: “sociedade ocidental

pós-industrial” (GIAMBERARDINO, 2015, p. 222), “sociedade de risco” (BECK, 2010, p. 10), “sociedade líquida pós-moderna” (BAUMAN, 1998, p. 30), etc. Independentemente da nomenclatura adotada, fato é que o mesmo sentimento de medo que em remotos tempos colaborou com o surgimento da sociedade hoje atinge considerável parcela da população, assolada pelo medo da criminalidade, dando origem à chamada “cultura do medo”, sendo que tal processo tem a colaboração direta dos veículos de comunicação.

Esse sentimento de insegurança é definido com maestria na obra “L’insécurité sociale: Qu’est-ce qu’être protégé?”, de Robert Castel, citada por Giamberardino:

A insegurança moderna não seria a ausência de proteção, mas sim o seu inverso, sua sombra levada sobre um universo social organizado em torno a uma busca sem fim por proteção ou uma intensa procura por segurança (...). A própria busca por proteção é que estaria a criar a insegurança. (GIAMBERARDINO, 2015, p. 224).

Dessa forma, na opinião do referido autor, compreende-se que a insegurança decorre não obrigatoriamente da falência do sistema preventivo e ressocializador estatal, ou do aumento das taxas de criminalidade, e sim como consequência natural da busca pela segurança, como sentimento intrínseco da utópica procura pela sensação de conforto pleno.

Em consequência, passamos a viver em um ambiente social que, de forma constante e indissociável, luta contra o medo, temendo um colapso ou uma catástrofe que nos atinja despreparados ou indefesos (CALLEGARI; WERMUTH, 2009, p. 443).

Efeitos desse sentimento de insegurança são visivelmente percebidos nas relações interpessoais, como no caso dos pais que desde cedo ensinam seus filhos a não conversar com estranhos, dos adultos que têm receio de interagir com desconhecidos, ou no gradativo abandono de ruas, praças e demais espaços públicos, especialmente após o anoitecer, pois há a evidente preocupação dos cidadãos em, frequentando tais espaços “fora de hora”, tornarem-se “alvos fáceis” dos criminosos.

Ainda, parcela da população – em especial aquela que tem condições financeiras de arcar com os custos da privatização da segurança, que em tese deveria ser pública – tende a somente se sentir protegida dentro de suas residências e condomínios fechados, os quais estão cada vez mais aparelhados com equipamentos que maximizam a sensação de proteção, tais como grades, alarmes, câmeras, cadeados, gerando verdadeira mercantilização da segurança. Diante dessa perspectiva, Bauman (1998, p. 24) expõe o crescimento de “comunidades onde os consumidores afortunados e felizes vivem e desfrutam de suas novas liberdades; [...] encarando suas casas e seus carros como muralhas de fortalezas permanentemente sitiadas”.

Importante salientar que esse sentimento de medo – por vezes abstrato, descabido e desproporcionalmente maior do que a realidade proporciona –, com a “evolução” da sociedade, e submetido a um processo de seleção estigmatizante e lombrosiano, foi sendo direcionado, por meio de um sistema penal seletivo e marcado pela repressão, comum à América Latina (BATISTA, 2007, p. 26), aos sujeitos que apresentam algumas características em comum, tais como cor da pele e classe social.

Dessa forma, o medo é direcionado contra aqueles que não se encaixam nos padrões normais e aceitáveis da sociedade. São classificados como “estranhos” ou consumidores falhos, e nos dizeres de Bauman (1998, p. 26), são submetidos aos rigores do sistema: “a busca da pureza pós-moderna expressa-se diariamente com a ação punitiva contra os moradores das ruas pobres e das áreas urbanas proibidas, os vagabundos e indolentes, em suma, aqueles taxados de classes perigosas”.

Logo, historicamente surge o Direito Penal, que desde os primórdios foi utilizado no Brasil (e em grande parte da América Latina) como instrumento de controle social contra as castas desfavorecidas, inclusive tendo dado origem ao termo “medo branco”, criado por Chalhoub (WERMUTH, 2011, p. 380), que remonta ao final do século XIX, quando a classe elitista branca buscava subterfúgios para institucionalizar a dominação sobre o negro, mesmo após o fim da escravidão, impondo-lhe dificuldades para que ascendesse socialmente.

Seguindo nessa linha, Vera Batista (2005, p. 369), acreditando que o Direito Penal ainda segue tal vertente ideológica, defende que o medo é utilizado pela classe conservadora brasileira como forma de subjugar as forças populares, primeiramente buscando associar as suas vitórias ao caos e à desordem, e posteriormente difundindo o medo destes, a fim de disciplinar e controlar as classes sociais desfavorecidas.

Nessa perspectiva, Wermuth destaca que, com o surgimento de uma “classe perigosa”, nas últimas cinco décadas ocorreu uma modificação no processo de criminalização, sendo embasado implicitamente pelo já tratado “medo da insurreição”, agora não mais do escravo, mas sim do subalterno, pertencente às camadas fragilizadas da sociedade, tendo como métodos de subjugação, intimidação e controle social o medo e o Direito Penal.

E o fato de alguns cidadãos serem considerados “mais suspeitos” do que outros decorre justamente da posição subalterna ocupada pelas massas ex-escravas no período, a demonstrar que o fato de o surgimento do conceito de “classes perigosas” como sinônimo de “classes pobres” coincidir com o período pós-abolição não é, na verdade, pura coincidência, mas decorre justamente de uma necessidade maior de justificar o controle dessa população, já que estava inviabilizado o recurso às políticas de dominação típicas de cativo. (...) Portanto, o sistema punitivo brasileiro já nasce com uma missão bem definida: segregação e, sempre que esta for insuficiente, eliminação dos riscos representados pela existência das classes perigosas. (WERMUTH, 2011, p. 383).

Dito isso, é possível compreender melhor a influência exercida pelo medo na sociedade, desde os mais remotos tempos até os dias atuais, bem como o importante papel desempenhado pelo Direito Penal. A seguir, tratar-se-á da função e influência da mídia na disseminação da cultura do medo.

O papel da mídia na cultura do medo

Em geral, os veículos de comunicação, sejam eles impressos, sejam digitais, sejam televisionados, devido a sua ampla

inserção nos lares brasileiros, exercem grande influência na formação da opinião pública – responsável por apontar a linha de pensamento de determinados grupos sobre questões específicas.

Por sua vez, a mídia de massa – ou mass media –, com o intuito de preencher a grade de programação e explorar o potencial econômico desse “produto ofertado”, recorrentemente adota uma postura sensacionalista em relação à criminalidade, em especial aos chamados “crimes bárbaros”, aqueles que, via de regra com emprego de violência ou grave ameaça à vítima, têm capacidade de causar comoção nos espectadores, assumindo um papel meramente de entretenimento, em detrimento do caráter informativo.

Corroborando a existência de um viés meramente lucrativo em determinados veículos de comunicação, Litvin entende que “hoje se pergunta se a informação é rentável e não mais se ela é verdadeira” (2007, p. 77).

No que tange ao poder de alcance da mídia, não obstante a internet tenha, de maneira imensurável, facilitado e acelerado o acesso a informações, Carvalho Júnior utiliza os ensinamentos de Eugênio Bucci a fim de demonstrar que essa abrangência se dá com maior incidência nas populações latino-americanas, as quais, não coincidentemente, foram (e em alguns casos, ainda são) historicamente subjugadas e doutrinadas a receber imposições de agentes externos:

A influência da TV tende a ser maior na pobreza do que na riqueza, maior em continentes como a América Latina do que nos Estados Unidos”. Nos países mais ricos, prossegue o autor, “a imprensa escrita, a família e a escola fazem a mediação da influência da televisão, e há leis que estabelecem limites para as grandes redes. (CARVALHO JR., 2009, p. 5).

Nessa senda, os meios de comunicação de massas, que têm a importante função social de informar o cidadão, instigar o seu pensamento crítico e reflexivo, bem como pressionar autoridades públicas na busca de ações mais satisfatórias aos anseios da comunidade, reiteradamente deixam de lado essas importantes atribuições, para veicular meros relatos factuais e histórias

individuais que causem comoção social, visando somente mais elevados índices de audiência e aumento dos investimentos dos patrocinadores.

Sobre os “casos chocantes” que ganharam amplo destaque na mídia, são inúmeros os que podem ser citados como exemplo, ganhando preferência quando dizem respeito a crimes violentos e vítimas vulneráveis, vide “Bandido da Luz Vermelha”, “Chico Picadinho” e “Fera da Penha”, em meados da longínqua década de 1960, ou mais recentemente, o “Sequestro do Ônibus 174”, “Richthofen”, “Goleiro Bruno e Eliza Samúdio”, “Maníaco do Parque”, “Estuprador Adriano da Silva”, “Caso João Hélio”, “Menino Bernardo”, “Isabella Nardoni”, dentre tantos outros.

Não é incomum que a mídia, em casos como os citados acima, extrapole o seu papel de informadora, assumindo simultaneamente a postura de julgadora (ainda que indiretamente), uma vez que transmite exaustivamente a cobertura dos fatos, sub-rogando-se no papel de quem investiga, processa, sentencia e até mesmo condena o suspeito, instaurando uma espécie de processo criminal informal e desprovido de garantias.

Como resultado prático disso, a população, em vez de discutir sobre temas relevantes e recorrentes no dia a dia, como a desigualdade e o preconceito sofrido por milhões de indivíduos, tende a isolar-se socialmente, sentindo-se insegura e amedrontada, como também passa a clamar pelo endurecimento de medidas repressivas.

Ou seja, com essa abordagem tendenciosa e espetacularizada adotada pelos canais de comunicação, acaba-se por gerar nos telespectadores sentimentos de medo, fúria e vingança, contribuindo para que estes, em vez de desenvolverem um senso crítico e reflexivo acerca dos reais problemas da criminalidade, apenas aceitem as representações televisionadas, produzindo clamor social por soluções duras e políticas criminais repressivas, mesmo que estas já tenham se mostrado insuficientes e ineficazes (PASTANA, 2003, p. 101).

Nesse mesmo sentido, insta salientar que a mídia também tem grande parcela de responsabilidade na estigmatização de classes sociais em razão do local de sua moradia, tendo como

maior exemplo a forma como as favelas e periferias são retratadas em notícias e reportagens, sendo estas localidades, na ampla maioria das vezes, apresentadas como ambientes onde ocorrem constantes tiroteios entre criminosos e policiais, execuções comandadas por traficantes de drogas, e casos de corrupção e truculência policial, reproduzindo a imagem de que os seus habitantes estão inseridos em um espaço exclusivamente violento e criminoso – opinião esta compartilhada por Ramos e Paiva:

A cultura, o esporte, a economia e as dificuldades cotidianas enfrentadas pelos moradores desses locais aparecem muito pouco em jornais e revistas, especialmente quando se considera o imenso número de reportagens e notas sobre operações policiais, tiroteios, invasões, execuções, etc. (RAMOS e PAIVA, 2007, p. 77).

Portanto, a espetacularização de determinadas notícias, carregadas de ampla carga sensacionalista e preconceituosa, acaba por gerar, além de sentimentos de medo, intolerância e súbita vitimização nos espectadores, a criação de mitos sobre o crime e o criminoso, já que a grande parcela da população-alvo dessas informações, qual seja a própria audiência, via de regra não tem experiência direta com crimes violentos, tendo como maior fonte de contato a própria mass media.

Nesse diapasão, Carvalho Júnior é específico ao referir que o público se vale das informações transmitidas pela mídia para construir uma imagem da criminalidade e conseqüentemente formar opiniões e atitudes em relação a essa situação (CARVALHO JR., 2009, p. 2 e 3).

Ou seja, a forma como a mídia aborda e explora essa gama de “casos policiais” psicologicamente induz que o telespectador deixe de se sentir mero receptor do fato, para se considerar potencial vítima da chocante criminalidade que supostamente assola os quatro cantos da cidade, gerando diversas conseqüências nos mais variados segmentos da vida coletiva.

Com tal crescente sensação de insegurança da população, progressivamente nasce um abismo social entre as pessoas, pois, se o cidadão se enxerga como potencial vítima, o outro – qualquer que seja – pode ser o malfeitor, e o “estranho”, que

não compartilha os mesmos preceitos, acaba sendo visto como possível ameaça (CALLEGARI e SILVA, 2012, p. 23).

Em decorrência direta disso, os atingidos pela insegurança vendida pelos jornais e demais meios de comunicação que podem arcar com os custos financeiros se isolam em condomínios fechados, segregando-se do resto da população (LITVIN, 2007, p. 76).

No mesmo sentido, Pastana (2003) advoga que a mídia, no papel de formadora de opiniões, presta desserviço à comunidade, pois, quando assume a abordagem sensacionalista da criminalidade, está fomentando o analfabetismo funcional – em detrimento do pensamento crítico e reflexivo – com a finalidade de tornar a população maleável e facilmente influenciável:

Com o intenso avanço tecnológico, sobretudo no campo das comunicações, a opinião pública, em vez de ganhar maior estímulo para o pensamento reflexivo, passou a ser ainda mais viciada e manipulada politicamente pela imprensa em vários setores. Na relação entre controle social e violência criminal, o que se vê é um retrocesso, ou seja, uma busca por soluções já ultrapassadas e comprovadamente ineficazes e que são legítimas também pela manutenção da ideia do risco. O risco é um conceito de probabilidade, significando a chance de um indivíduo ou uma população sofrer um dano futuro no seu equilíbrio vital. (PASTANA, 2003, p. 101).

Soma-se a isso aquela que deve ser a pior das consequências da cultura do medo: a criação de um estereótipo do criminoso, importado da época da escravidão, que acaba por resultar na exclusão e segregação social e racial (WERMUTH, 2011, p. 383), em face dos “estranhos” ou “consumidores falhos”, descritos na obra de Bauman (1998, p. 32), vendendo a imagem de que os “delinquentes clássicos” são impulsionados somente pelo agir ganancioso, e não pelas diferenças sociais e impactos resultantes.

Conforme preleciona Callegari (2010, p. 283), embasado nos ensinamentos de Ana Isabel Cepeda, essa estereotipização do estranho acarreta polarização social de classes, contraponto

os cidadãos em dois grupos: os que “criam riscos” e os que “utilizam a segurança”.

Outrossim, conforme se verá no próximo capítulo, o *modus operandi* adotado pela mass media na abordagem da criminalidade, preponderantemente visando fins econômicos, além de gerar efeitos psicológicos nos espectadores, de forma indireta, atingirá também a escolha das políticas criminais adotadas para combater a delinquência, já que o cidadão consumidor da notícia veiculada também é responsável por eleger seus representantes nos poderes Executivo e Legislativo, de acordo com o que sentem, pensam e esperam do Estado.

Portanto, é cristalina a responsabilidade da mídia na criação e difusão da cultura do medo, uma vez que, utilizando-se das amplas possibilidades de alcance que detêm, não raras vezes trata a criminalidade como um “produto” a ser explorado no mercado, difundindo e direcionando a opinião pública, bem como criando uma imagem-padrão do criminoso, o que vem a ocasionar pressão popular pela adoção de medidas estritamente repressivas (eivadas pela falsa aparência de solução do problema), mas que já se mostraram ineficazes e insuficientes para atender às demandas da segurança pública.

Desse modo, as políticas criminais repressivas assumem a função de “exclusão de uma parte da população que não tem nenhuma funcionalidade para o modelo produtivo e que, por isso, constitui uma fonte permanente de riscos”, assegurando a sensação de segurança aos indivíduos pertencentes às castas mais privilegiadas (CALLEGARI, 2010, p. 284).

A política criminal brasileira

Políticas criminais e a expansão do direito penal simbólico

Inicialmente, insta salientar que, sendo o Direito Penal utilizado como instrumento de controle e disciplinamento social das classes populares (CALLEGARI e WERMUTH, 2011, p. 441),

por questões de política criminal, nem todas as condutas violentas são criminalizadas, e nem todos os crimes são violentos.

Nilo Batista (2007, p. 44), sobre o processo de criminalização de condutas, afirma que “o elemento que transforma o ilícito em crime é a decisão política – ato legislativo – que o vincula a uma pena [...], que não é simplesmente consequência jurídica do crime, mas sim sua própria condição de existência jurídica”, bem como define política criminal como um conjunto de princípios e recomendações inseridos nas políticas públicas sociais, que surgem para a reforma ou transformação da legislação criminal e dos órgãos encarregados de sua aplicação, decorrentes do processo de mudança social, dos resultados que apresentem novas ou antigas propostas do Direito Penal, das revelações empíricas proporcionadas pelo desempenho das instituições que integram o sistema penal, dos avanços e descobertas da criminologia crítica, tendo como finalidade a prevenção da delinquência, dentro de níveis social e democraticamente aceitos.

No contexto brasileiro, é indiscutível a influência midiática na esfera política, especialmente criminal, pois o fato de os indivíduos serem cotidianamente bombardeados por notícias que relatam a criminalidade, independentemente de ser na região que habitam ou não, tem como consequência lógica o aumento da popularidade e probabilidade de opção por candidatos políticos que prometam investir pesado em políticas criminais repressivas, a fim de combater a delinquência.

André Luís Callegari, em comentários à obra de Díez Ripollés, aponta a deficiência técnica das discussões que envolvem a aprovação de novas legislações criminais, criticando a forma como determinados políticos a utilizam como instrumento para aumentar a popularidade:

[...] Há uma difusão na sensação de insegurança propagada pela mídia que parece estar relacionada com a sociedade do risco, porém, o que se verifica é uma tentativa de aumentar a repressão e a utilização do Direito Penal [...]. Essa difusão desmedida do Direito Penal tem relação direta com a experiência cotidiana do povo, que, sem muita reflexão, apoia as novas medidas legislativas que tipificam novas condutas ou aumentam as penas das já existentes. De ou-

tro lado, com essa urgência em responder os anseios da população e certos de que a aprovação de leis penais mais severas implica diretamente popularidade eleitoral, a classe política rapidamente as aprova, ainda que sem muita discussão técnica, ou seja, temos uma legislação sem qualquer debate por uma comissão de juristas, mas, que se justifica porque de forma rápida respondeu, ainda que falsamente, aos problemas de insegurança do povo. (RIPOLLÉS, 2015, p. 6 e 7).

Diante desse quadro, vêm gradativamente ganhando maior popularidade discursos penais expansionistas, inspirados em conceitos importados como “Lei e Ordem”, “Tolerância Zero” e “Direito Penal do Inimigo” – ainda que estes tenham fracassado nos seus locais de origem, bem como atentem contra os princípios vigentes, transportando o Direito Penal para âmbitos que não deveriam estar sob a sua tutela.

Fato é que, concomitante ao aumento das taxas de criminalidade, o crescente sentimento coletivo de insegurança, especificamente em face dos crimes que integram a chamada “delinquência clássica” (infrações cometidas contra interesses individuais, especialmente vida e propriedade, e comumente praticadas por sujeitos de menor poderio econômico), tem ocasionado crescimento excessivo no número de medidas repressivas adotadas, em vez de serem buscadas outras alternativas, de caráter preventivo e fora da seara penal.

Nesse diapasão, Giamberardino (2015) aponta que o medo do crime, dentre todos os componentes e fontes de insegurança, é o único fator capaz de mobilizar cidadãos e produzir efeitos decisivos na esfera político-eleitoral, diante da popularidade e acúmulo de votos proporcionados pela adoção de uma postura firme frente à delinquência.

Sobre isso, Callegari (2010, p. 292) afirma que a abordagem adotada pelos governantes na tentativa de regular os índices de criminalidade por meio do Direito Penal reproduz a busca de controle dos mais abastados sobre os desfavorecidos, sendo que estes necessitam ser vigiados, controlados e, sempre que possível, punidos, a fim de que não possam ameaçar a soberania daqueles. Assim, a substituição do modelo de Estado de Bem-Estar Social

por medidas repressivas e punitivas, o aumento de penas e de condutas criminalizadas e a supressão de garantias individuais não ensejam necessariamente diminuição de conflitos sociais.

Resultado prático desse panorama na sociedade brasileira pode ser vislumbrado na edição de leis como a 8.072/90, que versa sobre os crimes hediondos, bem como no gradativo aumento de apoio popular a medidas como redução da maioria penal, pena de morte e armamento da população.

Compartilhando esse entendimento, Pastana (2003) assevera que, ao serem analisadas as escolhas de política criminal do legislador e a forma de veiculação das notícias na mídia, percebe-se que há clara opção de repressão de crimes cometidos em geral pelas classes populares, em detrimento dos crimes cometidos pelas classes elitistas (como a sonegação de impostos), que geram danos muito maiores ao Estado, pois atingem não o patrimônio individual, e sim o coletivo:

[...] no Brasil, apesar da constituição democrática e da legislação penal, a percepção do crime está diretamente influenciada pelo uso que as elites fazem dos aparelhos judiciais. Há uma confluência entre os alvos do medo do crime, a percepção da imprensa sobre as práticas criminosas que são os crimes comuns e as políticas judiciais propagadas nos discursos políticos. A percepção do crime pela opinião pública, se levarmos em conta a maioria das notícias veiculadas pela imprensa, a maioria das propostas eleitorais, e dos condenados pela justiça, está ligada fundamentalmente àqueles delitos praticados pelas classes populares. As práticas criminosas das elites – como a corrupção, os golpes financeiros, a evasão fiscal – não são percebidas como ameaças evidentes. O crime organizado, como o narcotráfico, a lavagem de dinheiro, o contrabando e o muito rentável mercado de armas, não é alvo de políticas repressivas consistentes. (PASTANA, 2003, p. 130).

Por outro lado, o aumento das taxas de criminalidade, a insuficiência de recursos materiais e humanos das polícias (apontadas como linha de frente no embate contra a criminalidade), as medidas de encarceramento em massa (ocasionando a superlotação dos presídios, que há muito já não ofertam condições minimamente dignas de sobrevivência ou de ressocialização) e o consequente

atropelo dos direitos e garantias fundamentais projetados na Constituição Federal de 1988 demonstram que o problema da segurança no Brasil extrapola a seara do Direito Penal, e, conseqüentemente, não serão medidas criminalizadoras e repressivas que irá solucioná-lo (SOUZA e BERTONI, 2013, p. 433).

Com isso, forma-se uma espécie de círculo vicioso do sistema penal brasileiro, em que a mídia, incutida por motivações financeiras, eleitorais ou ideológicas, explora a criminalidade de maneira sensacionalista e tendenciosa, auxiliando na criação do estereótipo segregador da figura do criminoso – que conseqüentemente atinge as camadas mais frágeis da sociedade –, bem como na manutenção da cultura do medo. A população-espectadora, carregada pelo sentimento de insegurança, recorre aos que têm o poder de modificação do quadro atual, e recorrentemente elege eloquentes políticos que defendem a bandeira de expansionismo de um Direito Penal que se mostra meramente simbólico e incapaz de atingir o cerne da problemática envolta na delinquência clássica.

Compartilhando da mesma opinião, Sposato advoga que:

Acreditar ainda que a aplicação de penas mais severas é o recurso adequado para a prevenção da criminalidade é render-se ao falacioso exercício da pura intimidação. Prevenção e repressão não são sinônimos. A prevenção à criminalidade está diretamente associada à existência de políticas sociais básicas. Não é a severidade da pena que previne a criminalidade, mas sim a certeza de sua aplicação e sua capacidade de inclusão social. (SPOSATO, 2001, p. 46).

Outrossim, de forma similar à vivenciada no Brasil, Ripollés (2015, p. 25) verifica que na Espanha há uma confusão entre “interesse público” e “interesse da vítima” (ou preponderação deste em relação àquele), criando-se a ideia de que benefícios penais ou garantias processuais utilizadas em prol do réu significam perdas para o ofendido”, ou “subterfúgios para se escusar da condenação”.

Nessa senda, a expansão de medidas de encarceramento e repressão dá origem à figura de um Direito Penal meramente simbólico, que não previne o crime, tampouco ressocializa o criminoso, já que o sistema penitenciário se encontra defasado, superlotado e abandonado, enquanto, concomitantemente, a parcela mais

vulnerável da população – aquela que mais necessita de auxílio – sofre com a ausência do “Estado garantidor”, e rigores do “Estado repressor”.

Isto posto, o fato de os moradores das zonas periféricas das cidades temerem, primeiramente, os abusos cometidos pelos agentes policiais, enquanto os pertencentes às classes média e alta temem o estereótipo criado do habitante da favela (GIAMBERARDINO, 2015, p. 231) não é simples acaso, e sim produto da construção social que vivenciamos.

Por conseguinte, é equivocado o pensamento que nos é vendido de que pobreza é pressuposto de violência e criminalidade, e que determinados sujeitos são perigosos somente por conta de sua condição social. Em meio a isso, a parcela mais vulnerável da população segue abandonada pelo Estado, deixada à margem da sociedade, sem que haja reais preocupações em efetivar políticas públicas ao seu favor, como se tal parcela não fosse também titular dos direitos e garantias fundamentais assegurados pela Carta Magna.

Dados estatísticos – Rio Grande do Sul

Por meio de dados estatísticos colhidos em registros de órgãos públicos oficiais referentes ao Estado do Rio Grande do Sul, foi possível realizar o cruzamento desses elementos, que simbolizam a realidade fática vivenciada na sociedade gaúcha, com a cultura do medo (re)produzida pela mídia.

Domicílios com existência de bens duráveis no Rio Grande do Sul – ano 2010			
Bem	Televisão	Rádio	Computador com acesso à internet
Número de domicílios	Presente em 3.500.850 domicílios	Presente em 3.327.230 domicílios	Presente em 1.219.880 domicílios

Quadro 1 – Domicílios com bens duráveis no RS em 2010

Fonte: INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Censo 2010. Disponível em: <<http://www.censo2010.ibge.gov.br/apps/mapa/>>. Acesso em: 11/04/2016

Conforme se percebe pelos dados referentes ao Quadro 1, colhidos em 2010 pelo IBGE, a televisão e o rádio são os utensílios domésticos com a segunda e terceira maior presença na residência

do gaúcho (presentes em 3.500.850 e 3.327.230 casas, respectivamente), perdendo apenas para a geladeira, com 3.525.220 aparições. O computador com acesso à internet também aparece em uma significativa parcela de residências (1.219.880).

Esses números comprovam o alto grau de abrangência dos três principais veículos de comunicação (hodiernamente, pode-se incluir também o celular nessa lista) na residência do gaúcho. Ou seja, tal cifra comprova que praticamente toda residência do Sul do país conta com ao menos um equipamento que a conecte diariamente com a mídia.

Por sua vez, os dados retirados do site da Secretaria da Segurança Pública do Estado do Rio Grande do Sul, demonstrados no Quadro 2, apontam a quantidade de crimes registrados no estado, no período entre janeiro e dezembro de 2015.

Mês / Ocorrências	Homicídio Doloso	Homicídio Doloso de Trânsito	Furto	Furto de Veículo	Roubo	Latrocínio	Roubo de Veículo	Delitos Relacionados a Armas e Munições	Entorpecentes - Posse	Entorpecentes - Tráfico
2015/Jan	225	2	14.364	1.644	5.845	8	1.317	617	1.012	723
2015/Fev	206	3	13.142	1.612	5.793	13	1.192	567	850	670
2015/Mar	228	6	14.669	1.664	6.570	8	1.479	758	1.085	911
2015/Abr	177	2	13.631	1.603	5.816	9	1.297	620	1.196	905
2015/Mai	193	1	14.108	1.671	6.383	13	1.369	655	1.282	984
2015/Jun	174	3	13.232	1.558	6.717	15	1.276	631	1.144	838
2015/Jul	143	2	13.569	1.651	6.556	11	1.370	575	1.112	836
2015/Ago	215	2	11.208	1.846	7.053	14	1.943	543	549	519
2015/Set	240	1	11.184	1.886	7.663	12	2.130	518	473	460
2015/Out	192	1	13.652	1.942	7.973	9	1.710	675	845	764
2015/Nov	199	1	13.268	1.774	6.757	16	1.543	673	890	727
2015/Dez	213	0	11.983	1.558	5.986	12	1.516	637	678	647
Total	2.405	24	158.010	20.409	79.112	140	18.142	7.469	11.116	8.984

Quadro 2 – Número de crimes cometidos no Rio Grande do Sul no ano de 2015.

Fonte: SECRETARIA DA SEGURANÇA PÚBLICA DO RIO GRANDE DO SUL. Indicadores criminais SSP de 2015 – Geral RS.xls. Disponível em: <<http://www.ssp.rs.gov.br/?model=conteudo&menu=304>>. Acesso em: 11/04/2016.

Não obstante esses algarismos não comportem os crimes que integram a chamada “cifra oculta do direito penal”, delitos que, embora efetivamente tentados ou consumados, jamais chegam ao conhecimento das autoridades, portanto não podem ser contabilizados em estatísticas oficiais, é possível tirar as seguintes conclusões.

Considerando que a população do Rio Grande do Sul era de 11.247.972 em 2015, a monta de 2.405 homicídios e 140 latrocínios naquele ano demonstra certo exagero pela mídia ao decretar um “prelúdio de caos social” vivenciado no estado.

Por outro lado, o número de furtos (158.010) é quase o dobro do número de roubos (79.112). Entretanto, raramente a mídia noticia o grande número de furtos cometidos, justamente pela dificuldade de sensacionalizar os fatos, já que é um delito que ocorre sem violência ou ameaça contra a vítima, e consequentemente não causa tanto espanto nos espectadores.

Por fim, os dados apresentados no Quadro 3, apresentados pela Secretaria Estadual de Saúde, demonstram quais são as causas que mais mataram no Rio Grande do Sul no ano de 2013.

HIV	Câncer de Pulmão	Pneumonia	Doenças crônicas das vias aéreas	Diabetes
1.420 mortes	3.148 mortes	4.257 mortes	4.772 mortes	3.766 mortes
Doenças do Aparelho Digestivo	Doenças Isquêmicas do Coração	Infarto agudo do Miocárdio	Outras doenças vasculares	Doenças cerebrovasculares
3.802 mortes	7.916 mortes	5.745 mortes	4.255 mortes	7.681 mortes

Quadro 3 – Principais causas da mortalidade do Rio Grande do Sul no ano de 2013.

Fonte: SECRETARIA ESTADUAL DA SAÚDE DO RIO GRANDE DO SUL. 52 Mortalidade Lista CID-BR - Ambos os Sexos - Por Idade - Município de Residência.xls. Disponível em: < http://www.saude.rs.gov.br/lis-ta/586/2012_-_Mortalidade_geral >. Acesso em: 11/04/2016.

Conforme se infere da análise do quadro colacionado acima, todas as causas de mortes ali descritas (exceto HIV), ainda no ano de 2013, já eram mais responsáveis por mortes do que crimes dolosos contra a vida em 2015, sendo que muitas dessas

enfermidades estão diretamente relacionadas à má qualidade de vida, influenciadas por fatores como tabagismo, alcoolismo, obesidade, estresse e falta de exercícios físicos.

Impossível não questionar a desproporção com que o tema da “violência urbana” é abordado na mídia, especialmente em relação aos delitos cometidos mediante violência ou grave ameaça, em comparação com, por exemplo, campanhas sociais ou políticas públicas que estimulem os cidadãos a desenvolver hábitos que proporcionem melhor qualidade de vida, por meio da alimentação ou de exercícios físicos, se levarmos em conta que justamente as causas que mais causam mortes no Rio Grande do Sul são doenças relacionadas a problemas cardíacos ou respiratórios.

Portanto, em um primeiro momento, pode parecer incongruente o fato de a população sentir tamanha insegurança em relação à criminalidade, mas ao mesmo tempo ser tão desleixada com questões pontuais, como a própria saúde.

Sobre isso, Giamberardino é bastante pontual ao destacar que a sensação de insegurança quanto à delinquência se trata de construção social, uma vez que, em determinados contextos, vislumbra-se a visível ausência de linearidade entre a probabilidade objetiva de vitimização do sujeito e o sentimento de insegurança e a percepção individual de riscos deste:

A politização da insegurança, através do medo do crime, é o tema da seleção política e cultural de um risco, dentre tantos, ou de um problema, dentre muitos: não se tem a mesma intensidade, por exemplo, no trato de problemas como doenças cardiovasculares ou acidentes de trânsito, mesmo se em dado período vitimarem mais pessoas que a criminalidade. O ponto é que falar em medo é tratar de um sentimento e uma percepção eminentemente individual; logo, é tratar da dimensão subjetiva da insegurança e que a define em sua essência. Afinal, a insegurança objetiva enquanto risco “real” de vitimização é uma categoria com a qual se não pode contar, senão apenas para se indicar sua não linearidade para com a categoria da insegurança subjetiva. (GIAMBERARDINO, 2015, p. 225 e 226).

Assim, considerando o caráter subjetivo do medo e da influência que ele recebe dos agentes exteriores, principalmente da mídia, devido ao seu grande alcance na sociedade, é visível o poder que os grandes meios de comunicação têm sobre o modo de pensar, agir e viver das pessoas, podendo ser utilizado em benefício do cidadão – adotando um caráter informativo e instigante ao pensamento reflexivo – ou em seu malefício – com a criação e propagação da cultura do medo.

A conclusão alcançada pela análise desses dados, ainda que em um âmbito restrito de abordagem, comprova que, via de regra, a mídia opta por adotar o caráter prejudicial descrito acima, uma vez que encara o problema da criminalidade como mero produto a ser vendido, e não como profundo problema social a ser amplamente debatido, o que resulta no estímulo da cultura do medo, que conseqüentemente surte graves efeitos na sociedade e nos cidadãos, principalmente os de classe social mais baixa.

Considerações finais

Após dezoito anos do início da vigência da Constituição Federal de 1988, pode-se afirmar que ainda estão em face de interpretação e implementação os preceitos da Carta Magna, uma vez que os direitos individuais e sociais lá dispostos ainda não alcançaram todos os segmentos da sociedade.

Um dos principais fatores que comprovam estarmos vivenciando esse período transitório é a realidade de milhões de brasileiros que não têm o mínimo existencial para sequer garantir uma (sobre)vivência minimamente digna.

De outro lado, a mídia sensacionalista desenvolve a chamada “cultura do medo”, que atinge os diversos âmbitos da sociedade, como a ordem econômica, através do aumento da lucratividade de empresas privadas do ramo de equipamentos e sistemas de segurança, ou na desvalorização de imóveis localizados em áreas consideradas “perigosas”, pelo elevado índice de criminalidade.

No campo social, vislumbra-se a sensação de insegurança que assola grande parcela da população, ocasionando abismo comunicativo entre vizinhos e conhecidos (principalmente nos grandes e médios centros urbanos), ou abandono de locais públicos, especialmente após o anoitecer.

Ainda, na seara eleitoral, observa-se aumento da popularidade dos candidatos que, independentemente de filiação partidária, prometem encarar com firmeza a criminalidade, executando políticas criminais mais repressivas, e que, na maioria das vezes, apenas dão uma falsa e instantânea sensação de “solução” do problema, apaziguando os ânimos da coletividade, mas insuficiente para resolver a questão da delinquência.

Principal alvo da cultura do medo são aqueles que estão à margem da sociedade, fragilizados e discriminados diariamente pelos olhares desconfiados dos ditos “cidadãos de bem”, que se sentem amedrontados diante daquela figura estranha, tão parecida com a que tantas vezes foi reproduzida em cadeia nacional cometendo delitos contra o patrimônio alheio e ameaçando a paz social.

Claro que isso não significa que inexista risco ao, por exemplo, transitar por locais desertos ou reconhecidamente violentos. Pelo contrário, as taxas de criminalidade demonstram que a violência urbana está gradativamente aumentando, e que o Brasil apresenta altos índices em comparação ao cenário mundial.

O que se questiona efetivamente é a forma como o problema está sendo abordado pelos sucessivos governos que passaram pelo poder, pois recorrentemente optam pela adoção de políticas criminais majoritariamente repressivas, que não apresentam respostas positiva à sociedade, pois tal modelo já se mostrou reiteradas vezes insuficiente e falho, além do fato de que a repressão somente age quando o dano já foi causado.

Em contrapartida, deveríamos estar debatendo sobre novas técnicas de prevenção à criminalidade, por meio da mitigação dos fatores que colaboram para o cometimento de delitos (inerentes ao capitalismo, quando se trata da “delinquência clássica”), tais como o abismo cultural, social e econômico exis-

tente entre as castas sociais, da promoção de políticas públicas voltadas aos mais vulneráveis, campanhas contra a violência e de conscientização do cidadão, tratamento para dependentes químicos e alcoólatras, investimento no aparelhamento e na formação social do agente policial, bem como na efetiva ressocialização de encarcerados, demonstrando à população que, não obstante todos sejamos titulares dos direitos elencados na Constituição Federal, também devemos cumprir com nossos deveres de cidadãos, a fim de juntos construirmos uma sociedade mais justa e solidária.

Referências

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. 136p.

BATISTA, V. M. S. W. Você tem medo do que? (criminalidade, controle social, ordem urbana). **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo , v. 13, n. 53, p. 367-378, mar. 2005.

BAUMAN, Zygmunt. **O Mal-Estar da Pós-Modernidade**. 1ª. Ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1998. 276p.

BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco: Rumo a uma outra modernidade**. 1ª. ed. São Paulo: Editora 34 2010. 384p.

CALLEGARI, A. L.; WERMUTH, M. A. D. Medo, direito penal e controle social: o paradigma da segurança cidadã e a criminalização da pobreza em face do processo de expansão do direito punitivo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo , v. 18, n. 87, p. 277-297, nov. /dez. 2010.

_____; _____. O papel do medo no e do direito penal. **Revista dos Tribunais**, São Paulo , v.888, p. 440-459, out. 2009.

CALLEGARI, A. L.; SILVA, F. A.. Política criminal e medo: os influxos das diferentes faces do risco. **Revista da AJURIS** : Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, Porto Alegre , v. 39, n. 126, p. 13-38, jun. 2012.

CARVALHO JÚNIOR, O. L. Mídia e Criminalidade no Brasil. In: **I Seminário Nacional Sociologia & Política**, 2009, Curitiba, PR. Sociedade e política em Tempos de Incerteza. Curitiba, PR: Editora da UFPR, 2009. v. I. p. 20-42.

DIEFENTHAELER, E. C.; CATALDO NETO, Alfredo. Violência e medo no estado psíquico e no Estado de direito. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre , v. 10, n. 42, p. 143-161, jul. 2011.

GIAMBERARDINO, A. R. A construção social do medo do crime e a violência urbana no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo , v.23, n.115, p. 221-253, jul./ago. 2015.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Censo 2010**. Disponível em: <<http://www.censo2010.ibge.gov.br/apps/mapa/>>. Acesso em: 11/04/2016

LITVIN, Juliana. Violência, medo do crime e meios de comunicação. **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**, São Paulo , v.7, n.41, p.73-87, dez.2006/jan. 2007.

PASTANA, D. R. **Cultura do medo: reflexões sobre violência criminal, controle social e cidadania no Brasil**. 1ª. ed. São Paulo: Método, 2003. v. 1. 157p.

RAMOS, Silvia; PAIVA, A. **Mídia e violência: novas tendências na cobertura de criminalidade e segurança no Brasil**. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Luperj, 2007. 191p.

RIPOLLÉS, J. L. D. **A Política Criminal na Encruzilhada**. 1ª. ed. Porto Alegre: Editora do Advogado, 2015. 136p.

SECRETARIA DA SEGURANÇA PÚBLICA DO RIO GRANDE DO SUL. **Indicadores criminais SSP de 2015 – Geral RS.xls**. Disponível em: < <http://www.ssp.rs.gov.br/?model=conteudo&menu=304>>. Acesso em: 11/04/2016.

SECRETARIA ESTADUAL DA SAÚDE DO RIO GRANDE DO SUL. **52 Mortalidade Lista CID-BR - Ambos os Sexos - Por Idade - Município de Residência.xls**. Disponível em: < http://www.saude.rs.gov.br/lista/586/2012_-_Mortalidade_geral >. Acesso em: 11/04/2016.

SPOSATO, K. B. Pedagogia do medo: Adolescentes em conflito com a lei e as propostas de reducao da idade penal. **Cadernos Adenauer**. Sao Paulo, fundacao konrad adenauer, 2001. v.2, n.6, p.31-50.

SOUZA, B. A.; BERTONI, F. F. A cultura do medo e a (in)segurança do direito penal. **Revista Jurídica**, Porto Alegre , v.433, p. 87-106, nov. 2013.

WERMUTH, M. A. D. **Medo e direito penal**: reflexos da expansão punitiva na realidade brasileira. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2011. 173 p.

_____ Uma análise histórica da imposição do medo do Direito Penal aos setores subalternos da população brasileira. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo , v. 19, n. 90, p. 373-399, maio/jun. 2011.

DEMOCRACIA, CIDADANIA E DESOBEDIÊNCIA CIVIL*

FLÁVIA HAGEN MATIAS**

* Eixo temático: Direitos Fundamentais e Jurisdição

** Advogada e mestranda em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP).
Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/0822374100711192>>. E-mail: flavia.hagen.matias@gmail.com

Resumo

O presente artigo pretende descrever a legitimidade do instituto da desobediência civil para o exercício da cidadania e o aprofundamento da democracia, já que se sustenta nos mesmos princípios de justiça que compõem o Estado Constitucional Democrático. Para tanto, apresenta-se o estudo sobre a servidão voluntária, de Étienne de La Boétie (2009); aborda-se, a seguir, a desobediência civil e suas condições legitimadoras; e, em seguida, as reflexões de Hannah Arendt acerca da liberdade, igualdade e da cidadania, invariavelmente conexas ao tema. O método de abordagem utilizado é o dedutivo, e no que tange ao método de procedimento, adotou-se o método histórico, utilizando-se a técnica de pesquisa da documentação indireta.

Palavras-chave: Servidão voluntária. Cidadania. Democracia. Desobediência civil.

Abstract

This article aims to describe the legitimacy of the institution of civil disobedience to the exercise of citizenship and the deepening of democracy, since it is based on the same principles of justice that make up the democratic constitutional state. Therefore, we present the study on voluntary servitude, Étienne de La Boétie (2009), it approaches, below, civil disobedience and its legitimating conditions and then the reflections of Hannah Arendt about freedom, equality and citizenship invariably related to the theme. The approach method used is the deductive and in reference of the method of procedure, was adopted the historical method, using the indirect documentation research technique.

Keywords: Voluntary servitude. Citizenship. Democracy. Civil disobedience.

Introdução

O sistema democrático brasileiro, desde sua concepção, mostra-se deficitário em atender a sociedade e suas demandas. Recentemente, sobretudo, atingiu seu apogeu: há profunda crise de representação e, logo, anseio de renovação da democracia. Vive-se um sentimento generalizado de apatia política e de profunda descrença nas instituições democráticas, constantemente desestabilizadas e desmoralizadas pela corrupção e pelos jogos de interesses.

Mesmo existindo indiscutível Estado Democrático de Direito, percebe-se que a democracia não se realiza em sua plenitude. Pois, apesar da constante produção legislativa prevendo direitos e garantias, não há a plena efetividade da lei e da ordem jurídica, seja pela omissão dos governantes, seja pela impotência dos meios. Na democracia formal, existe um regime de aparentes liberdades, no qual há apenas a eventual garantia dos direitos individuais e coletivos no que se refere ao próprio Estado e não em relação aos indivíduos nele inseridos.

Sob o aspecto da participação popular, o poder econômico é elemento essencial de manipulação em face da inexistência ou do não funcionamento dos elementos de controle. Ainda, em relação ao respeito aos direitos das minorias, estes são apenas formalmente assegurados pela Constituição. Noam Chomsky (2009) denomina países nessa condição como “Estados Fracassados”: “incapazes de prover segurança à população, de garantir direitos no país e no exterior e de manter o funcionamento (não apenas formal) das instituições democráticas”.

Percebe-se então que o Estado sofre falhas em sua dimensão institucional (face às dificuldades de combate às oligarquias e à representação de interesses particulares) e em sua dimensão social (face à falta de confiança dos cidadãos em seus representantes). Não obstante a hegemonia conquistada pela democracia no século XXI, ela ficou aquém das expectativas almejadas pela contemporaneidade ao não criar novos mecanismos que permi-

tissem sua expansão e seu aprofundamento. Sobre a crise do ideal democrático, Bernard Manin (1997, p. 234) comenta:

The currently prevailing impression of crisis reflects the disappointment of previous expectations about the direction of history. In that its base has expanded enormously, representative government has, since its establishment, undoubtedly become more democratic. [...] However, the democratization of representation, the narrowing of the gap between representatives and represented, and the growing influence of the wishes of the governed on the decisions of those in government have turned out to be less durable than expected. While one can certainly say that democracy has broadened, one cannot say with the same certainty that it has deepened.¹

Recorda-se que, originariamente, as pessoas, para escapar ao pavoroso estado natural² e para garantir a convivência humana, efetuaram um pacto renunciando a sua soberania em face da criação de uma sociedade civil; logo, obedeciam às leis em troca de proteção. Os cidadãos não poderiam imaginar que, em contrapartida, restariam resignados até a contemporaneidade, obedecendo a leis desarrazoadas e injustas, violadoras da dignidade humana. Nesse contexto, Étienne de La Boétie, na obra *Discurso sobre a Servidão Voluntária*, de 1576, tratou sobre o fenômeno do esquecimento do desejo de liberdade.

Nessas condições, é objetivo do presente trabalho descrever o instituto da desobediência civil em um contexto democrático precário tal como explanado. Para tanto, apresenta-se o estudo sobre a servidão voluntária, de Etienne de La Boétie (2009); aborda-se, a seguir, a desobediência civil e suas condições legitimadoras; e, em seguida, as reflexões de Hannah

1 “A impressão que prevalece atualmente da crise reflete o desapontamento de expectativas anteriores sobre a direção da história. Sua base se expandiu enormemente, o governo representativo tem, desde seu estabelecimento, sem dúvida, tornado-se mais democrático [...]. Contudo, a democratização da representação, o estreitamento das lacunas entre representantes e representados, e ainda uma influência crescente dos desejos dos governados nas decisões daqueles no governo acabou por se tornar menos durável do que o esperado. Enquanto se pode dizer certamente que a democracia se ampliou, não se pode dizer com a mesma certeza que ela se aprofundou” (tradução nossa).

2 Neste estado, para todo homem o outro é concorrente. A desconfiança recíproca e a avidez de poder em todas as suas formas estimulam a guerra perpétua de todos contra todos.

Arendt acerca da liberdade, da cidadania, invariavelmente conecta ao tema. O método de abordagem utilizado é o dedutivo; no que tange ao método de procedimento, adotou-se o método histórico, utilizando-se a técnica de pesquisa da documentação indireta.

A servidão voluntária de La Boétie

A ameaça externa provocada pelas conquistas da Inglaterra, nas regiões da Normandia (1364-1515) e de Guyenne (1453), impulsionou a França, no século XVI, ao fortalecimento da figura do monarca, dotando-o de todas as prerrogativas públicas, não mais apenas formalmente, mas também de maneira efetiva. O ordenamento jurídico, por sua vez, estava organizado de modo a garantir a permanência das estruturas: o governante agora aparecia como a fonte da lei sem estar, no entanto, a ela vinculado, evitando, assim, que fossem fixados limites a seu poder. A Reforma Protestante, que começava a se expandir, adquirindo novos adeptos cansados dos abusos da Igreja, paralelamente com o Renascimento cultural, era fortemente reprimida pelos soberanos. Ainda, a implantação de um novo imposto sobre o sal incitava a revolta dos camponeses, rapidamente dizimados pelas tropas reais. Esses fatos representavam o advento do Estado Moderno, e, nesse contexto, Étienne de La Boétie (2009) escreveu sua principal obra, *Discurso sobre a servidão voluntária*, na qual afirma que a servidão ao tirano é, sobretudo, voluntária. Ou seja, não há opressão sem que haja, em contrapartida, o consenso dos oprimidos, pois são os próprios homens que apoiam o monarca, encantados por sua figura³, e este, por

sua vez, transforma essa energia em força e opressão. Logo, era a submissão passiva que nutria a monarquia absolutista. La Boétie (2009), na busca por compreender o enigma da servidão e o esquecimento do desejo de liberdade, analisou as suas condições propiciadoras:

- Primeira, o costume, ou seja, a sucessão de exemplos cotidianos induz os homens a crer que vivem em uma realidade correspondente à sua condição natural, fazendo-os esquecer da liberdade original. Desse modo, acreditam que a única possibilidade é suportar o mal da tirania⁴. Os homens servem de boa vontade porque nascem servos e são criados como tais (LA BOÉTIE, 2009, p. 49).
- A segunda condição poderia ser evidenciada como a política do “pão e circo”, criada pelos romanos: os governantes, por meio de teatros, jogos, farsas, espetáculos e demais estímulos ao prazer, conseguiam a servidão dos seus súditos. Isso porque a luxúria e o vício tornam as pessoas covardes, desmantelando a iniciativa de combate pela liberdade. Após a morte de Nero, imperador romano que reinou de 54 a 68 d.C., o povo trajou luto, lembrando com prazer somente os jogos e festins que promoveu e esquecendo-se facilmente que outrora in-

3 “Não importa com certa e, no entanto, tão comum que se deve sofrer por ela, e menos ainda surpreender-se de ver milhões e milhões de homens servir miseravelmente subjugados por ele, não mais pressionados por uma grande força, mas ao contrário (ao que parece), encantados e enfeitados pelo nome de um só, cujo poder não devem temer, pois é um só, nem apreciar-lhe as qualidades, pois é desumano e selvagem. A nossa fraqueza de homens é tal, que é preciso muitas vezes que obedeçamos à força; é preciso contemporar, pois não podemos ser sempre os mais fortes. Portanto, uma nação é obrigada por força da guerra e servir a um só, mas é de lamentar a servidão, ou então, não se surpreender, nem se lamentar, mas suportar o mal pacientemente e esperar melhor sorte no futuro” (LA BOÉTIE, 2009, p. 32).

4 “Certamente o costume, que em tudo possui grande poder sobre nós, não tem em lugar algum virtude tão grande quanto nisso, isto é, ensinar-nos a servir, como se diz Mitridates, que se habituou a beber veneno, para ensinar-nos a engolir, se achar amargo, o veneno da servidão. [...] é verdade que no início serve-se constrangido e vencido pela força; mas os que veem depois servem sem pesar e fazem voluntariamente o que seus antecessores haviam feito por opressão. É assim que os homens nascidos sob o jugo, depois alimentados e educados na servidão, sem olhar para frente, contentam-se em viver como nasceram, sem pensar em ter outro bem, nem outro direito senão o que encontraram, tomando como natural sua condição de nascença [...]. Mas esse ardis dos tiranos de embrutecer os súditos não pode ser mais claramente conhecido do que por meio do que Ciro fez com os lídios, que depois de haver-se apossado de Sardes, a cidade principal da Lídia e que tomara de Cresos, esse rei tão rico, fazendo-o prisioneiro: Trouxeram-lhe notícias de que os sardos se haviam revoltado; dominou-os logo, mas não querendo saquear tão bela cidade, nem ter sempre o trabalho de manter um exército para protegê-la, usou de um grande expediente para mantê-la segura: Nela estabeleceu bordéis, tavernas e jogos públicos e fez publicar um edito, que os habitantes tiveram de obedecer. Deu-se tão bem com essa guarnição, que desde então nunca mais teve de dar sequer um golpe de espada nos lídios. Essa gente pobre e miserável divertia-se em inventar toda espécie de jogos [...]. Assim, nem todos os tiranos declararam expressamente que queriam tornar seu povo efeminado, mas, na verdade o que ele ordenou formalmente e, com efeito, a maioria perseguiu sob sua autoridade. Na realidade a natureza do povo é ser desconfiado com quem o ama e sincero com quem o engana” (LA BOÉTIE, 2009, p. 43, 49, 51).

cendia Roma e que, mandando matar cidadãos ricos, roubara suas grandes fortunas para alimentarem o Tesouro vazio (LA BOÉTIE, 2006, p. 83).

- A terceira, por sua vez, consiste no apoio que os homens concediam à tirania, estimulando-a. O rei cercava-se de três ou quatro homens, enquanto esses, por sua vez, tinham seiscentos debaixo deles, que mantinham outros seis mil (COSTA, 1990, p. 8). Observa-se que o poder estava distribuído e hierarquizado, envolvendo um grande número de pessoas.⁵ Iludiam-se os súditos de poder se beneficiar das vantagens da corte ou das funções burocráticas, configurando-se assim uma realidade de homens subjugados, mas dispostos a submeter outros. A engrenagem propulsora para a dominação era a própria sedução do poder pelo domínio.

A tática de dominação do soberano sustentava-se fundamentalmente na centralização do Estado, na medida em que criava um distanciamento entre si e os outros, promovendo a diferença entre os homens. O monarca era suficiente em si, simplesmente pela sua existência⁶. Conquanto, os imperadores romanos não se esqueceram de assumir para si também o título de Tribuno do Povo, cargo considerado santo e sagrado, estabelecido para a defesa e proteção do povo. Assim, assegurar-se-ia uma maior confiança dos súditos ao ouvir seu nome.

No entanto, La Boétie traz uma alternativa ao esclarecer acerca da dimensão política da amizade, por meio do conhecimento. Ou seja, o entreconhecimento e a sensação de semelhança despertavam o sentimento de unidade contra o soberano, consistindo na recusa de servir e na negação da dominação absoluta. Desse modo, fica claro que a liberdade se vincula ao conhecimento e, por meio dele, à correta análise da realidade ao redor. “Decide não mais servir e sereis livres; não pretende que o empurreis ou o sacudais, somente não o susten-

tai e o verei como um grande colosso, de quem subtraiu-se a base, desmanchar-se com próprio peso e rebentar-se” (COSTA, 1990, p. 16).

Desmitifica-se, assim, o enigma do poder político, na medida em que se compreende que o poder dos soberanos só é possível quando consentido, ou melhor, quando resultante da servidão voluntária – obediência passiva às leis do Estado. Em face dessa condição, os governantes alimentavam a sua força oprimindo ainda mais, a cada dia retirando dos homens o restante de dignidade que ainda conservavam. Somente por meio do conhecimento e da amizade os homens voltariam a resistir – formando uma unidade – e ser livres. O contexto histórico contemporâneo mudou, contudo, continuam a se perpetuar os mecanismos de manutenção dessa servidão, em automatismo cotidiano pouco ou quase nunca questionado.

O direito de desobediência civil

Ao longo dos séculos, o direito de resistência foi se modificando e se constituiu como a ferramenta adequada de defesa do povo frente às arbitrariedades governamentais: seu caráter originalmente religioso e posteriormente laicizado na doutrina do direito natural, tornando-se um ato de cunho moral; depois, a doutrina jusnaturalista (transmitida à filosofia utilitarista do século XIX), afirmando a supremacia do indivíduo sobre o Estado: o indivíduo tem direitos naturais e inalienáveis e, por meio de um contrato social, cria-se o Estado para assegurar e proteger tais direitos.

Contudo, seu principal requisito, representar a vontade da maioria, dificultava sua efetivação: não conseguia atuar no âmbito do exercício da cidadania para realizar as modificações necessárias nas estruturas do Poder Público e pendia facilmente para revoluções radicais. Ainda, nesse contexto, as minorias permaneciam sem voz, sem poder demandar reconhecimento de seus direitos, na medida em que não eram consideradas legítimas para aplicação desse mecanismo.

⁵ “Assim o tirano subjugou os súditos uns por meio dos outros, e é protegido por aqueles que, se nada valiam, desses deveria proteger-se” (LA BOÉTIE, 2006, p. 59).

⁶ “O monarca devia bastar-se por seu nome, que enfeitiçava as pessoas; por um lado, o medo e a inércia e, pelo outro, a cobiça e a vontade de dominar” (COSTA, 1990, p. 8).

Foi o autor norte-americano Henry David Thoreau (1997) que ampliou as possibilidades de resistência ao introduzir a noção da desobediência civil, na qual não era mais necessária a vontade de uma maioria nem que a crise política fosse total para que se justificasse recorrer a esse instrumento; a desobediência civil passava a garantir uma sociedade pluralista. Ele debate a causa da desobediência civil no campo da consciência individual e do compromisso de cada um com ela. Para fundamentar o direito de desobediência civil, analisa as seguintes questões:

- A doutrina liberal, a fim de garantir uma sociedade política coesa, fundamentou-se na subordinação do governo às decisões da maioria, que se entendia representar a vontade de todos. Tratava-se, sobretudo de um jogo de interesses: o governo da maioria imperava por ser fisicamente mais forte (havia inclusive a possibilidade de manipulação durante as eleições), enquanto a minoria permanecia sem chance de opinar e de se opor, pois o direito de resistência estava direcionado para a defesa da vontade da maioria⁷.
- Um único voto consciente vale mais do que a vontade da maioria, que age passivamente, sem discernimento e iniciativa. Ao cidadão impõe-se não apenas o ato de votar, mas também de contribuir efetivamente para uma democracia participativa, fundada no interesse público⁸.

7 "Afinal, a razão prática por que se permite que uma maioria governe, e continue a fazê-lo por um longo tempo, quando o poder finalmente se coloca nas mãos do povo, não é de que esta maioria esteja provavelmente mais certa, nem a de que isto pareça mais justo para a minoria, mas sim a de que a maioria é fisicamente mais forte. Mas um governo no qual a maioria decida em todos os casos não pode se basear na justiça, nem mesmo na justiça tal qual os homens a entendem. Não poderá existir um governo em que a consciência, e não a maioria decida virtualmente o que é certo e o que é errado? Um governo em que as maiorias decidam apenas aquelas questões às quais se apliquem as regras de conveniência? Deve o cidadão, sequer por um momento, ou minimamente, renunciar a consciência em favor do legislador? Então por que todo homem tem uma consciência? Penso que devemos ser homens, em primeiro lugar, e depois súditos" (THOREAU, 1997. p. 8-9).

8 "Toda votação é uma espécie de jogo, como o de damas ou o gamão, com um leve matiz moral, um jogo com o certo e o errado, com questões morais, naturalmente acompanhado de apostas. O caráter dos votantes não está em discussão. Dou meu voto, talvez, ao que considero direito, mas não estou vitalmente interessado em que este direito prevaleça. Disponho-me a deixar isto nas mãos da maioria. A obrigação, desta, portanto, jamais excede a da conveniência. Mesmo votar em favor do direito é não fazer alguma coisa por ele. Significa apenas expressar debilmente aos homens seu desejo de que ele prevaleça. [...] Quando a maioria finalmente votar a favor da abolição

- Os governantes agiam somente conforme seus interesses pessoais. As instituições eram manipuladas, e não se podia mais esperar delas a imparcialidade a que originariamente deveriam corresponder.
- Os homens que, por respeito à lei, inclusive contrariando suas consciências e seu bom senso, aderiram às forças armadas, serviam não como homens, mas como máquinas com seus corpos. Desse modo, não somente garantiam poder aos governantes como também os tutelavam, fazendo com que os interesses de ambos se confundissem e provocassem as contínuas guerras (THOREAU, 1997, p. 10, 28)
- A imprensa, ocupando o papel anteriormente exercido pela igreja, era agora o principal instrumento utilizado pelo governo para ludibriar a sociedade, manipulando sua vontade. Para sustentar os governos, utilizava-se de qualquer meio para atingir seu objetivo.

Para Thoreau (1997), a obediência às leis devia, sobretudo, respeitar a consciência individual. Os homens estariam obrigados somente ao que considerassem justo, uma vez que eram primeiramente homens e depois súditos. O direito de resistência ao governo emergia quando sua tirania e sua ineficiência se tornassem insuportáveis, ou seja, quando o Estado extrapolasse suas prerrogativas ou quando não correspondesse mais às expectativas exigidas.

Apesar de alguns classificarem o Thoreau como um anarquista⁹, na verdade, o autor defendia não a ausência completa de um governo, mas um Estado melhor, na medida em que analisou como o processo político norte-americano havia tornado a democracia doente, pois, ao manter a escravidão e a guer-

da escravidão, será porque esta lhe é indiferente ou porque não haverá senão um mínimo de escravidão a ser abolida por meio de seu voto. Eles, então serão os únicos escravos. Somente o voto de quem afirma sua própria liberdade através desse voto pode apressar a abolição da escravidão" (THOREAU, 1997, p. 17-18).

9 Thoreau, no início do livro, cita o ideário de Thomas Jefferson: "O melhor governo é o que governa menos"; bastante conhecido na época, defendia que os homens deveriam ser livres para decidir sobre seu próprio destino e que, portanto, as funções do Estado deveriam ser reduzidas ao mínimo necessário (THOREAU, 1997, p. 5).

ra com o México, não refletia mais as aspirações da época da independência:

Porém, para falar de modo prático e como um cidadão, ao contrário daqueles que chamam a si mesmo de antigovernistas, eu clamo não já por governo nenhum, mas imediatamente por um governo melhor. Deixemos que cada homem faça saber que tipo de governo mereceria seu respeito e este já seria um passo na direção de obtê-lo. (THOREAU, 1997, p. 8).

Enquanto a maioria não era praticante em potencial da desobediência civil justamente por representar o próprio fundamento do poder e por estar influenciada pelo governo e pela imprensa, a minoria obrigatoriamente dependia da prática da desobediência para defender suas reivindicações. Não obstante, era possível também a um indivíduo isolado desobedecer às leis injustas. O próprio autor, em uma tarde de julho de 1846, indo à cidade (pois passava a maior parte do tempo no campo), foi abordado por um policial, acusando-o de não pagar imposto há seis anos. Thoreau (1997) explicou-lhe que não pagara por nunca ter votado naquela taxa e por considerá-la um meio de cooperação com a guerra mexicana e com a manutenção da escravidão (observe que ele sempre pagou os impostos referentes à educação e às estradas). Foi preso e compreendeu que, por meio desse ato individual, era possível atrair outras pessoas para a mesma atitude, promovendo uma resistência pacífica.

Apesar de defender uma revolução sem o uso da violência, questionava as suas possibilidades reais de sucesso¹⁰, como no caso de John Brown¹¹. Os desobedientes, porém, indubitavelmente, deveriam se submeter às sanções correspondentes aos

10 "O problema da escravidão negra nos Estados Unidos da América era um exemplo da ineficácia da resistência passiva, em virtude do acirramento do ânimo. A guerra civil que dilacerou este Estado, em meados do século passado, que teve como estopim a liberação dos escravos empreendida por Abraham Lincoln (1809-1865), confirmou sua previsão. Para o rebelde de Concord, o governo que não estabelecesse a justiça, permitia que um homem tivesse perfeitamente o direito de opor-se pela força ao senhor de escravos, a fim de salvar o escravo" (COSTA, 1990, p. 31).

11 John Brown liderou uma guerrilha em prol da libertação dos escravos no Kansas, território disputado por escravocratas e abolicionistas. Em 1859, acompanhado de um grupo de homens, invadiu o arsenal do exército de Harper's Ferry. Resistiu por dois dias, foi preso e condenado a enforcamento no mesmo ano. A tentativa de Thoreau de mobilizar a opinião pública em defesa do revolucionário foi frustrada.

atos praticados. "Num país que aprisiona qualquer pessoa injustificadamente, o verdadeiro lugar de um homem justo é também a prisão" (THOREAU, 1997, p. 28).

O autor norte-americano entendia que havia uma evolução nos sistemas políticos e que esse processo não se completaria na democracia tal qual a conhecemos, mas avançaria um pouco mais no sentido de um Estado livre e esclarecido: os indivíduos seriam o poder maior e independente, tendo inclusive o direito de se manter à parte do Estado se assim desejassem, sem que este se sentisse ameaçado. Porém, reconhecia que não havia nada semelhante no mundo (COSTA, 1990, p. 32).

Será a democracia tal qual como a conhecemos o último desenvolvimento possível em matéria de governo? Não será possível dar um passo mais além no sentido de reconhecimento e da organização dos direitos do homem? Jamais haverá um Estado realmente livre e esclarecido até que este venha a reconhecer o indivíduo como um poder mais alto e independente, do qual deriva todo o seu próprio poder e autoridade, e o trata de maneira adequada. Agrada-me um Estado que possa, afinal, permitir-se ser justo com todos os homens e tratar o indivíduo com respeito, como um seu semelhante; que consiga até mesmo não achar incompatível com sua própria paz o fato de uns poucos viverem à parte dele, sem intrometer-se com eles, sem serem abarcados por ele, e que cumpram todos os deveres como homens e cidadãos. Um Estado que produzisse este tipo de fruto e que deixasse cair assim que estivesse maduro, prepararia o caminho para um Estado ainda mais perfeito e glorioso, que também imaginei, mas que ainda não avistei em parte alguma. (THOREAU, 1997, p. 55- 56).

A desobediência civil destina-se, fundamentalmente, a efetivar reivindicações específicas, como o imposto eleitoral que Thoreau se negou a pagar. É por meio dela que é possível avançar para um Estado cada vez mais democrático.

No século XX, destacam-se Mahatma Gandhi (2004) e Martin Luther King (1963)¹², ícones da desobediência civil aplicada

12 "Um indivíduo que transgride uma lei julgada injusta de acordo com a sua consciência e voluntariamente aceita a pena imposta de ficar numa cadeia a fim de despertar a consciência da comunidade no que diz respeito a injustiça desta lei está, na verdade, mostrando o mais alto respeito pela lei" (LUTHER KING, 1963, p. 4).

à prática. O primeiro, observando a necessidade da não violência (ao criar o princípio da doutrina do *satyâgraha*), liderou um amplo movimento pela independência indiana e paquistanesa. O segundo, por sua vez, comandou a luta contra a legislação segregacionista dos Estados Unidos, comandando o movimento negro baseado na ação direta.

Liberdade, igualdade e cidadania por Hannah Arendt

A constatação de que a ideia de liberdade necessita de condições não somente possíveis como também propiciadoras para o seu exercício permanente faz emergir a conexão existente entre liberdade e igualdade.

Na busca pelo conteúdo da liberdade, é possível que se invoquem os direitos de liberdade, tais como a possibilidade de reunião, de manifestação e de locomoção, característicos da primeira dimensão de direitos (direitos civis e políticos). No entanto, estes se caracterizam como essencialmente negativos e servem apenas para a defesa do indivíduo perante o Estado, ou seja, são produtos da libertação. O verdadeiro teor da liberdade consiste justamente em participar da vida política, seja como cidadão, seja exercendo um cargo político.

Se todas as revoluções buscassem apenas a garantia dos direitos civis, procurariam somente a sua libertação dos governos abusivos e arbitrários e não almejavam a liberdade. Contudo, a realidade mostra que as reivindicações sempre envolveram ambos os aspectos. E a libertação se caracterizará, sobretudo, como uma condição da liberdade, pois não é possível conceber que em determinado lugar impere a liberdade sem que haja a possibilidade de locomoção. Por conta desse entrelaçamento, fica difícil dizer onde termina o desejo de libertação (da opressão) e onde começa o desejo de liberdade (opção política de vida).

Hannah Arendt (2013) afirma que o homem somente será livre depois de ter se libertado das necessidades da vida. Desse modo, somente depois de atendidos esses requisitos (da esfera privada) o ser humano poderá atuar na esfera pública, comum a todos. Percebe-se que a visão da autora pressupõe a existência de um mínimo de igualdade econômica.

A liberdade é o valor maior do homem e, no entanto, necessita da igualdade para se realizar; e vice-versa, pois, ainda que se concretizasse plenamente no seu aspecto material, faltar-lhe-ia ainda a igualdade formal, somente reconhecível sob o enfoque da liberdade.

A autora também esclarece acerca da relação intrínseca entre a liberdade e a cidadania¹³. Ser cidadão¹⁴ não significa apenas aquele que habita a cidade, mas se destaca, sobretudo, o direito que lhe é conferido por meio da liberdade: o de participar ativamente na formação de decisões políticas de seu país. O indivíduo deve atuar na gestão dos assuntos locais e dos serviços econômicos e sociais e, fundamentalmente, deve atuar para a concretização de medidas de proteção aos direitos. Portanto, não é possível conceber cidadania sem a política e esta sem a liberdade, pois se percebe como é difícil tratar de um problema político sem também tocar em um problema da liberdade humana, ainda que implicitamente (ARENDR, 2013).

Arendt (2013, p. 191-192) inclui mais um elemento crucial para a liberdade, a política e a cidadania: o agir. Para ela, os homens são livres somente enquanto agem, porquanto ser livre e agir significa a mesma coisa, veja-se:

O campo em que a liberdade sempre foi conhecida, não como um problema, é claro, mas como um fato da vida cotidiana, é o âmbito da política. E mesmo hoje em dia, quer o

13 Na Antiguidade grega e romana, "A liberdade era um conceito exclusivamente político, a quintessência, na verdade, da cidade-estado e da cidadania" (ARENDR, 2013, p. 205).

14 Michael Walzer (1977) divide os cidadãos em três tipos: oprimido, isolado e pluralista. Cabe ressaltar o cidadão isolado, que é tanto aquele que prefere se abster de participar da vida política e almeja apenas viver em paz sob a proteção do Estado, quanto aquele que só participa da vida política nos seus aspectos triviais (grau mínimo de participação). Esse tipo tem se tornado cada vez mais comum no atual sistema democrático e, por não gerar conflitos com o Estado, é considerado um bom cidadão. Walzer (1977) conclui o tema dizendo que, apesar de sermos chamados de cidadãos, somos menos que isso.

saibamos ou não, devemos ter sempre em mente, ao falarmos do problema da liberdade, o problema da política e o fato de o homem ser dotado com o dom da ação; pois ação e política, entre todas as capacidades e potencialidades da vida humana, são as únicas coisas que não poderíamos sequer conceber sem ao menos admitir a existência da liberdade, e é difícil tocar em um problema político particular sem, implícita ou explicitamente, tocar em um problema de liberdade humana. [...] A liberdade não é apenas um dos inúmeros problemas e fenômenos da esfera política propriamente dita, tais como a justiça, o poder ou a igualdade; a liberdade, que só raramente em épocas de crise ou de revolução se torna o alvo direto da ação política, é na verdade o motivo por que os homens convivem politicamente organizados. A razão da política é a liberdade, e seu domínio de experiência é a ação.

Portanto, o direito fundamental da liberdade consiste, no nível político, na cidadania, com o seu exercício pelo indivíduo, membro de uma sociedade política. Compreende-se a cidadania como fundamento primeiro do lugar de cada ser humano no mundo político. Se não for assim, a cidadania torna-se submissão, a esfera pública e o pluralismo são desconstruídos e a dignidade humana vê-se sem possibilidades de se efetivar.

A experiência totalitária, que pendeu tanto para o nazismo quanto, no âmbito do socialismo, para o stalinismo, desconstruiu valores de justiça e de direito consagrados na modernidade ao transformar os seres humanos em seres descartáveis e supérfluos. Os “elementos indesejados”, como os refugiados e os apátridas (*displaced persons*), com a perda da cidadania e, por conseguinte, dos benefícios do princípio da legalidade e dos direitos humanos, sofreram as maiores barbáries como internados nos campos de concentração. Diante disso, Hannah Arendt (2010) concluiu que o preceito consagrado primeiramente na Declaração de Virgínia de 1776 e posteriormente na Declaração Francesa de 1789 e na Declaração Universal dos Direitos do Homem da ONU em 1948, de que “todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos”, não confere com a realidade. A igualdade não é inerente à condição humana, mas uma construção resultante da organização dos Estados. Ou seja, por meio da lei, todos se tornam iguais. Quando se perde o acesso

à esfera pública, automaticamente perde-se também o acesso à igualdade. Não obstante, a proteção dos direitos humanos dá-se por meio da cidadania. Quando o indivíduo é privado da sua condição de cidadão, ele perde a sua qualidade substancial, que é a de ser tratado como semelhante.

Portanto, em face da experiência vivenciada do totalitarismo, Hannah Arendt (2010) reconhece que o primeiro direito humano é o direito a ter direitos. Essa compreensão influenciou, inclusive, a doutrina norte-americana sobre a interpretação da 8ª Emenda à Constituição, que proíbe “cruel and unusual punishment”. O novo entendimento foi no sentido de considerar a perda da nacionalidade como uma privação do direito a ter direitos. É mais grave que a própria tortura, na medida em que retira do indivíduo a sua existência no âmbito da política, quando na condição de cidadão. Portanto, a garantia do âmbito público de exercício dos direitos políticos irá assegurar à liberdade o espaço de sua concretização.

A liberdade política diferencia-se das liberdades individuais. Aquela é o direito dos cidadãos de participar do governo do Estado e de escolher seus governantes, ou seja, é o poder de decidir; e as liberdades individuais correspondem às faculdades que permitem aos cidadãos direcionar o rumo de seus destinos pessoais. A liberdade política é, em síntese, um poder que freia o abuso do poder.

A cidadania, avançando na sua compreensão, envolve a prerrogativa do exercício dos direitos políticos e a efetivação dos direitos humanos, pois somente será possível com o acesso de todos ao espaço público.

A atividade política não é o preço da liberdade, mas a própria liberdade em si. O ser humano como cidadão, em seu melhor aspecto será livre, virtuoso e poderoso, pois obedecerá apenas às leis que ele próprio fez.

Considerações finais

Norberto Bobbio (1986, p. 12) apresenta as transformações da democracia¹⁵ sob a forma de “promessas não cumpridas”, na qual se contrasta a democracia ideal – na qual os indivíduos seriam os protagonistas na tomada de decisões públicas – com a democracia real, caracterizada pelos grupos de interesse, pela multiplicação das elites dominantes, pelo engessamento da representação partidária. E ainda, pela ampliação dos espaços decisórios fora do alcance de visão do cidadão, escapando, portanto, do controle público do poder.

Contudo, apesar de um sentimento de desesperança que se propaga em face das instituições e práticas governamentais, paralelamente o que se percebe é um processo de alargamento da democracia subjacente na sociedade contemporânea, entendida como extensão da democratização: a criação de corpos coletivos de participação diferentes daqueles propriamente políticos. Desse modo, falar em desenvolvimento da democracia consiste em falar não na substituição da democracia representativa pela democracia direta, mas na passagem da democracia da esfera política para a social.

Assim, o cidadão das democracias mais avançadas percebeu que a esfera política está inevitavelmente incluída em uma esfera mais ampla, que engloba toda a sociedade, e que suas decisões estão condicionadas e determinadas pelo que acontece na sociedade civil. Trata-se da democratização da sociedade. Bobbio (2004, p. 56) continua a questionar:

É possível a sobrevivência de um Estado democrático em uma sociedade não democrática? Pergunta também pode ser formulada deste modo: a democracia política foi e é até agora necessária para que um povo não seja governado despoticamente. Mas é também suficiente?

Até pouco tempo atrás, um dos critérios utilizados para avaliar o índice de desenvolvimento democrático de um país consistia na extensão do número de votantes. No entanto, com o sufrágio estendido em quase todo o mundo às mulheres e com o limite de idade diminuído para 18 anos, surge a necessidade de um novo indicador. Hoje deve-se avaliar o número de instâncias (diversas das tradicionalmente políticas) nas quais se exerce o direito de voto. Ou seja, o critério não é mais o de “quem” vota, mas o de “onde” se vota. Nesse espaço, destaca-se o importante papel da internet para a expansão dos níveis democráticos. A internet seria não somente uma tecnologia, mas também uma extensão da própria mente e, por isso, um forte motor para mudança social na *aldeia global* em que estamos inseridos (Marshall McLuhan). Portanto, é fundamental uma mudança de significação na mente das pessoas.

Desse modo, a desobediência civil assume importância fundamental como instrumento de mudança social. O liame existente entre a obrigação de obediência ao Estado e os direitos inerentes à condição de cidadão, quando em conflito, legitimam a atitude desobediente. Esse momento que reconhece o poder de cidadania apresenta diferentes justificativas.

Nelson Nery Costa (1990) expõe o entendimento de Raymond Polin: o conflito que surge entre a obrigação política absoluta (oriunda da natureza soberana do Estado, bem como de suas leis) e a exigência absoluta de liberdade (valor moral baseado no princípio da existência individual e da moralidade pessoal) forma a condição essencial para a atuação do cidadão dentro da comunidade política. O caráter absoluto da lei modifica-se com o tempo, e cabe à desobediência civil desempenhar esse papel.

Michel Walzer (1977), no ensaio *Das Obrigações Políticas*, avança no entendimento e destaca a *obrigação* de desobedecer. A obrigação com o Estado, o dever de obedecer às leis, dá-se quase sempre de forma passiva. Isso porque o vínculo com as associações menores, em que as adesões são livremente expressas, é mais forte que com as maiores, como os Estados ou as organizações internacionais. O dever de desobedecer surge

¹⁵ Bobbio (1986, p. 12) criou “uma definição mínima de democracia, segundo a qual por regime democrático entende-se primariamente um conjunto de regras de procedimento para a formação de decisões coletivas, em que está”.

quando os interesses do grupo menor entram em choque com o Estado. Walzer atenta para a condição da cidadania no Estado liberal, que se encontra esvaziada, e crê que somente poderá ser remediada por meio de uma mudança radical no governo (em ações participatórias pluralistas e formas de democracia autônoma).

Hannah Arendt (2006) segue no mesmo sentido de Walzer (1977), afirmando que o sistema representativo está em crise, na medida em que inexistem mais meios de participação do cidadão e em que o sistema se tornou tão burocrático que acaba por não representar ninguém além dele próprio. Conclui, desse modo, que a desobediência civil é a única forma de associação voluntária que abriga ainda o real sentido da democracia, o de participar na tomada de decisões. Por meio da resistência, as minorias podem se organizar contra a política do governo, mesmo estando esta apoiada pela maioria.

Hannah esclarece que uma lei pode estabelecer e legalizar uma mudança ocorrida, mas que essa mudança em si somente ocorre por meio de uma ação extralegal. Pode-se definir a desobediência civil como o último garante da legitimidade do próprio estado de direito. Em suma, trata-se de uma forma de participação extrainstitucional – face a sua ausência de previsão legal¹⁶ –, mas ao mesmo tempo intrassistêmica – pois invoca os valores cultivados pelo sistema democrático

¹⁶ Hannah admite que a dificuldade de incorporar a desobediência civil ao sistema legal decorre justamente da natureza da lei, que não pode justificar a sua própria violação.

Referências

- ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense universitária, 2010.
- ARENDT, Hannah. **Crises da república**. Tradução de José Wolkmann. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 2006.
- ARENDT, Hannah. **Entre o passado e o futuro**. 7. ed. São Paulo: Perspectiva, 2013.
- BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade: para uma teoria geral da política**. 11. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2004.
- BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986. Disponível em: <<http://www.libertarianismo.org/livros/nbofdd.pdf>>. Acesso em 8 jun. 2016.
- CHOMSKY, Noam. **Estados fracassados: O abuso do poder e o ataque à democracia**. Tradução de Pedro Jorgensen Jr. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2009.
- COSTA, Nelson Nery. **Teoria e realidade da desobediência civil: de acordo com a constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 1990.
- GANDHI, Mahatma. **A única revolução possível é dentro de nós**. Rio de Janeiro: Projeto Periferia, 2004. Livro eletrônico. Disponível em: <<<http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/gandhi.pdf>>>. Acesso em 7 jun 2016.
- LA BOÉTIE, Étienne de. **Discurso sobre a servidão voluntária**. Tradução J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2ª ed. Ver.- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.- (RT textos fundamentais; v. 8).
- LUTHER KING, Martin. **Letter from Birmingham City Jail**. Birmingham, ALA, 16 apr. 1963. Disponível em: <<https://kinginstitute.stanford.edu/king-papers/documents/letter-birmingham-jail>>. Acesso em 8 jun 2016.
- MANIN, Bernard. **Principles of Representative Government**. Cambridge: Cambridge University Press, 1997.

THOREAU, Henry David. **A desobediência civil**. Tradução: Sérgio Karam. Porto Alegre: L&PM, 1997.

WALZER, Michel. **Das obrigações políticas**: Ensaio sobre a desobediência civil, Guerra e cidadania. Rio de Janeiro: Zahar, 1977.

DIREITO À INFORMAÇÃO, TRANSPARÊNCIA E COMBATE À CORRUPÇÃO*

RAMÔNIA SCHMIDT**
ROGÉRIO GESTA LEAL***

- * Eixo temático – Linha 2: Tutelas à Efetivação de Direitos Transindividuais – Transparência e Participação na Gestão Pública.
- ** Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado – da UNISC. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Integrante do Grupo de Pesquisas “Estado, Administração Pública e Sociedade – Patologias Corruptivas”, vinculado ao PPGD da UNISC, coordenado pelo Prof. Dr. Rogério Gesta Leal. Advogada. E-mail: ramoniaschmidt@gmail.com
- *** Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Doutor em Direito. Prof. titular da UNISC. Professor da UNOESC. Professor visitante da Università Tullio Ascarelli (Roma Trè), Universidad de La Coruña (Espanha) e Universidad de Buenos Aires. Professor da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento da Magistratura (ENFAM). Membro da Rede de Direitos Fundamentais (REDIR), do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), Brasília. Coordenador Científico do Núcleo de Pesquisa Judiciária, da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento da Magistratura (ENFAM), Brasília. Membro do Conselho Científico do Observatório da Justiça Brasileira. Coordenador da Rede de Observatórios do Direito à Verdade, Memória e Justiça nas Universidades Brasileiras – Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. E-mail: rleal@unisc.br

Resumo

O direito à informação encontra-se assegurado pela Constituição Federal brasileira de 1988 no rol dos direitos fundamentais. Realizando uma abordagem dedutiva, pretendeu-se, no presente trabalho, por meio de um procedimento histórico de análise e da coleta de dados bibliográficos, analisar a essencialidade da informação na formação do cidadão e para a sua efetiva atuação política, buscando, ainda, identificar a sua importância no combate à corrupção. Destacando a atuação da Lei nº 12.527/2011, conhecida como Lei de Acesso à Informação, que impôs aos órgãos públicos o dever de transparência quanto aos atos públicos, a pesquisa procedida permitiu verificar que tão importante quanto o acesso à informação, a compreensão do conteúdo das informações disponibilizadas constitui instrumento essencial e eficaz na luta contra a corrupção, visto que permitem uma atuação consciente do cidadão na fiscalização dos atos estatais.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Direito à informação. Estado. Transparência. Lei de Acesso à Informação.

Abstract

The right to information is finding ensured by the Brazilian Federal Constitution of 1988 on the fundamental rights list. Performing a deductive approach, it was intended on the work, through an historical procedure of analyze and collect bibliographic data, to analyze the information essence on the citizen formation and for his effective political performance, searching, even, to identify its importance on the fight against the corruption. Highlighting the law n. 12.527/2011 actuation, known as Right to Information Law, which enforced the transparency duty to the public acts, the proceeded search allowed to verify that as important as the access to information, the subject comprehension of the information given constitutes an effective and essential instrument against corruption, seeing that allow an aware performance of the citizen on the state acts monitoring.

Keywords: Fundamental rights. Right to information. State. Transparency. Access to information law.

Introdução

Vive-se hoje na chamada era digital. Todos estão conectados em um mundo virtual, trocando informações acerca de toda sorte de experiências, transformando a internet em território livre.

Assim, a sociedade contemporânea tem seus pilares edificados sobre a informação. Útil ou inútil, correta ou incorreta, técnica ou genérica, pessoal ou coletiva, religiosa ou pagã, preconceituosa ou sensível. Hoje tudo se encontra disponível ao acesso.

Entretanto, olhando-se para trás, para o nosso passado, podemos vislumbrar que nem sempre foi assim. Nem sempre pudemos nos expressar livremente, manifestar nossas opiniões, ou ainda ter acesso às opiniões alheias e informações públicas.

A História mostra que o reconhecimento da informação e de seu acesso como direito do homem é uma conquista moderna. Coube às revoluções sociais a tarefa de libertar o uso da palavra daqueles poucos que detinham o seu monopólio por meio de um conhecimento não compartilhado ou pela condição social.

Logo, o reconhecimento do direito à informação enquanto direito fundamental ao ser humano, enquanto meio concretizador da cidadania plena, é mais recente.

Pretende-se, assim, no presente artigo, não apenas identificar a importância da informação e da compreensão do seu conteúdo na formação dos cidadãos – a fim de se tornarem parte integrante de uma comunidade –, mas também destacar a proteção oferecida pelo ordenamento jurídico pátrio no reconhecimento do direito à informação enquanto direito fundamental.

Por fim, almeja-se referir a importância e colaboração da Lei n. 12.527/2011 – conhecida como “Lei do Acesso à Informação”, que regulamenta o acesso à informação no âmbito público – no combate à corrupção.

O acesso à informação enquanto direito fundamental

Encontramo-nos em um momento em que o tema “direitos fundamentais” é objeto de interesse e de intensa discussão entre os juristas, e ganha destaque no Poder Judiciário. Soma-se a isso o fato de a Constituição Federal de 1988 trazer extenso rol de direitos fundamentais assegurados a todos os indivíduos em seu texto.

Em que pese, no entanto, seja o termo “direitos fundamentais” recorrentemente utilizado, a efetiva compreensão de seu significado não pode ser dada como certa.

Doutrinariamente, permanecem até hoje em discussão as diferenças e semelhanças entre “direitos fundamentais” e “direitos humanos”, sendo por diversas vezes utilizados os termos como sinônimos.

Para Luño (2004, p. 46), a distinção entre ambos deve observar o critério de positividade, da inserção do direito no ordenamento jurídico. Os direitos humanos, desse modo, compreenderiam “un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas” (LUÑO, 2004, p. 46), podendo ou não ser positivados no âmbito nacional ou internacional.

Tais direitos estariam vinculados, assim, a uma proposta mais metafísica, ligada aos direitos necessários para assegurar a dignidade humana. De acordo com o período histórico a ser observado e a sociedade que os cria, seu objeto sofrerá alterações.

Já os direitos fundamentais corresponderiam à positividade dos direitos humanos, que passam a ser garantidos por um determinado ordenamento jurídico positivo, “en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada” (LUÑO, 2004, p. 46).

Para Silva (2012, p. 178), a expressão “direitos fundamentais do homem” se mostraria a mais adequada, haja vista que englobaria princípios e conceitos positivados. Ainda, daria conta dos conceitos necessários à compreensão da sua vitalidade:

qualificativo “direitos fundamentais” – sem os quais a pessoa humana não se realiza – e o qualificativo “fundamentais do homem” – no sentido de direitos inerentes à pessoa humana.

Vê-se, assim, que a tentativa de conceituação acerca do que são ou de que modo se compreendem os direitos humanos ou fundamentais é tarefa hercúlea e previsivelmente falha, haja vista que se trata de um conceito aberto e composto por elementos de também difícil conceituação.

Nas palavras de Moraes (2001, p. 162), “os Direitos Humanos não nascem todos de uma vez, eles são históricos e se formulam quando e como as circunstâncias sócio-histórico-políticas são propícias ou referem a inexorabilidade do reconhecimento de novos conteúdos”. Não se trata, assim, de uma compreensão estanque no tempo, ou, ainda, não se trata de um direito previamente disponível ao homem. Trata-se de uma construção do homem em sociedade, a fim de resguardar direitos individuais ou da coletividade.

Dentre o rol de direitos fundamentais reconhecido internacionalmente e assegurado no direito pátrio, encontra-se o direito à informação, formando um dos pilares do direito à liberdade de pensamento e de expressão.

O reconhecimento do direito à informação enquanto direito fundamental, junto ao direito internacional, é antigo. Encontra-se na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1793, a consagração do direito do homem à liberdade de expressar suas ideias e opiniões:

VII

O direito de manifestar seu pensamento e suas opiniões, quer seja pela voz da imprensa, quer de qualquer outro modo, o direito de se reunir tranqüilamente, o livre exercício dos cultos, não podem ser interditos. A necessidade de enunciar estes direitos supõe ou a presença ou a lembrança recente do despotismo.

Mais recentemente, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, datada de 1948, além de reafirmar o direito à liberdade de opinião, reconheceu a todo homem o direito de receber e repassar informações por qualquer meio de expressão:

Artigo 19º

Todo o indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão, o que implica o direito de não ser inquietado pelas suas opiniões e o de procurar, receber e difundir, sem consideração de fronteiras, informações e idéias por qualquer meio de expressão.

No ordenamento pátrio, o direito à informação está assegurado pela Constituição Federal (BRASIL, 1988), no rol de direitos fundamentais:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional.

Trata-se, pois, do reconhecimento do direito à informação como um dos direitos mais caros e essenciais ao homem, que se reconhece e se faz reconhecer, individualmente e enquanto membro de uma sociedade, por meio de seu poder comunicativo.

Nesse sentido, leciona Adolfo (2014, p. 147) que a liberdade de expressão decorreu “do preceito liberal da liberdade da palavra”. Liberdade essa que pode e deve ser compreendida em sua dupla finalidade, tanto no sentido de liberdade de pensamento (haja vista que o uso da palavra somente será livre quando esta puder representar de modo fiel o pensamento de seu emissor), quanto de liberdade de expressar (emissão da mensagem sob as mais diversas formas de expressão disponíveis).

No entanto, continua o autor, há de se atentar ao fato de que, modernamente, expressão e informação já não mais podem ser utilizadas como sinônimos. A informação é imparcial e tem por objetivo contribuir para a criação de um pensamento, colaborando para a difusão de fatos e informações. A expressão, por sua vez, é parcial, revelando conceitos e ideologias previamente concebidas – emitindo juízos de valor sobre o seu objeto (ADOLFO, 2014, p. 148-149).

Aqui, no entanto, convém ressaltar que não é qualquer informação que cumpre o papel de divulgação de conteúdo. Para que cumpra sua finalidade informativa, deverá ser capaz de transmitir a mensagem, de se fazer compreender.

A mera emissão da mensagem não é garantia de sucesso na transmissão de conteúdo. O acesso à informação escrita ou verbal não pode ser compreendido como etapa final de um direito, não pode ser confundido com certeza de compreensão da mensagem pretendida pelo seu emissor:

O processamento da informação é uma atividade complexa, uma vez que, dependendo do contexto e do domínio do conhecimento, pode ter significados diversos, ou seja, um termo ora representa um conceito, ora pode representar outro e constituir relações conceituais diferentes. (SILVA; CARVALHO; 2009, p. 99).

A proteção jurídica ao direito à informação tem por objetivo garantir que o indivíduo (e a coletividade) possa a ter acesso aos dados não protegidos por sigilo. Não há como se garantir, por meio dessa proteção, que o seu conteúdo seja compreendido.

Adaptando tal conceito à área da educação, pode-se utilizar o exemplo da alfabetização – no sentido clássico, saber ler e escrever –, que não traz a certeza de entendimento do que se está lendo ou escrevendo.

Data de 1962 o alerta da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e Cultura (Unesco), no sentido de que o conceito de alfabetização elementar, vinculado à operação da leitura e escrita básicas, encontrava-se ultrapassado (UNESCO, 2000).

Passou, então, a ser considerada como alfabetizada a pessoa detentora dos conhecimentos suficientes para permitir sua atuação dentro do grupo social em que está inserida, bem como com domínio básicos em leitura, escrita e matemática, tornando-a capaz de colaborar para o desenvolvimento de sua comunidade – denominada alfabetização funcional.

Voltando ao cenário jurídico, como antes já dito, a proteção à divulgação e acesso a informações nem sempre cumpre seu papel de divulgação e transmissão de conteúdos. Trata-se de garantir o aspecto formal, mas não de buscar a funcionalidade do próprio direito.

Tal qual o alfabetizado elementar, o conteúdo da informação pode ser acessado, no entanto, possivelmente não será compreendido por quem o acessou.

A própria norma legal, embora confeccionada para os cidadãos e para a sociedade que formam, por muitas vezes se utiliza de linguagem inacessível ao seu público, tornando-a imprestável a sua finalidade.

Tratando-se o Direito de uma ciência diretamente ligada à prática textual, em que o texto se torna o instrumento e fonte das informações jurídicas relevantes, o cuidado com a linguagem e as técnicas de construção textual é essencial para o sucesso da obra (BITTAR, 2001, p. 347).

E a linguagem é um dos meios de homogeneização de que dispõe o Estado na criação de uma identidade nacional, de uma dominação sobre seus administrados:

É a unificação da língua que instaura o Estado capitalista ao produzir a língua nacional e extinguir as outras. Língua nacional certamente necessária para a criação de uma economia e de um mercado nacional, porém, muito mais ainda, para a função política do Estado. Missão portanto do Estado nacional de organizar os procedimentos discursivos modelando a materialidade do povo-nação e criar a língua, criação certamente situada nas transformações ideológicas, mas que não se reduz meramente a uma operação ideológica. (POULANTZAS, 1980, p. 66).

A arte da dominação dos indivíduos pela lei somente se torna possível quando esta puder ser compreendida e, assim, respeitada. Como definem Bittar e Almeida (2006, p. 500), “o direito se realiza como linguagem, [...] o discurso é parte constituinte da estrutura das práticas jurídicas, funcionando como aspecto de oesão/legitimação da dominação social”.

Assim, no próximo ponto, buscaremos identificar de que modo a divulgação das informações pelos órgãos públicos e o acesso e compreensão de seu conteúdo podem colaborar no combate à corrupção.

A transparência e a informação como meio de controle da corrupção: a Lei de Acesso à Informação

Como vimos antes, o ser humano é um ser social e comunicativo por natureza. O reconhecimento da linguagem em seu grupo comunitário e a compreensão de seus signos são essenciais para a formação do homem.

Assim, mais do que a capacidade de ler e escrever na língua do local em que se encontra, a atuação política do indivíduo e a assunção da sua condição de cidadão estão intimamente ligadas à capacidade de defesa de seus direitos. Deve ele ser capaz de lutar pelos seus ideais e por melhores condições de vida.

A própria noção de cidadania e a sua evolução estão ligadas às lutas sociais, em que se clamava “por autonomia diante da necessidade e por igualdade de participação por diferentes grupos de interesse, classes e movimentos sociais” (BENTO, 2009, p. 77), confrontando todas as formas de exclusão e de estratificação em sociedade.

E é justamente essa noção de cidadania, de interesse do indivíduo pela participação política, que introduz a capacidade de fiscalização do Estado, bem como oportuniza a indicação das necessidades da sociedade e possivelmente conduza a decisões governamentais que atendam as demandas da comunidade (ADOLFO, 2011, p. 14-15).

Ou seja, a concepção de cidadania envolve a participação política e a cultura cívica, adaptando-se ao conceito de democracia representativa, como lembram Gorczewski e Tauchen (2007, p. 13):

De maneira geral, se define cidadania como a qualidade ou o direito do cidadão; e cidadão como o indivíduo no gozo de direitos civis e políticos de um Estado. A idéia de cidadania está sempre ligada a um determinado Estado, e em geral expressa um conjunto de direitos que dá ao indivíduo a possibilidade de participar atividade da vida e do governo de seu Estado.

Entretanto, o controle e a própria colaboração jamais poderão ser dar às cegas. Não há que se falar em efetiva participação social ou em fiscalização de atividades e gastos estatais quando não houver transparência e publicidade em torno de tais atos.

Não há como controlar quando nem sequer se sabe o que deve ser objeto de controle. Não há como fiscalizar gastos públicos quando nem sequer se sabe o montante total do orçamento público. Não há como se debruçar sobre contratos públicos quando não se sabe quais são os contratantes ou o objeto do instrumento.

Com a confidencialidade e a arte de esconder, em torno de matéria pública, somente a corrupção tem a ganhar. Como observa Vilar (2011, p. 18), a ausência de transparência no desenvolvimento das atividades estatais é terreno fértil aos desmandos:

Corrupção envolve ainda ausência de transparência, afinal quando a coisa pública deixa este estado e passa a ser compartilhada por pessoas determinadas, que entram em conchavo para que seus interesses privados se sobreponham ao interesse público, mais uma vez há o prejuízo à coletividade que fica impossibilitada de acompanhar e reclamar por eventuais prejuízos sofridos.

A ausência de transparência torna possível a prática de toda sorte de atos, eis que a impossibilidade de controle e a inexistência de avaliação pública – decorrentes do desconhecimento – acabam por eliminar a criminalização.

Como sugere Leal (2013, p. 80-82), “talvez uma Democracia mais participativa e deliberativa responda de forma mais legítima a este problema da corrupção, envolvendo a Sociedade

Civil como protagonista primordial”, sufocando o privatismo na seara pública.

E esse diálogo entre Estado e cidadãos – bem como o interesse destes pela área pública –, por sua vez, também só se torna possível se a administração pública direcionar seus atos ao entendimento social.

Trata-se de direcionar o agir público de modo político e ético, preenchendo condições comunicativas com a esfera social (autoentendimento hermenêutico das esferas sociais). É permitir o desenvolvimento de um autoconhecimento pela coletividade e a criação de projetos de vida (LEAL, 2006, p. 40-42).

Ou seja, a essencialidade da informação (e da sua transparência) como elemento formador do cidadão (partícipe ativo de seu grupo social), e ainda como pressuposto de comunicação entre sociedade e Estado, vai além da mera autorização de divulgação das ideias de cada indivíduo:

Os pressupostos fundacionais de uma Administração Pública Democrática e Comunicativa tomam, como ponto de partida, um conceito procedimental de poder político e social [...]. [...] implica reconhecer que o processo de democratização do poder e da sociedade é permanente e longo, mediado, de um lado, por uma linguagem e comunicação política incluyente e aberta, e de outro lado, pela interação de instituições políticas tradicionais [...]. (LEAL, 2006, p. 74).

Assim, a Constituição Federal brasileira em vigência, de 1988, em consonância com os princípios que regem a administração pública¹, em especial o da publicidade, assegurou a todos os cidadãos o direito e atribuiu aos órgãos públicos o dever de prestação de informações:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado. (BRASIL, 1988).

Trata-se, justamente, de disponibilizar aos indivíduos as armas necessárias para o combate à corrupção. O cidadão tornou-se legítimo detentor de um direito que lhe permite acessar dados, averiguar a aplicação e destinação de recursos públicos, acompanhar o concepção e implementação de políticas públicas e, por que não, colaborar para o seu desenvolvimento.

Como evidencia a Controladoria-Geral da União (BRASIL, 2011, p. 08), o acesso à informação é uma ferramenta, pois cria “condições de conhecer e acessar outros direitos essenciais, como saúde, educação e benefícios sociais”.

A transparência junto à administração pública, assim, atua como um dos meios de combate à corrupção mais eficazes. Consiste em método a ser aplicado tanto na esfera social, na defesa e na promoção da integridade e responsabilidade social, como diretamente sobre a administração pública, ao analisar contratos e favores estabelecidos em nome do Estado (IVANEGA, 2011, p. 307).

Todavia, embora reconhecido enquanto direito fundamental desde 1988, como vimos acima, o acesso à informação na esfera pública carecia de algum instrumento normativa que regulamentasse seu procedimento.

Como define Mendes (2002, p. 01), a fim de que os direitos fundamentais possam ser implementados, superando o conceito de norma meramente programática, “deve-se identificar precisamente os contornos e limites de cada direito, isto é, a exata definição do seu âmbito de proteção”.

Surgiu, assim, no ano de 2011, a Lei n. 12.527, mais conhecida por Lei do Acesso à Informação, buscando regulamentar o acesso à informação assegurado no texto constitucional, esta-

¹ A Constituição Federal, no artigo 37, estabelece como princípios elementares da administração pública direta e indireta os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (BRASIL, 1988).

belecendo regras acerca do dever da administração pública de tornar públicos seus dados (BRASIL, 2011).

Dirige-se a referida norma aos órgãos que compõem a administração pública direta (Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário), Cortes de Contas, Ministério Público, autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista e outras entidades que sejam controladas, direta ou indiretamente, pela União, Estados ou Distrito Federal.

Ainda, definiu que as regras de publicidade nela estabelecidas também seriam aplicáveis às “entidades privadas sem fins lucrativos que recebam, para realização de ações de interesse público, recursos públicos diretamente do orçamento ou mediante subvenções sociais, contrato de gestão, termo de parceria, convênios, acordo, ajustes ou outros instrumentos congêneres” (BRASIL, 2011), na parte orçamentária que conte com recursos públicos, indicando a sua destinação.

Identificou-se, dessa forma, expressivo número de alvos, não se restringindo apenas à administração pública direta, como se poderia esperar. Ao encontro do interesse público, o legislador fixou regras a todos aqueles que de alguma forma são beneficiados por recursos públicos.

Ou seja, teve-se a intenção de efetivamente informar a sociedade acerca da utilização dos recursos públicos, determinando a informação de sua destinação pela administração pública e, depois, determinando àqueles que receberam tais valores e incentivos o dever de informar a sua destinação final.

No entanto, além de estabelecer a transparência dos atos como regra em matéria pública, a Lei n. 12.527 também definiu que o acesso às informações deve se dar de forma ágil e por procedimentos em linguagem de fácil compreensão.

Ou seja, como já apontamos no item anterior, o mero acesso à informação não pode ser compreendido como acesso efetivo ao conteúdo que expressa. Desse modo, a referida norma dá um passo à frente, impondo não apenas um dever estatal de informar, mas também de criar mecanismos acessíveis ao público em geral, dispondo que as informações de interes-

se coletivo ou geral, produzidas ou custodiadas pelos órgãos públicos, deverão ser divulgadas em local de fácil acesso, independentemente de requerimento.

E para que tal finalidade seja atingida, inovou a norma ao inserir a tecnologia da informática em benefício da coletividade:

Art. 8. É dever dos órgãos e entidades públicas promover, independentemente de requerimentos, a divulgação em local de fácil acesso, no âmbito de suas competências, de informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidas ou custodiadas.

[...]

§ 2. Para cumprimento do disposto no caput, os órgãos e entidades públicas deverão utilizar todos os meios e instrumentos legítimos de que dispuserem, sendo obrigatória a divulgação em sítios oficiais da rede mundial de computadores (internet). (BRASIL, 2011).

Pretendeu o legislador, pois, aproximar a administração pública e seus dados dos administrados, seguindo a tendência digital de nossa era. Ao contrário do que ocorre com diversos órgãos oficiais de imprensa, cuja finalidade informacional jamais atinge a população – mas apenas e tão somente aqueles diretamente interessados e que de seu conteúdo extraem algum tipo de benefício –, a disponibilização de um espaço digital de comunicação e publicização de atos públicos é mais próxima à realidade e financeiramente mais acessível.

Embora elogiável tal iniciativa, importa frisar, mais uma vez, que a facilitação do acesso às informações pelo uso da internet, infelizmente, não nos dá garantia acerca da efetividade da compreensão dos dados ali dispostos por parte da população.

Faz-se necessário que o poder público atente ao fato de que a tecnologia empregada na criação das páginas institucionais deve ser compreensível e acessível a todos aqueles que tenham conhecimentos básicos de informática.

O fito da norma é garantir “acesso à informação”, e, como já vimos antes, esse conceito ultrapassa a mera ideia de disponibilização. Os meios de acesso devem ser simplificados, e a linguagem na qual as informações são disponibilizadas deve

se aproximar do conhecimento da comunidade – que não é composta por técnicos da área da informática, contabilidade e economia, tampouco por operadores jurídicos.

Nesse sentido, em estudo trabalhado por Alegretti e Platt Neto (2010, p. 83-84) acerca das páginas institucionais de órgãos públicos na internet, identificaram-se recorrentes erros de disponibilização e acesso de conteúdo, dentre os quais, “arquivos de notícias sem opção de busca”, “siglas desconhecidas”, “linguagem técnica de difícil entendimento”, “ambiguidade dos temas e rótulos utilizados na organização do conteúdo”.

Concluem, assim, os autores, que “foram identificados erros cometidos nas páginas governamentais, que dificultam a interação dos usuários. Tais problemas prejudicam o acesso às informações, afetam sua compreensibilidade e, por vezes, interferem na sua utilidade” (ALEGRETTI; PLATT NETO; 2010, p. 85).

Assim, embora identificável o interesse e a preocupação dos legisladores com a transparência pública, bem como a implementação das regras de acesso por parte dos órgãos públicos, percebe-se também um desajuste entre tais atos e a noção de efetiva informação.

Concebem-se novas regras de acesso à informação, compelindo o poder público à sua observação, no entanto, olvida-se o efetivo conteúdo a ser transmitido por meio dessa informação.

Os mecanismos concebidos e implementados por vezes não são os mais indicados àquela matéria, ou ainda, não têm suas potencialidades devidamente exploradas – vindo a ser substituídos por novos meios, sucessivamente.

Percebe-se, assim, que embora a Lei n. 12.527 tenha contribuído para o respeito, regulamentação e garantia do direito à informação, ainda há muito a se avançar nesse sentido, a fim de integrar efetivamente o cidadão no combate à corrupção que assola o país.

Conclusão

A breve análise dos elementos acima debatida demonstra a importância do direito à informação na formação do homem, sendo essencial para a constituição de sua cidadania.

Da mesma forma, evidenciou-se a informação como elemento fundamental à efetiva participação política do cidadão, na medida em que um indivíduo somente poderá fiscalizar a administração pública, e, assim, colaborar para um melhor aproveitamento de recursos, quando tiver conhecimento acerca dos atos praticados pelos órgãos públicos.

Nesse sentido, destacou-se, ainda, a Lei n. 12.527/2011, conhecida como “Lei de Acesso à Informação”, que regulamentou o direito à informação estabelecido na Constituição Federal brasileira de 1988, ao determinar aos integrantes da administração pública e outros entes associados ou beneficiados por recursos públicos o dever de divulgação das informações de interesse coletivo por meio de instrumentos e linguagem acessível.

Embora tal norma tenha representado avanço quanto à transparência dos atos públicos, a análise procedida nesta pesquisa, no entanto, identificou que, por vezes, a disponibilização da informação não trouxe garantia acerca da efetiva compreensão do conteúdo pelo público.

Assim, mais do que introduzir normas e regras que imponham ao poder público o dever de disponibilização de informações, há de se atentar agora à necessidade de compreensão pela população do conteúdo disponibilizado, investindo na educação e capacitação dos administrados e na acessibilidade da linguagem utilizada pelos canais oficiais.

Referências

ADOLFO, Luiz G. S. A liberdade de expressão na Lei do Marco Civil da Internet e nas biografias não autorizadas: uma breve análise introdutória. In: COSTA, M. M. M. da; LEAL, M. C. H. (Org). *Direitos Sociais e políticas Públicas: desafios contemporâneos*. Tomo 14. Santa Cruz do Sul: 2014. p. 147-167.

_____. Desenvolvimento, inovação, pesquisa e direitos intelectuais: como conciliar o direito autoral clássico com o direito à educação? In: BOFF, S.O.; ZAMBAM, N. J.; FORTES, V. B. (Orgs). *Direito e novas tecnologias*. Passo Fundo: Imed, 2011. p. 11-21.

ALEGRETTI, D. S.; PLATT NETO, O. A. Funcionalidades, limitações e potencialidades do Portal da Transparência do Estado do Rio Grande do Sul. *Revista Catarinense da Ciência Contábil*, Florianópolis, v. 9, n. 26, p. 79-95, abr./jul. 2012.

BENTO, Leonardo V. O novo contexto da política: globalização e governança global. In: Souza, M. T. C.; LOUREIRO, P. (Org.). *Cidadania: novos temas, velhos desafios*. Ijuí: Unijuí, 2009.

BITTAR, Eduardo C. B. *Linguagem jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2001.

BITTAR, E. C. B.; ALMEIDA, G. A. de. *Curso de Filosofia do Direito*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 16 jun. 2015.

_____. Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011. *Diário Oficial da República do Brasil*, Brasília, DF, 18 nov. 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei no 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei no 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei no 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm>. Acesso em: 16 jun. 2015.

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO. França, 1793. Disponível em: <<http://www.cefetsp.br/edu/eso/cidadania/declaracao1793.html>>. Acesso em: 10 jun. 2015.

GORCZEWSKI, C.; TAUCHEN, G. Educar para os direitos humanos ou para a cidadania. In: Gorczewski, Clovis (Org.). *Direitos humanos, educação e cidadania*. Porto Alegre: UFRGS, 2007.

IVANEGA, Miriam M. La responsabilidad disciplinaria como instrumento de transparencia y eficiencia de la gestión pública. In: BAUTISTA CELY, M. L.; SILVEIRA, R. D. da. (Org). *Direito disciplinário internacional: estudos sobre a formação, profissionalização, disciplina, transparência, controle e responsabilidade da função pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. v. 1. p. 303-320.

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

_____. *Patologias corruptivas nas relações entre Estado, administração pública e sociedade: causas, conseqüências e tratamentos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2013.

LUÑO, Antonio E. P. *Los derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos, 2004.

MENDES, Gilmar. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, n.º. 10, janeiro, 2002. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_10/DIALOGO-JURIDICO-10-JANEIRO-2002-GILMAR-MENDES.pdf>. Acesso em: 17 jun. 2015.

MORAIS, Jose L. B. de. Direitos humanos, direitos sociais e justiça: uma visão contemporânea. In: LEAL, R. G.; ARAÚJO, L. E. B. de. (Org). *Direitos Sociais e políticas Públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul, 2001. p. 159-225.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. ONU. *Declaração Universal dos Direitos do Homem*. 1948. Disponível em: <http://www.ohchr.org/en/udhr/documents/udhr_translations/por.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2015.

POULANTZAS, Nicos. *O Estado, o poder, o socialismo*. Tradução de Rita Lima. Rio de Janeiro: Graal, 1980.

SILVA, J. C. da; CARVALHO, C. L. de. A sociedade da informação e do conhecimento: presente e futuro. *Revista UFG*, Belo Horizonte, 2009, n. 07, ano XI, dez/2009. Disponível em: <http://www.proec.ufg.br/revista_ufg/dezembro2009/sociedade_informacao_10.pdf>. Acesso em: 17 jun. 2015.

SILVA, José A. da. *Curso de direito constitucional positivo*. 35. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2012.

UNESCO. *Alfabetismo funcional em siete países de América Latina*. Santiago, 2000. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001214/121483so.pdf>>. Acesso em: 16 jun. 2015.

VILAR, Paulo I. O. *Lei de improbidade administrativa como instrumento de combate à corrupção e de desenvolvimento econômico*. 2011. 117 f. Dissertação. (Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas) – Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2011. Disponível em: <<http://www.ccj.ufpb.br/pos/wp-content/uploads/2013/07/Paulo-%C3%8Dtalo-Lei-de-Improbidade-Administrativa2.pdf>>. Acesso em: 25 out. 2014.

DIREITO À MEMÓRIA E À VERDADE: UMA ANÁLISE ACERCA DA INCOMPLETUDE DA JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO BRASILEIRA*

BRUNA DE LINHARES SILVA**
DANIELA DE OLIVEIRA PIRES***

“Somos devedores de parte do que somos
aos que nos precederam”
(RICOEUR, 2007, p. 77).

* Eixo temático: Multiculturalismo, Constituição e Direito Penal

** Bacharela em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI Campus de Santiago), pós-graduanda em Direito Público pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul e membro dos Grupos de Pesquisa de Justiça de Transição, da FMP, e de Constitucionalismo e Justiça de Transição na América Latina, da UFRGS. E-mail: brunadelinhares@gmail.com

*** Doutora em Educação pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, na linha de Estado e Políticas Públicas. Professora do Curso de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público. E-mail: danielaopires77@gmail.com

Resumo

O presente artigo acadêmico tem por objetivo a realização de uma análise a respeito da Justiça de Transição, que pressupõe o período relativo ao final do regime ditatorial, em 1985, e a instauração do Estado Democrático de Direito, implantado no país com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil em 1988. Todavia, é cediço que a transição não é imediata ao perfazer etapas e mecanismos, mas sim lenta, gradual e atual, visto que perdura até os dias de hoje. Desse modo, para compreender os progressos das medidas transicionais e as limitações que ainda pairam sobre elas, mostra-se necessário fazer uma breve abordagem sobre cada um dos pilares que a compõem, no intuito de compreender a maneira como a justiça transicional vem sendo adotada no país, para que, ao fim, se possam trazer os esclarecimentos acerca da importância dos pilares da verdade e da memória enquanto real possibilidade de fortalecimento da democracia brasileira. Para isso, a metodologia utilizada teve como procedimento a pesquisa bibliográfica, focalizando as construções doutrinárias e legislativas, assim como os testemunhos, os depoimentos e as narrativas a respeito do tema, sendo que, como resultados podemos, apontar a imprescindibilidade da concretização dos pilares da verdade e da memória, para que não sejam perpetuadas as injustiças do passado, para fortalecer a democracia brasileira e, finalmente, como forma de não voltar a vivenciar um regime de exceção no Brasil.

Palavras-chave: Constitucionalismo. Ditadura Civil-Militar. Estado Democrático de Direito. Justiça de Transição no Brasil. Memória e Verdade.

Abstract

This academic article aims to conduct an analysis regarding the Transitional Justice, which requires the period for the end of the dictatorship in 1985 and the establishment of democratic rule of law, established in the country with the promulgation of the Constitution the Federative Republic of Brazil in 1988. However, it is musty that the transition is not immediate steps and making mechanisms, but slow, gradual and current, as endures to this day. Thus, to understand the progress of the transitional measures and the limitations that still hang over them, it appears necessary to make a brief overview of each of the pillars that compose it, in order to understand how the transitional justice has been adopted in country, so that in the end, it can bring clarifications about the importance of having the pillars of truth and memory, while real possibility of strengthening of Brazilian democracy. For this, the methodology used was to the literature procedure, focusing on the doctrinal and legislative buildings, as well as the testimonies, the testimonies and narratives on the subject, and as a result we can point to the indispensability of the realization of the true pillars and memory, so they are not perpetuated injustices of the past, to strengthen Brazilian democracy and finally, as a way to not go back to experience an exception regime in Brazil.

Keywords: Constitutionalism. Civil-Military Dictatorship. Democratic State. Transitional Justice in Brazil. Memory and Truth.

Considerações iniciais

Este artigo pretende analisar o instituto da Justiça de Transição, especialmente sob o viés dos pilares da memória e da verdade, enquanto condição necessária para o aprimoramento tanto da Justiça de Transição como do fortalecimento dos demais mecanismos. Para tanto, este texto terá como procedimento a pesquisa bibliográfica, focalizando as construções doutrinárias e legislativas, assim como os testemunhos, os depoimentos e as narrativas a respeito do tema.

O presente trabalho científico será dividido em três partes, sendo, inicialmente, abordados o conceito de Justiça de Transição e os pilares que a compõem, para, em momento posterior, realizar-se análise a respeito da transição brasileira, desde a Lei da Anistia, passando pela ADPF nº 153, pela Comissão Nacional da Verdade e por demais pontos relevantes ao estudo das medidas transicionais adotadas no Brasil. Além disso, objetiva-se trabalhar com os espaços destinados para memória do que se passou na época ditatorial, sendo de conhecimento notório que, atualmente, o Brasil conta apenas com um espaço de memória reconhecido, o memorial da resistência de São Paulo. Por fim, este artigo trará uma análise sobre a importância da memória e da verdade como condição para o respeito e o fortalecimento do instituto da Justiça de Transição brasileira, uma vez que esses pilares potencializam os demais.

A Constituição da República Federativa do Brasil foi promulgada em 5 de outubro de 1988. Passados mais de 25 anos da vigência da Magna Carta, algumas questões ainda causam certa angústia e trazem sentimento de insegurança à sociedade brasileira, pois não se vislumbra razoavelmente a efetividade de tal texto legal, notadamente no que diz respeito à Justiça de Transição, como condição para o aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito.

Como é possível explicar a fragilidade da ordem constitucional brasileira, tendo em vista que, tomando como parâmetro a conjuntura política relativa ao ano de 2016, ainda hoje ou-

vem-se brados que apoiam, como solução para a crise política que o país vivencia, o advento de um novo Estado de exceção, em detrimento do Estado Democrático de Direito? Como compreender até hoje o enaltecimento de torturadores reconhecidos, após as atrocidades vivenciadas no Brasil na época da Ditadura Civil-Militar?

A Justiça de Transição, que ainda é um processo histórico em construção no Brasil, pode ser vista como um conjunto de medidas transicionais que contribuem para a retomada das premissas de uma democracia após um período de exceção, ou seja, representa a passagem de um regime autoritário ditatorial, imposto ao país com o Golpe Civil-Militar de 1964, que perdurou no nosso ordenamento por 21 anos, para o Estado Democrático de Direito, trazido expressamente pela Constituição Federal brasileira de 1988.

Nessa perspectiva, a Organização das Nações Unidas (ONU) considera a Justiça de Transição como um “conjunto de mecanismos usados para tratar o legado histórico da violência dos regimes autoritários”, que tem como elementos principais a memória e a verdade, por serem esses os pilares capazes de revelar os fatos ocorridos, resgatando, desse modo, a história. Para tanto, salienta que a verdadeira transição “só existe de fato quando abrange também o reconhecimento dos direitos das pessoas, [...] a obrigação moral de apoiar a criação de mecanismos e processos que promovam a justiça e a reconciliação” (PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO, 2011, p. 16).

Ocorre que essa trajetória está muito longe de ser linear, ao contrário, é um movimento histórico dialético e contraditório, visto que, para ser aperfeiçoado, precisam ser atendidos os cinco pilares que sintetizam a noção de transição: o direito à memória, à verdade e à justiça, à reparação e à reforma das instituições. Ora, é possível afirmar, em linhas gerais, que no Brasil se está vivenciando uma transição lenta e gradual, portanto, uma conjuntura democrática inacabada.

Justiça de Transição: breve conceituação e contextualização

A partir da década de 1960 até meados de 1990, disseminaram-se pela América Latina diversos regimes ditatoriais. Especificadamente no caso do Brasil, a Ditadura Civil-Militar foi deflagrada em 1º de abril de 1964, por meio de um golpe de Estado, e perdurou até o ano de 1985. Durante esse período, inúmeras foram as violações dos direitos humanos, houve torturas, desaparecimentos forçados, perseguições e prisões políticas, exílios, exonerações dos opositores do setor público, assassinatos, entre outras formas de terrorismo e de supressões de direitos exercidas pelos ditadores civis-militares (LUNARDI, 2012, p. 155-156; RODRIGUES; VÉRAS NETO, 2012, p. 255).

Em que pese o Golpe Civil-Militar tenha se sustentado até o ano de 1985, sob o viés jurídico, o marco inicial da redemocratização brasileira deu-se apenas em 1988, com a Constituição da República Federativa do Brasil. Porém, ainda que passados mais de 25 anos da sua promulgação, o país não tem conseguido enfrentar devidamente os excessos praticados durante a ditadura, o que limita, em grande escala, o exercício da cidadania e a verdadeira implementação de um Estado Democrático de Direito (LUNARDI, 2012, p. 155; SILVA FILHO, 2015b, p. 138).

A Justiça de Transição é o instituto utilizado para promover a consolidação da democracia em detrimento de períodos políticos de violência massiva, como foi o caso da ditadura civil-militar no Brasil. Essas ações, que visam efetivar a transição dos regimes opressores para o Estado Democrático de Direito, envolvem o direito à memória e à verdade, à reparação das vítimas, à reforma das instituições e à punição pelas violações dos direitos ocorridos à época da exceção (SILVA FILHO; CASTRO, 2014, p. 119-120).

Isto porque os povos têm o direito de conhecer a sua história, por mais traumática que ela seja, uma vez que é por meio desse reconhecimento que se evita que esses períodos de exceção se repitam, é por meio dessa Justiça de Transição que

se promove a efetiva passagem radical de um regime opressor para um país que consolida tempos de paz. Além disso, sabe-se que uma violência que não é estudada coletivamente é esquecida e pode voltar a se repetir, eis o que se tenta evitar com a devida implementação da Justiça de Transição.

No Brasil, as medidas transicionais adotadas para que o país pudesse alterar em definitivo o seu status político, do contexto de uma ditadura civil-militar para a construção plena de um Estado Democrático de Direito, têm três marcos históricos, que são a Constituição da República Federativa do Brasil, a anistia e o acesso à verdade (SOUSA JUNIOR; SOUSA, 2015, p. 25).

Todavia, é importante perceber que implementar “manobras” políticas para sair de um regime autoritário para uma democracia, isto é, pôr fim à censura, retomar as eleições diretas, secretas e periódicas, exercer a liberdade de expressão e de associação e adotar uma constituinte com garantias à sociedade, por si só não fortalece a democracia de um Estado (SILVA FILHO, 2015b, p. 134), mesmo porque foi a própria ditadura que estabeleceu as condições para o seu término. Sabe-se que a transição do regime autoritário para o Estado Democrático de Direito advém de termos pré-estabelecidos pelos opressores, de modo que se deve compreender que o Brasil vivenciou e vivencia uma (re)democratização negociada.

É por essa razão que o Brasil precisa adotar uma pauta que coloque a sociedade como fundamento da nova ordem constitucional estabelecida, que repudie os crimes contra a humanidade e todas as formas de violações aos direitos humanos, quaisquer que sejam eles, haja vista que, dessa maneira, o país poderá se aproximar cada vez mais de uma justiça transicional completa, empoderando o povo e constituindo um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

Dos golpes civis-militares à Justiça de Transição no Cone-Sul

Superada essa conceituação, veja-se que, como bem explana Quinalha, as questões discutidas na seara da Justiça de Transição e da consolidação democrática estão inseridas em um

âmbito transdisciplinar das ciências que integram a teoria social, haja vista que essa tendência de retornar a um assunto tido como resolvido demonstra a “dificuldade de elaboração social e coletiva de um passado traumático” do Brasil (2013, p. 17-18).

Aliás, é de se ressaltar que não só o Brasil foi afetado por ditaduras militares, mas também os demais países do Cone-Sul foram atingidos por uma onda de regimes ditatoriais, instaurados por meio de golpes de Estado que contaram com o apoio das corporações militares, quando não foram protagonizadas por estas (QUINALHA, 2013, p. 18). Nesse contexto, o autor é enfático:

Por certo, é difícil, senão impossível, definir com precisão o quanto a experiência social de regimes autoritários do passado se presentifica de modo a obstaculizar, ainda hoje, a melhora na qualidade da democracia nesses países. Também é difícil estimar, com exatidão, o quanto uma cultura de impunidade, que afeta a legitimidade e a efetividade do direito e de suas instituições, vem sendo alimentada pela ausência – ou pela insuficiência – de medidas destinadas a reparar esses graves abusos de direitos humanos do passado. (QUINALHA, 2013, p. 19).

Ora, não há como deixar de relacionar os obstáculos e as limitações à democracia com as experiências de autoritarismo que são vivenciadas pela sociedade atualmente. É indubitável que, ainda hoje, existe uma cultura político-jurídica vinculada a um “autoritarismo instrumental de grande fôlego na América Latina e que não foi, em grande medida, desativado”. Nesse sentido, é preciso visualizar esse legado para que seja possível concretizar o ideal democrático e republicano em sua plenitude (QUINALHA, 2013, p. 21-22).

O silêncio que pairou sobre as ditaduras civis-militares nos Estados do Cone-Sul se deu, entre outros motivos, em razão da grande força política dos setores civis e militares que sustentaram os golpes, da adoção de medidas paliativas para a promoção de uma conciliação entre o Estado e a sociedade e, além disso, como se já não fosse suficiente, por não serem essas as pautas prioritárias para os governos (QUINALHA, 2013, p. 22).

Perceba-se que, por intermédio da atuação de movimentos sociais de ex-presos e de familiares de desaparecidos políticos, esse passado autoritário não deixou de estar em voga. Todavia, apenas em 2007 passou a ser intensamente problematizado, sendo levado ao espaço público (QUINALHA, 2013, p. 23).

É nesse contexto, de notabilização social e de problematização da Justiça de Transição, que se mostra necessário trabalhar os pilares que possibilitam a concretização de um efetivo Estado Democrático de Direito, pois isso não só dissemina o conhecimento sobre este, como também viabiliza a sua devida implementação.

Os pilares da Justiça de Transição e o fortalecimento da democracia

Como visto anteriormente, a Justiça de Transição apresenta-se como uma forma concreta de sanar os anseios sociais diante do legado deixado pelos regimes ditatoriais. Busca reestabelecer o Estado Democrático de Direito, reconhecer as diversas violações aos direitos humanos perpetrados e promover possibilidades de fortalecimento da democracia (ABRÃO; GENRO, 2012, p. 33).

É a partir dessa promoção do aprofundamento da democracia que se passa a visualizar os cinco pilares da Justiça de Transição: a verdade, a memória, a reparação das vítimas, a justiça – como forma de responsabilização dos agentes perpetradores de violações aos direitos humanos – e as reformas das instituições. Esses pilares, quando exercidos por meio de políticas públicas de educação e justiça, servem para trabalhar socialmente os valores democráticos, “transformando o sofrimento do período autoritário em um aprendizado para a não repetição e para a disseminação de valores condizentes com o respeito aos direitos humanos” (ABRÃO; GENRO, 2012, p. 33-34).

Nesse viés, Rodrigues e Vêras Neto salientam que a realização de investigações em prol da justiça e da verdade são essenciais para instaurar processos de educação em direitos

humanos e para conseguir, efetivamente, transitar de um autoritarismo para uma ordem democrática, como apontado na Constituição Federal de 1988, efetiva na consolidação constitucional de uma cultura de direitos humanos centrada na dignidade da pessoa humana (2014, p. 164).

Diante disso, compreende-se que essa justiça transicional almeja, em última análise, com a concretização desses pilares, “a garantia do (r)estabelecimento das relações democráticas”, para que todas as pessoas possam fazer parte dos processos de interação social, sem quaisquer distinções. Visa-se, então, reconhecer as atrocidades cometidas pela ação ditatorial do Estado no passado, voltando-se àqueles cidadãos perseguidos durante esse regime de exceção que foram privados de exercer a sua participação na vida social. Assim, além de admitirem-se os erros do passado, os mandos e os desmandos do Estado, reconhece-se a legitimidade da resistência de quem se opôs ao regime autoritário civil-militar (BAGGIO; MIRANDA, 2010, 246).

No que se refere à efetivação desses pilares, Baggio e Miranda (2010, p. 246) destacam alguns méritos e algumas falhas:

A transição brasileira tem conseguido alcançar a dimensão reparatória, tanto em sua dimensão pecuniária como também moral, porém estamos longe de atingir a completude das reformas das instituições que integraram o sistema de exceção, do mesmo modo, conseguimos avançar muito pouco na responsabilização dos agentes estatais perpetradores de violações aos direitos humanos e também não estamos sendo capazes de garantir às presentes e futuras gerações o acesso ao direito à memória e à verdade. Em resumo, a transição brasileira ainda não está completa, o que impossibilita o (r)estabelecimento de relações positivas de reconhecimento e, conseqüentemente, de (re)integração daqueles que foram renegados por um período histórico.

As autoras compreendem que o aprofundamento de um processo democrático está estreitamente vinculado a um aumento da produção de formas de integração social, uma vez que a “justiça de transição busca cumprir esse papel em relação aos perseguidos políticos”. Na ausência de profundas reformas das instituições após o regime autoritário que tomou o poder

em 1964, criam-se fortes empecilhos à busca da superação do governo autoritário enraizado na cultura institucional brasileira (BAGGIO; MIRANDA, 2010, p. 270).

Em prosseguimento, partindo da conceituação de Justiça de Transição, dos regimes de exceção pelos quais passaram os países do Cone-Sul e da necessidade de implementar devidamente os cinco pilares que permitem a verdadeira instituição de um Estado Democrático de Direito, é possível que se passe à conjuntura brasileira especificadamente, a fim de analisar a sua postura frente ao Estado de exceção vivenciado de 1964 a 1985, e quais têm sido as medidas adotadas para a efetivação da democracia.

Perspectivas acerca da Justiça de Transição brasileira

A anistia é uma medida legal utilizada nos processos transicionais, ainda que existam várias polêmicas a respeito da sua aceitabilidade jurídica e da sua adequação. Para Abrão e Torelly, a aprovação da Lei de Anistia, em 1979, pode ser vista como um primeiro passo rumo à redemocratização, pois de “liberdade” passou a ser considerada como uma espécie de “reparação”, que restou inclusa no art. 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias de 1988 (2013, p. 112).

Todavia, veja-se que a anistia não passa a ser debatida tão somente em 1979, na história brasileira; ela está diretamente ligada ao contexto do combate entre regime autoritário e resistência política já na década de 1970. O movimento para a aprovação de uma Lei de Anistia existia desde o início do Golpe, mas foi entre 1974 e 1975 que se fortaleceu. Nesse momento o pedido de anistia aos perseguidos políticos se irradiou pela sociedade, desde os militantes até os movimentos estudantis, culturais e populares, do operário insurgente, de modo que “formaram uma das maiores mobilizações sociais vistas na história do Brasil” (ABRÃO; TORELLY, 2013, p. 113-114).

A Lei da Anistia foi aprovada por apertada maioria de 206 a 201 votos, porém, não de forma ampla e irrestrita, como queriam as mobilizações sociais, pois o governo militar apresentou projeto de lei diverso do inicial, agora prevendo uma anistia aos crimes políticos e conexos. Ainda assim, a lei tornou-se um marco jurídico precursor do processo de redemocratização, pois permitiu que intelectuais, artistas e militantes políticos exilados voltassem ao Brasil (ABRÃO; TORELLY, 2013, p. 114-115; SILVA FILHO, 2015a, p. 57).

Contudo, não é possível esquecer que essa anistia foi implementada enquanto o regime autoritário civil-militar estava no poder, de modo que foi recebida como um apelo ao esquecimento das barbáries que aconteceram à época. Nesse norte, Silva Filho complementa:

Com o esquecimento imposto pela anistia de 1979, a sociedade brasileira não teve acesso às narrativas, aos documentos e aos dados que poderiam ter aflorado através de investigações judiciais e da abertura dos arquivos. Impôs-se, outrossim, um silêncio temeroso e reverencial. A notícia dos assassinatos, sequestros, torturas, desrespeito total por direitos fundamentais, ilegalidades, barbáries, ficavam restritas ao círculo menor dos familiares das vítimas, não obtiveram maior espaço na agenda pública e midiática. [...] Uma das consequências mais atroz desse esquecimento imposto foi a impunidade dos agentes públicos que violaram até mesmo a própria lei que vigorava durante a ditadura civil-militar, torturando, matando e desaparecendo com os restos mortais das suas vítimas. (SILVA FILHO, 2015a, p. 63).

É nesse contexto que, na constante busca pela implementação da Justiça de Transição, no ano de 1995 foi promulgada a Lei nº 9.140, mais conhecida como Lei dos Mortos e Desaparecidos Políticos, que confere especial relevância para as iniciativas de concretização do direito à memória e à verdade, pois reconheceu o desaparecimento forçado de 136 pessoas, creditando ao Estado a responsabilização por isso e o dever de indenizar as famílias das vítimas. Além disso, instituiu a Comissão Especial de Mortos e Desaparecidos Políticos com o encargo de investigar os demais casos de desaparecimentos que não constavam na lista anexa à referida Lei (SILVA FILHO, 2015a, p. 72-73).

Em que pese a promulgação dessa lei tenha se dado em 1995, a regulamentação de que pendiam as indenizações devidas aos familiares das vítimas sobreveio apenas em 2001, por meio da Medida Provisória nº 2.151, que foi transformada na Lei nº 10.559/02. Tal norma, além de estabelecer direitos aos anistiados e tratar da reparação econômica, criou a Comissão de Anistia, no âmbito do Ministério da Justiça, deixando-a responsável por deliberar sobre os requerimentos fundados na lei retrocitada.

Silva Filho faz notar que, após a criação da Comissão de Anistia e, especialmente, durante a condução do Ministério da Justiça pelo então governador Tarso Genro, houve uma “radical mudança na concepção da anistia como política do esquecimento”. Isso porque, além de solicitar documentos e comprovações das violências sofridas, nas sessões de julgamento os presentes são convidados a falar, prestando, por vezes, importantes testemunhos, que são registrados e anexados aos processos em julgamento, com vistas a fornecer a versão daqueles que foram perseguidos políticos pelo regime civil-militar, em contraste com a visão geralmente “pejorativa” que sobre eles recai a partir dos documentos produzidos pelos órgãos de informação do período (2015a, p. 74).

Em complemento, no diz respeito à Comissão de Anistia, Baggio explica:

O que fez a Comissão de Anistia a partir de 2007 foi estruturar a parte do sistema reparatórios existente na Lei nº 10.559/02 desde uma articulação mais generaliza da com os demais pilares da Justiça de Transição, de forma que a própria concepção de anistia política pudesse ser ressignificada de acordo com as lutas político-sociais que historicamente ela simbolizou no Brasil e que garantiram a contemplação de um direito constitucional à reparação, que, em momento algum da Constituinte de 1986, representou uma tentativa de esquecimento sobre as atrocidades ocasionadas pelo Estado brasileiro durante o regime ditatorial. (BAGGIO, 2015, p. 284-285).

Para a autora, a Comissão de Anistia teve por objetivo promover a reversão dos primeiros impactos que marcaram o

processo transicional brasileiro, desde a promulgação da Lei de Anistia, no ano de 1979, uma vez que almejava fomentar políticas públicas de incentivo à integração social por meio do acesso à memória e ao reconhecimento da importância histórica dos perseguidos políticos em razão de estes terem resistido ao poder autoritário do golpe de 1964. E conclui, referindo que o êxito dessa reconciliação “pode ter um sentido relevante na história de um país se puder significar um progresso moral nas relações da sociedade e desta com o Estado” (BAGGIO, 2015, p. 285).

Dentre os vários projetos que começaram a ser implementados, o Projeto Marcas da Memória, que tem como objetivo disseminar o aprendizado coletivo acerca da Justiça de Transição no Brasil, deu ensejo à construção de uma política pública de apoio psicológico às vítimas da violência perpetrada pelo Estado, por meio do projeto “Clínicas do Testemunho” (BAGGIO; ROSITO, 2013, p. 148-149).

Nesse período, a Comissão da Anistia passou a implementar políticas públicas de memória. Algumas tiveram grande repercussão, como no caso das Caravanas da Anistia, pois a Comissão se “desaloja” do Palácio da Justiça, em Brasília, e passa a percorrer vários estados brasileiros para julgar requerimentos de anistia, seja em ambientes educativos, seja em espaços públicos e comunitários. Essas Caravanas contam com o testemunho de anistiandos e anistiandas que permitem “recolocar no plano simbólico a violência negada e repetitiva” (SILVA FILHO, 2015a, p. 74). Justamente, por ser essa Comissão a encarregada de acolher os testemunhos do trauma social da ditadura, Silva Filho compreende que esses espaços, tanto no próprio Ministério da Justiça quanto em locais esparsos da sociedade brasileira, têm que se multiplicar (2015b, p. 137), visto que:

A memória da violência, especialmente quando se trata da violência massiva e institucional, encontra o seu canal privilegiado no testemunho das vítimas. A possibilidade do testemunho da violência não é apenas o caminho para a cura terapêutica das vítimas, mas é também o caminho para a sensibilização política da sociedade rumo ao necessário conhecimento dos atos de violência, das perversões insti-

tucionais e dos atos de resistência diante do arbítrio. O testemunho é ingrediente central na construção de políticas para a paz e para o repúdio à violência. (2015b, p. 136).

Nota-se, assim, que, principalmente até os anos 80, não houve reparação às vítimas. Já em 2002, predominava a questão financeira para tal reparação. Foi somente a partir de 2007 que houve uma ressignificação da transição brasileira; nesse momento, objetiva-se buscar as marcas da memória, afastando do Estado Democrático de Direito o esquecimento do período de exceção vivenciado durante o Golpe Civil-Militar de 1964, para desculpar-se com as vítimas.

Na sequência, em contrapartida aos debates que havia a respeito da Lei de Anistia, no ano de 2008, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil propôs a Arguição por Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), com o intuito de reverter a interpretação dada à referida legislação, dando-lhe nova visão, no sentido de que a Lei de Anistia não poderia abrigar aqueles que cometeram violações aos direitos humanos; todavia, a ação foi julgada improcedente pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em 28 de outubro de 2010, de maneira que a anistia permaneceu sendo recíproca (QUINALHA, 2013, p. 23; RODRIGUES; VÉRAS NETO, 2012, p. 270).

Rodrigue e Vêras Neto compreendem que, com essa decisão, o STF simplesmente conseguiu evidenciar que negou as obrigações estabelecidas com o Tribunal Interamericano de Direitos Humanos, ainda que tivesse a obrigação de cumpri-las (2012, p. 272). No entanto, Baggio complementa que, ainda que o STF resista em romper com a anistia do esquecimento, isso não quer dizer que o Brasil não tenha condições de avançar, já que está inserido no contexto dos países do Cone-Sul, o que favorece o debate sobre a importância da aplicação das normas de direito internacional dos direitos humanos (2014, p. 105).

Depois, em novembro do mesmo ano, finalmente o Brasil foi condenado pelo desaparecimento de 70 vítimas, no Norte do país, durante o regime de exceção, evento chamado de “Caso Araguaia”. Essa condenação foi a que gerou maior impac-

to sobre as responsabilidades estatais (BAGGIO, 2014, p. 104; QUINALHA, 2013, p. 24).

Essa decisão, proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em 2010, ainda impôs ao Brasil o dever de investigar e sancionar as graves violações aos direitos humanos na época do Golpe Civil-Militar, de garantir o efetivo julgamento dos suspeitos e de buscar, sistematizar e publicar toda informação referente ao período de exceção que se iniciou em 1964. Além disso, a sentença também foi determinante para a alteração da concepção do Ministério Público Federal, que, a partir desse momento, passa a contornar o seu posicionamento anterior ao aceitar as denúncias da sociedade civil, ao menos contra as violações mais severas aos direitos humanos, adotando importantes aportes da doutrina do Direito Internacional dos Direitos Humanos (ABRÃO; TORELLY, 2013, p. 129; QUINALHA, 2013, p. 24-25).

Veja-se que não se trata de uma revisão historiográfica, mas de “permitir que as narrativas sufocadas, especialmente as das vítimas, possam emergir”. Entretanto, deve-se ressaltar que, até o ano de 2010, a Lei da Anistia representava barreira difícil de ser transposta para a concretização dos pilares do direito à memória e à verdade, pois seguidamente as investigações que visavam a apuração dos crimes praticados durante o golpe eram abortadas (SILVA FILHO, 2015a, p. 72).

Todavia, considerando que o Brasil foi constrangido publicamente para que passasse a tratar com mais seriedade as violações perpetradas durante a ditadura, em resposta à sentença proferida pela Corte Interamericana, o país promulgou a Lei nº 12.528/2011, que instituiu a Comissão Nacional da Verdade, a qual visava apurar os fatos que ocorreram durante o regime de exceção, e a Lei nº 12.527/2011, que ficou conhecida como Lei de Acesso a Informações Públicas (BAGGIO, 2014, p. 104; QUINALHA, 2013, p. 25).

Pelo exposto, é possível perceber que, nos últimos anos, o Brasil tem demonstrado avanços na seara das medidas transicionais, especialmente pela atuação da Comissão da Anistia e pela influência da referida decisão da Corte Interamericana de Direi-

tos Humanos. Ocorre que tais avanços não são autossuficientes, mas podem representar um impulso para novas decisões e para mais atuações no sentido de fomentar medidas transicionais, notadamente em relação ao direito à memória e à verdade.

Memória e verdade como condição para o fortalecimento da democracia constitucional em face do legado ditatorial-autoritário

Inicialmente, note-se que, para fins desta temática, por vezes o direito à memória e o direito à verdade se articulam, a ponto de comporem uma única expressão: “direito à memória e à verdade”. Todavia, enquanto o direito à verdade diz respeito à investigação das inúmeras violações aos direitos humanos e dos crimes contra a humanidade perpetrados durante o regime de exceção, a fim de esclarecer o fato, quem foi o seu autor e quem era a vítima, o direito à memória demonstra a imprescindibilidade de recordar esses fatos e todas as atrocidades que o envolveram, a fim de repudiá-los, escapando de qualquer forma de repetição (SILVA FILHO, 2015a, p. 51-52).

Rudnicki explica que a memória é a capacidade de adquirir informações, de reter fatos e experiências, com a possibilidade de lembrar e de transmitir suas vivências ao futuro (2009, p. 173). Explana que:

A vítima não reclama compaixão senão o respeito a seus direitos. O Estado “social” não pode ser insensível aos prejuízos que a vítima sofre como consequência do delito (vitimização primária) e como consequência da investigação e do processo mesmo (vitimização secundária). A efetiva “ressocialização” da vítima exige uma intervenção positiva dos particulares e dos poderes públicos, dirigidas à satisfação solidária das necessidades e expectativas reais daquela. O delito (a vitimização) é desde este ponto de vista, mais um “acidente social”. (GARCÍA PABLOS apud RUDNICKI, 2009, p. 176).

Ainda sobre o direito à memória, Silva Filho ressalta que o testemunho das vítimas tem prioridade ética, visto que é por meio da memória dessas vítimas que a sociedade pode tentar compreender a dimensão das violências físicas e psicológicas praticadas pelo Estado ou com o apoio dele. Somente a vítima é capaz de armazenar em fluxo a ligação entre a história e a memória, o que é chamado de testemunho, figura que, além de ter grande valor terapêutico para a vítima, representa importante valor documental para a sociedade (2015a, p. 52 e 69). Mais que isso, para o autor, o testemunho é o “caminho para a sensibilização política da sociedade rumo ao necessário conhecimento dos atos de violência, das perversões institucionais e dos atos de resistência diante do arbítrio”, tratando-o, ainda, como essencial para a construção de políticas pacíficas e de repúdio à violência (2015b, p. 136).

Diante disso, é possível compreender o testemunho como a memória capaz de trazer a expressão maior da violência e de todas as demais atrocidades sofridas durante o período de exceção, de modo que pode trazer a sociedade a se responsabilizar pelas vítimas.

No entanto, o que se vislumbra é que, entre o final do século XX e o início do século XXI, há uma chamada “perspectiva amnésica”, pois, em vez de se buscar o passado ainda pulsante na memória das vítimas, a democracia moderna preferiu instaurar um “marco zero”. Dessa forma, optou por colocar as vítimas em situação de igualdade, objetivando o esquecimento de injustiças cometidas (SILVA FILHO, 2015a, p. 52).

Como bem explana Baggio, a doutrina é assente ao conjecturar as medidas aptas a afrontar o legado violento e autoritário deixado pelos 21 anos de ditadura civil-militar e a reconstruir as sociedades democráticas de direito, sendo necessária a “reparação às vítimas, a responsabilização dos perpetradores dos crimes de violação aos direitos humanos e as estratégias de não repetição com base nos aportes do direito de acesso à memória e à verdade histórica dos fatos ocorridos” (2015, p. 282).

Ademais, é inconteste que inúmeros arquivos da repressão não estão acessíveis à sociedade civil brasileira, pois são

deliberadamente ocultados, o que revela a tendência das autoridades detentoras desses materiais de manter no esquecimento as atrocidades cometidas na época do regime autoritário que assolou o Brasil. Isso porque um “povo sem memória torna-se incapaz de julgar seus governantes e perde força para construir uma sociedade pautada nos interesses da maioria”, o que justifica a importância de empoderamento sobre o que ocorreu verdadeiramente na época do regime de exceção (SOUZA JUNIOR; SOUZA, 2015, p. 26).

Nesse mesmo viés, Ruiz esclarece que:

A justiça ética requer a memória como condição necessária. A memória é o recurso que o injustiçado tem para fazer presente a injustiça do passado. A injustiça sempre remete a um passado como condição do presente justo. Os interesses dominantes da ordem vigente tendem a esquecer a injustiça do passado e suas vítimas, embora elas sejam a condição deste presente. O esquecimento é uma segunda injustiça, necessária para a preservação da estabilidade da ordem. O esquecimento possibilita que se perpetue a injustiça do passado, ignorando suas consequências no presente. Esquecer é, também, a condição necessária para repetir a barbárie. O que nos leva a recordar a máxima de que toda a barbárie se executa como tragédia e se repete como comédia. Contrariando o esquecimento da ordem, a verdadeira justiça no presente requisita a memória do acontecido. Sem a memória a injustiça cai no esquecimento e com ela a vítima sofre uma segunda injustiça, a injustiça do olvido. (2009, p. 12).

Assim, em outras palavras, evidencia-se que a memória é a maneira mais efetiva de fazer justiça às injustiças do passado, pois esquecer as atrocidades vividas, além de ser uma nova injustiça aos que sofreram durante o regime de exceção, seria o meio capaz de possibilitar a ocorrência de novo período ditatorial.

Não bastasse o até então exposto, atente-se para a necessidade de perceber que, quando o Estado permite que se oculte a verdade, é possível que haja falseamento da verdade, uma vez que, ao invés de destacar o comprometimento com as vítimas do regime opressor, este pode surgir como comprometi-

do, abrigando, desse modo, “a falsidade deliberada e a mentira descarada” (ARENDR, 2006, p. 14).

Dessa forma, o modo mais eficiente de constituir uma base de confiança entre o governo e os cidadãos seria optar pela memória e pela verdade. Para isso, Sousa Junior e Sousa destacam a importância de implementar um sistema de transparência com os arquivos e com as demais informações desse momento histórico. Alegam ser essa a maneira de completar a justiça transicional no Brasil, a fim de alcançar a democracia, a cidadania, a justiça e a paz em sua plenitude, além, é claro, de concretizar a confiança entre governo estatal e sociedade (2015, p. 27).

Complementa Silva Filho, ao referir que a justiça de transição brasileira tem marco inicial na implementação dos cinco pilares que almejam o fortalecimento do regime democrático instituído após o regime de exceção vivenciado entre as décadas de 1960 e 1980, “tensionando as sociedades políticas na direção de uma ampla confrontação da violência do passado como forma de evitá-la no presente e no futuro” (2015b, p. 135).

Nesse contexto, é necessária a adoção de uma “justiça anamnética”, isto é, uma justiça que tenha como ponto de partida a memória da violência que lhe foi impingida, da injustiça que sofreu. Dito de outro modo, a discussão acerca dos direitos a serem protegidos, assim como dos direitos humanos que foram violados, deve ser contrastada com a experiência dos testemunhos de quem vivenciou esses momentos de terror. Dessa forma, mostrar-se-ia palpável o papel da memória, pois estaria sinalizando a não repetição de anos, ou melhor, de um dia sequer de novas barbáries (SILVA FILHO, 2015b, p. 135).

Assim sendo, diante da necessidade de trazer a hoje as verdades de um passado traumático, de perpetuar para o presente e para o futuro as memórias das vítimas que vivenciaram as dores e as barbáries impingidas nas duas décadas em que o regime autoritário civil-militar permaneceu à frente do Brasil, é necessário o constante investimento em políticas públicas que permitam a concretização da verdade e da memória dessa época, para que o país jamais seja atingido novamente por outro

regime de exceção e para que, finalmente, seja possível fortalecer a Justiça brasileira.

Considerações finais

Diante do estudo realizado, compreende-se que a Justiça de Transição brasileira passou por momentos tortuosos, pois o primeiro passo para a sua adoção foi a promulgação de uma Lei de Anistia “negociada”, a qual foi instituída ainda dentro do Regime Civil-Militar, em 1979, com ressalva feita pelos ditadores ocupantes do poder à época. Mesmo assim, deve-se reconhecer que, em que pesem as limitações advindas do início do período transicional, que teve como segundo marco histórico a promulgação da Constituição Federativa da República do Brasil em 1988, foi nesse contexto que a sociedade brasileira pôde visualizar o início de uma nova fase, ou melhor, o início da construção de uma nova fase, da tão sonhada democracia.

Passados mais de 30 anos do fim da ditadura civil-militar que assolou o Brasil, mantendo-se no poder por aproximadamente 21 anos, ainda se veem resquícios de autoritarismo impregnado em nossa sociedade, face a uma Justiça de Transição inacabada.

Não é novidade aos estudiosos do tema de justiça de transição que o Brasil tem muito a caminhar para atingir, genuinamente, o Estado Democrático de Direito declarado pela Magna Carta brasileira. Isso porque, como foi explanado neste breve artigo científico, os pilares que permitem a real transição não foram atingidos, seja por não serem prioridade do governo, seja por se considerar, erroneamente, que o “esquecimento” desse período, que mancha a história brasileira, é a melhor solução ao caso, pois, como visto, não o é.

Ao contrário, a única solução efetiva para a conclusão transicional é a devida implementação em sua integralidade, dos pilares da Justiça de Transição, especialmente os pilares da verdade e da memória, os quais são tratados neste estudo como condição basilar para a concretude dos demais. Ora, um povo

precisa conhecer o seu passado, ouvir as vítimas de um período de violência massiva e levar consigo na memória as atrocidades vivenciadas na época do regime autoritário civil-militar, pois essas medidas são as bases para a não repetição de toda a violência, usurpação, assassinatos e demais violações aos direitos que dia a dia se luta para conquistar.

Note-se que não se visa, aqui, diminuir a importância dos demais pilares, pois a implementação e o desenvolvimento das instituições e de políticas públicas em uma sociedade na qual o governo foi aparelhado com medidas de violências e violações aos mais diversos direitos, são patamares constantes e definidores da identidade da nova ordem jurídica e social bem como a memória da injustiça, da dor e da indignidade, mas, tão somente, trazer a verdade e a memória da injustiça, da dor, das inúmeras humilhações, das mortes e dos desaparecimentos, como primários para a própria concretude dos demais pilares e, principalmente, para o fortalecimento da democracia brasileira.

Compreende-se que os argumentos trazidos nesta oportunidade têm a finalidade de demonstrar que a sociedade brasileira precisa reconhecer plenamente o que aconteceu durante o período da ditadura civil-militar, em que condições políticas nacionais e internacionais ocorreu o Golpe de 1964, como ele se sustentou no poder e quais as consequências para os direitos humanos e as garantias fundamentais. Preço de vidas, de torturas, de violações que durante muito tempo permaneceram na obscuridade (e algumas ainda permanecem). Ao menos, almeja-se trazer inquietações a respeito do tema, pois, a quem desconhece o que se passou no período ou apoia o retorno dos militares ao poder, isso já esboça a validade do estudo realizado.

Derradeiramente, ressalta-se a importância de considerarmos que uma história mal resolvida, um passado não investigado e divulgado, são envoltos pelo esquecimento. Isso, por si só, amedronta, pois, além de demonstrar indiferença ao sofrimento das vítimas, viabiliza a possibilidade de que a sociedade vivencie novamente o mal. É preciso confrontar o passado para que não se volte a vivenciá-lo no futuro.

Referências

- ABRÃO, Paulo; GENRO, Tarso. **Os direitos da transição e a democracia no Brasil**: estudos sobre justiça de transição e teoria da democracia. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo D. Mutações do conceito de anistia na Justiça de Transição brasileira: a terceira fase da luta pela anistia. In: SILVA FILHO, José Carlos Moreira da; ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo D. (Coord.). **Justiça de Transição nas Américas**: olhares interdisciplinares, fundamentos e padrões de efetivação. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 111-131.
- ARENDDT, Hannah. A mentira política: considerações sobre os documentos do Pentágono. In: ARENDT, Hannah. **Crises da República**. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 2006. p. 13-48.
- BAGGIO, Roberta Camineiro. Por que reparar? A Comissão de Anistia e as estratégias de potencialização do uso público da razão na construção de uma dimensão político-moral das reparações no Brasil. In: SOUSA JUNIOR, José Geraldo de et al. (Org.) **O direito achado na rua**: introdução crítica à justiça de transição na América Latina. 1. ed. Brasília, DF: UnB, 2015. p. 282-291.
- _____. Tensionamentos sociais e justiça de transição: contribuições ao constitucionalismo latino-americano. In: TOSI, Giuseppe et al. (Org.). In: **Justiça de transição**: direito à justiça, à memória e à verdade. João Pessoa: UFPB, 2014. p. 87-118.
- BAGGIO, Roberta Camineiro; MIRANDA, Lara Caroline. A incompletude da transição política brasileira e seus reflexos na cultura jurídica contemporânea: ainda existem perseguidos políticos no Brasil? **Revista Anistia Política e Justiça de Transição**. n. 3. Brasília: Ministério da Justiça, jan.-jun. 2010. p. 244-273.
- BAGGIO, Roberta Camineiro; ROSITO, João Baptista Alvares. Caravanas da Anistia e Acesso à Justiça: testemunhos de um Brasil desaparecido. In: SILVA FILHO, José Carlos Moreira da; ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo D. (Coord.). **Justiça de Transição nas**

Américas: olhares interdisciplinares, fundamentos e padrões de efetivação. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 133-160.

LUNARDI, Fabrício Castagna. A Justiça de transição no Brasil: a transição política, a reforma das instituições e o desenvolvimento da democracia. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 924, n. 101, out. 2012. p. 153-187.

QUINALHA, Renan Honório. **Justiça de transição:** contornos do conceito. São Paulo: Outras Expressões; Dobra Editorial, 2013.

RICOEUR, Paul. **A memória, a história, o esquecimento**. Campinas: UNICAMP, 2007.

RODRIGUES, Natália Centeno; VÉRAS NETO, Francisco Quintanilha. Justiça de Transição: um breve relato sobre a experiência brasileira. In: SILVA FILHO, José Carlos Moreira da (Org.). **Justiça de transição no Brasil:** violência, justiça e segurança. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2012. p. 255-276.

RUDNICKI, Dani. Uma perspectiva sobre justiça (restaurativa) e a memória das vítimas: do nazismo às ditaduras latino-americanas. In: RUIZ, Castor M. M. Bartolomé(Org.). **Justiça e memória:** para uma crítica ética da violência. São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 173-186.

RUIZ, Castor M. M. Bartolomé. Introdução. In: _____ (Org.). **Justiça e memória:** para uma crítica ética da violência. São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 07-16.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Justiça de transição:** da ditadura civil-militar ao debate justransicional: direito à memória e à verdade e os caminhos da reparação e da anistia no Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015a.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. Marcos teóricos da justiça de transição e os processos transicionais na América Latina. In: SOUSA JUNIOR, José Geraldo de et al. (Org.) **O direito achado na rua:** introdução crítica à justiça de transição na América Latina. 1. ed. Brasília, DF: UnB, 2015b. p. 133-145.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da; CASTRO, Ricardo Silveira. Justiça de transição e Poder Judiciário: a barreira da lei de anistia

para a responsabilização dos crimes da ditadura civil-militar no Brasil. TOSI, Giuseppe et al. (Org.). In: **Justiça de transição:** direito à justiça, à memória e à verdade. João Pessoa: UFPB, 2014.p. 119-156.

SOUSA JUNIOR, José Geraldo de; SOUSA, Nair Heloisa Bicalho de. Justiça de transição: direito à memória e à verdade. In: SOUSA JUNIOR, José Geraldo de et al. (Org.) **O direito achado na rua:** introdução crítica à justiça de transição na América Latina. 1. ed. Brasília, DF: UnB, 2015. p. 23-31.

TORELLY, Marcelo D. **Justiça de transição e Estado Constitucional de Direito:** perspectiva teórico comparativa e análise do caso brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

DISCURSO JURÍDICO, ANALOGIA E INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA

ANIZIO PIRES GAVIÃO FILHO*
CAROLINA KORENOWSKI GUAZZELLI**
PEDRO ACOSTA DE OLIVEIRA***

* Doutor 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.

** Acadêmica da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Colisão de Direitos fundamentais e argumentação.

*** Acadêmico da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). Pesquisador do Grupo de Pesquisa Colisão de Direitos fundamentais e argumentação.

Resumo

Analogia como argumento corrente no raciocínio prático e no discurso jurídico. A premissa de similaridade e a comparação de casos que compartilham características relevantes. Os esquemas do argumento por analogia. Analogia, interpretação por analogia e interpretação extensiva não são intercambiáveis. Analogia e interpretação extensiva têm traços comuns, mas não se identificam integralmente.

Palavras-chave: Analogia. Argumentação. Discurso jurídico. Esquemas. Interpretação extensiva. Similaridade.

Abstract

Analogy as argument usual in practical and legal reasoning. The similarity premise and cases that share same characteristics. Analogy argument schemes. Analogy, interpretation by analogy and extensive interpretation are not interchangeable. They have something in common, but they are not the same. Interpretation and Law developing.

Keywords: Analogy. Argumentation. Extensive interpretation. Legal discourse. Schemes. Similarity.

Introdução

O recurso à analogia é corrente nas mais diversas áreas do conhecimento, constituindo base para a justificação de conclusões de raciocínios teóricos e práticos. Igualmente, no uso da linguagem ordinária da vida cotidiana, costuma-se empregar a analogia como ferramenta cognitiva e explicativa.

Essa constatação coloca a questão da correção do argumento de analogia, o que remete para a necessidade de se bem compreendê-lo, analisá-lo e aplicá-lo. Não poucos são os estudos e as discussões sobre essas questões, bem como muitas são as divergências entre os teóricos e pesquisadores¹.

As principais discussões em torno da analogia começam pelo conceito e função da analogia no discurso prático geral e também no discurso jurídico. Além disso, a própria estrutura e o emprego do argumento por analogia constituem objeto de divergências, o que remete para controvérsias sobre as exigências que devem ser cumpridas para a sua correção.

No discurso jurídico, parece não estar clara a distinção entre analogia, interpretação por analogia e interpretação extensiva.

No discurso da prática jurídica, analogia, interpretação por analogia e interpretação extensiva, algumas vezes, são empregadas como expressões intercambiáveis. Em outros casos, a distinção entre analogia e interpretação extensiva mostra-se formulada apenas para justificar a aplicação ou não aplicação de determinada disposição jurídica. No campo do Direito penal, do Direito administrativo sancionador ou do Direito tributário, casos em que a analogia se acha proibida para fins de imposição de sanções penais e administrativas e também para fins de exigências de tributos, duas hipóteses podem ocorrer. A fim de se desviar da proibição de analogia, o intérprete entende que o caso é de interpretação extensiva, o que o autoriza a aplicar de-

terminada disposição jurídica a determinada situação fática. Por outro lado, a fim de não aplicar determinada disposição jurídica a determinada situação fática, o intérprete afirma que se trata de caso de analogia proibida.

Então, a falta de clareza conceitual e funcional da analogia no discurso jurídico de fundamentação da interpretação e aplicação das normas jurídicas autoriza que ela seja empregada mais como instrumento retórico do que como recurso metodológico correto da aplicação do Direito.

O que segue tem a pretensão de responder a essas questões, notadamente quanto ao conceito, função e estrutura da analogia no discurso prático geral e no discurso jurídico de interpretação e aplicação do Direito. Igualmente, objetiva-se delinear contornos mais nítidos para a distinção entre a analogia e a interpretação extensiva no discurso jurídico.

A fim de atender a esse objeto, esta investigação está estruturada em duas partes. Na primeira, será discutida a analogia como argumento no discurso prático geral para, em seguida, tratar-se da analogia no discurso jurídico, quando serão colocados os traços característicos da analogia e da interpretação extensiva.

Analogia como argumento

A similaridade

O conceito de similaridade é central para a analogia². Como ferramenta cognitiva, que permite compreender objetos, sujeitos ou situações não familiares a partir da comparação com outros objetos, sujeitos ou situações similares às que são familiares, a funcionalidade da analogia depende da similaridade

1 Cf. RIBEIRO, Henrique Jales. Introduction. In: RIBEIRO, Henrique Jales (Ed.). *Systematic Approach to Arguments by Analogy*. Dordrecht: Springer, 2014, p. 1.

2 O conceito de similaridade não facilmente se deixa formular. Não poucas vezes, similaridade aparece de forma circular. A partir de palavras como "semelhança", "assemelhado", "assimilável", "identificável", retorna-se à similaridade (Cf. BERMEJO-LUQUE, Lilian. The uses of analogy. In: RIBEIRO, Henrique Jales. Introduction. In: RIBEIRO, Henrique Jales (Ed.). *Systematic Approach to Arguments by Analogy*. Dordrecht: Springer, 2014, p. 58).

que pode ser estabelecida entre os objetos, sujeitos ou situações comparadas³.

Essa relação de similaridade é quantitativa ou qualitativa. Diz que dois objetos, sujeitos ou situações são similares quando eles apresentam quantidade suficiente de propriedades compartilhadas de tal modo que está autorizada uma comparação entre eles. Essas propriedades compartilhadas entre o que está sendo comparado devem ter relevância para o objeto ou interesse da comparação. Quanto maior o número de propriedades compartilhadas relevantes para o objeto ou interesse da comparação, maior a força da analogia⁴. O caso é de analogia qualitativa quando o que releva não é a quantidade de propriedades compartilhadas relevantes, mas uma propriedade relevante cujo grau de similaridade é tal que muito se acham aproximados os objetos, sujeitos ou situações. Igualmente, essa propriedade compartilhada entre o que é comparado deve ser relevante no contexto do objeto ou interesse da comparação. Essa proximidade, portanto, é contextual⁵. Quanto maior a proximidade entre o que é comparado, maior a força da analogia. Em qualquer caso, mas especialmente na similaridade qualitativa, contudo, a analogia pode ser enfraquecida quando propriedades relevantes para o contexto do objeto ou interesse da comparação não são compartilhadas⁶.

Argumento

Independentemente dos tipos, usos ou esquemas de representação, a analogia é um argumento. Cuida-se de forma de raciocinar, que pode ser empregada para justificar uma conclusão.

Argumento é um conjunto de proposições em que as proposições chamadas premissas fundamentam a conclusão. A conclusão de um argumento é o resultado da relação entre as premissas apresentadas para justificá-la. Argumento é exa-

tamente isto: um conjunto de proposições que se “relacionam mutuamente⁷”. Assim, por exemplo, o seguinte argumento: se todos os homens são mortais e se Sócrates é homem, então Sócrates é mortal. Cuida-se de um argumento porque a relação entre a proposição todos os homens são mortais e a proposição Sócrates é homem implica a proposição conclusiva Sócrates é mortal. As premissas funcionam como evidências para justificar a conclusão. O essencial para a caracterização de um argumento é a relação entre as premissas e a conclusão. No exemplo, a conclusão está justificada pelas premissas dadas. As premissas são razões que têm como objetivo sustentar a conclusão⁸.

É a lógica que trata da relação entre as premissas e a conclusão. A validade ou a correção lógica dos argumentos depende apenas da relação entre as premissas e a conclusão. Um argumento é válido ou logicamente correto quando as premissas implicam a conclusão. A questão da validade ou da correção lógica de um argumento depende apenas da relação entre as premissas e a conclusão. A questão da verdade ou falsidade das premissas importa apenas quando o interesse está na correção material do argumento. O que apenas pode ser afirmado é que, no caso de um argumento válido ou logicamente correto, se as premissas são verdadeiras, então a conclusão é necessariamente verdadeira. A verdade das premissas transfere-se para a conclusão. Nesse caso, tem-se um argumento válido ou logicamente correto e, também, legítimo ou correto.

A particularidade da analogia, em relação aos outros argumentos, está no fato de que o argumento por analogia coloca a relação entre as premissas e a conclusão a partir da semelhança ou similaridade relevante de objetos, sujeitos ou situações umas com as outras. Se dois ou mais objetos, sujeitos ou situações são similares em aspectos relevantes em relação a determinado ponto, tema ou assunto, então eles muito provavelmente compartilham propriedades ou qualidades em relação a esse mesmo ponto, tema ou assunto. Ou, ainda, em outras palavras, se dois

3 Cf. BERMEJO-LUQUE, *The uses of analogy...*, p. 58.

4 Cf. BERMEJO-LUQUE, *The uses of analogy...*, p. 58.

5 Cf. BERMEJO-LUQUE, *The uses of analogy...*, p. 58.

6 Cf. BERMEJO-LUQUE, *The uses of analogy...*, p. 58.

7 Cf. SALMON, Wesley C. *Lógica...*, p. 2.

8 Cf. MACAGNO, Fabrício; WALTON, Douglas. *Classifying the patterns of natural arguments*. University Park: 2015. Disponível em: <www.dougwalton.ca>. Acesso em: 13/09/2015.

ou mais objetos, sujeitos ou situações são similares em aspectos relevantes sobre determinado ponto, tema ou assunto, o que é tomado como verdade ou correto em relação a um igualmente deve ser dado como verdade ou correto em relação ao outro. Em sentido amplo, então, analogia consiste na comparação de similaridades (ou de algum tipo de similaridade em sentido restrito) de dois ou mais objetos, sujeitos ou situações, concretas ou hipotéticas para fins de justificação de uma conclusão⁹.

O esquema

O argumento por analogia pode ser apresentado por meio de diferentes esquemas ou formas.

A versão mais amplamente aceita tem como ponto de partida a comparação de dois casos com características similares. O argumento por analogia pressupõe uma comparação entre o C_1 (caso fonte) e o C_2 (caso alvo), cuja similaridade justifica a transferência de uma verdade em C_1 para uma verdade em C_2 ¹⁰.

O argumento por analogia em um esquema simples pode ser assim representado.

1. Premissa de similaridade: C_1 é similar a C_2 .
2. Premissa base: A é verdade em C_1 .
3. Conclusão: A é verdade em C_2 ¹¹.

Essa forma, aplicada a casos concretos, pode ser aperfeiçoada deste modo.

1. Premissa base: uma situação é descrita em C_1 .
2. Premissa derivada: A é uma conclusão de C_1 .
3. Premissa de similaridade: C_1 é similar a C_2 .
4. Conclusão: A é uma conclusão de C_2 ¹².

As duas formas podem ser usadas e bem empregadas. A verdade da premissa derivada (2) depende de que sejam cumpridas as suas condições de verdade. A vantagem da segunda forma é indicar a premissa derivada. A premissa derivada diz que uma conclusão é aceita como plausível em C_1 ¹³.

A força do argumento por analogia pode ser colocada à prova por meio de três questões críticas (QC). A primeira questão crítica remete para a questão da similaridade e da dissimilaridade entre os casos C_1 e C_2 . Essa questão crítica coloca em dúvida a força do argumento por analogia a partir das diferenças entre C_1 e C_2 . A segunda questão crítica coloca dúvida sobre a verdade do afirmado em C_1 . Ela pergunta se a conclusão em C_1 , que se pretende transferir para C_2 , é realmente uma conclusão verdadeira ou correta. A terceira questão crítica é o contra-argumento do argumento por analogia, pois ataca a própria conclusão do argumento. Essa questão pergunta se não existe um C_3 , igualmente similar a C_2 , mas cuja conclusão não é a conclusão de C_1 , exatamente a que se pretende transferir para C_2 ¹⁴. Essas questões críticas podem ser assim formuladas:

QC₁. Existem diferenças entre C_1 e C_2 capazes bastantes de comprometer a similaridade entre os dois casos?

QC₂. "A" é uma conclusão correta de C_1 ?

QC₃. Não existe um C_3 , igualmente similar a C_2 , mas cuja conclusão não é "A"?¹⁵

O caso do violinista é um dos mais famosos de uso do argumento por analogia na filosofia do séc. XX¹⁶. Ele diz que "A" acorda em um hospital conectado por aparelhos a um famoso violinista. "A" foi sequestrado, sedado e conectado ao violinista porque era a única pessoa cujos rins poderiam ser usados para a sobrevivência do violinista. O hospital informa que não pode ser fazer nada, pois o desligamento implicará a morte do violinista. "A" deve esperar nove meses a fim de que seja feito o desligamento. Judith Thomson empregou o argumento por analogia

9 Cf. JUTHE, André. A systematic review of classification of argument by analogy. In: RIBEIRO, Henrique Jales. Introduction. In: RIBEIRO, Henrique Jales (Ed.). *Systematic Approach to Arguments by Analogy*. Dordrecht: Springer, 2014, p. 110.

10 Cf. WALTON, Douglas N. Argumentation schemes for argument from analogy. In: RIBEIRO, Henrique Jales (Ed.). *Systematic Approach to Arguments by Analogy*. Dordrecht: Springer, 2014, p. 24.

11 Cf. WALTON, Argumentation schemes for argument from analogy..., p. 24.

12 Cf. WALTON, Argumentation schemes for argument from analogy..., p. 24.

13 Cf. WALTON, Argumentation schemes for argument from analogy..., p. 24.

14 Cf. WALTON, Argumentation schemes for argument from analogy..., p. 24.

15 Cf. WALTON, Argumentation schemes for argument from analogy..., p. 24.

16 Cf. WALTON, Argumentation schemes for argument from analogy..., p. 26-27.

para defender o direito ao aborto, justificando que a mulher tem o controle de seu próprio corpo e, por isso, detém o direito ao aborto¹⁷. Segundo Thomson, a mulher tem o direito de escolher interromper a sua gravidez, tanto quanto a pessoa sequestrada tem direito a se desligar do violinista. Nos dois casos, nenhum dever moral é violado. O desligamento dos aparelhos no caso do violinista não viola o direito à vida do violinista. A interrupção da gravidez não ofende qualquer direito legítimo do feto. No caso do violinista, o desligamento impede o uso do corpo e do rim da pessoa sequestrada. No caso da mulher grávida, a interrupção da gravidez impede o uso do corpo da mulher grávida¹⁸.

O esquema do argumento é este:

1. Premissa base: uma situação é descrita no caso do violinista C_1 .

2. Premissa derivada: A não tem o dever moral de permanecer ligado, por nove meses, ao violinista para garantir a sua sobrevivência: A tem o direito a ser desligado dos aparelhos que o conectam ao violinista (conclusão de C_1).

3. Premissa de similaridade: caso de A (C_1) é similar ao de uma mulher grávida (C_2).

4. Conclusão: mulher grávida tem direito ao aborto.

Esse argumento pode ser atacado a partir da QC₁. A questão central é se o caso do violinista C_1 é similar ao caso da mulher grávida C_2 para justificar que a solução em C_1 , consistente no reconhecimento de que A não tem o dever moral de permanecer ligada e manter a vida do violinista, transfere-se para justificar que a mulher grávida tem o direito a interromper a sua gravidez voluntariamente. As principais críticas ao argumento de Thomson dirigem-se à ausência de similaridade entre C_1 e C_2 para justificar o aborto.

Em primeiro lugar, argumenta-se que a similaridade somente serve para justificar a conclusão (4) no caso em que a gravidez é resultado de uma ação sexual violenta. No caso do violinista,

a pessoa sequestrada tem o direito a desligar-se do violinista porque não deu causa ao ligamento. No caso da mulher grávida, ele tem direito a escolher interromper a gravidez por igualmente não ter dado causa à concepção do feto. Além disso, pode ser acrescentado que a mulher grávida detém responsabilidade moral em relação ao feto porque de alguma maneira deu causa à situação de ele necessitar de seu corpo para subsistir. No caso fonte C_1 não há relação entre o violinista e A, mas no caso alvo C_2 há relação entre a mulher grávida e o feto. No caso C_1 , o violinista é uma pessoa completamente estranha à pessoa sequestrada para garantir a sua sobrevivência. No caso C_2 , o feto é um descendente natural da mulher que deseja interromper a gravidez¹⁹.

O decisivo para a força do argumento por analogia, então, é a similaridade relevante. Mas se todas as coisas são de alguma maneira similar e de outra maneira diferentes, como se pode afirmar que uma coisa é análoga a outra? Então, uma coisa não é análoga a tudo? O que distingue um bom argumento de maus argumentos é que o bom argumento aparenta mostrar as similaridades relevantes enquanto os maus mostram semelhanças irrelevantes para aquele contexto em concreto.

Discurso jurídico, analogia e interpretação extensiva

A analogia joga um papel importante na justificação da interpretação e aplicação das normas jurídicas para resolução de casos concretos.

Na verdade, existem três operações básicas de aplicação do Direito. A estrutura formal da subsunção, a da ponderação e o esquema da analogia²⁰.

19 Cf. WALTON, Argumentation schemes for argument from analogy..., p. 27-28. Em defesa do argumento de Thomson, destacando que essas dissimilaridades não são moralmente relevantes, ver WARREN, Mary Anne. Sobre o status moral e legal do aborto e um pós-escrito sobre o infanticídio. In: RACHELS, James; RACHELS, Stuart. *A coisa certa a fazer*. 6. ed. Trad. Delamar José Volpato Dutra, Porto Alegre: AMGH, p. 119-130, 2014.

20 Cf. ALEXY, Robert. Dois ou três. In: ALEXY, Robert. *Teoria discursiva do Direito*. 2. ed. Trad. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015. Sobre esse tema, ver Brozek, que sustenta que analogia é um caso de ponderação de princípios. Nesse sentido, argumenta que ponderação pressupõe subsunção, o que significa que subsunção é um elemento da ponderação. Por seu lado, analogia pressupõe ponderação e subsunção (Cf. BROZEK, Bartosz.

17 Cf. THOMSON, Judith. Uma defesa do aborto. In: RACHELS, James; RACHELS, Stuart. *A coisa certa a fazer*. 6. ed. Trad. Delamar José Volpato Dutra, Porto Alegre: AMGH, p. 102-119, 2014.

18 Cf. THOMSON, Uma defesa do aborto..., p. 103.

No sistema jurídico da família anglo-saxônica, não poucos sustentam que o raciocínio jurídico é por analogia. Nesse sentido, Levi afirma que modelo básico de raciocínio jurídico é o do raciocínio fundamentado na similaridade de casos. Cuida-se de um processo dividido em três etapas e norteado pela doutrina do precedente, segundo a qual uma proposição representativa do primeiro caso se transforma em norma jurídica, que é depois aplicada à situação similar seguinte. Os passos são estes: a) investigação das similaridades entre dois casos; b) determinação da norma jurídica inerente ao primeiro caso; c) aplicação da norma jurídica do primeiro caso ao segundo caso, justificada pela similaridade entre os dois casos²¹. Nesse modelo, o raciocínio jurídico é essencialmente raciocínio por analogia.

No sistema jurídico da família romano-germânica, igualmente, a analogia tem papel central no raciocínio jurídico. Na própria interpretação jurídica e determinação do significado das disposições jurídicas, a analogia tem lugar de destaque, como deixa saber o argumento interpretativo sistemático por analogia. Igualmente, a analogia é empregada para a construção argumentativa de regras jurídicas destinadas à supressão de “lacunas” no ordenamento jurídico.

Nesse sentido, Larenz observa que o raciocínio por analogia pressupõe a transposição de uma regra jurídica, dada no ordenamento jurídico para uma hipótese fática, ou para várias hipóteses semelhantes, para uma outra hipótese, não regulada por esse mesmo ordenamento jurídico. A transposição encontra fundamentação na semelhança entre os casos considerados, o que justifica a mesma valoração jurídica. Como isso, fica claro que o que justifica a analogia é a exigência da justiça formal de tratar igualmente aquilo que é igual²².

Assim, Betti observa que a analogia promove a integração da ordem jurídica com os seus próprios meios, pressupondo

intrínseca coerência do sistema, tendo como função a sua autointegração em relação à eliminação das lacunas. Em ordenamentos modernos, essa autointegração não precisa ser expressamente autorizada para ser legítima, bastando que não seja proibida e incompatível com a natureza excepcional da norma de que se trata²³. Segundo MacCormick, pode-se pensar no uso da analogia para preencher “lacunas” no Direito, o que capta de modo correto o modo pelo qual juízes e advogados dedicam extensa pesquisa para se certificar de que não há lei ou decisão judicial prévia que regule o caso em questão²⁴.

Nesse mesmo sentido, Brozek sustenta que a estrutura geral da analogia pode ser apresentada a partir de três elementos. O primeiro é a existência de um caso para o qual não há uma regra jurídica explícita que se lhe possa ser diretamente aplicada (C_2). O segundo elemento é a existência de um caso (C_1) similar àquele (C_2) – caso para o qual o ordenamento jurídico não dispõe de regra que lhe seja diretamente aplicável –, para o qual o ordenamento jurídico, contudo, dispõe de uma regra jurídica que lhe possa ser aplicada ou que, de qualquer modo, tenha uma solução e qualificação jurídicas (R_1)²⁵. O terceiro e decisivo elemento da analogia consiste na formulação da regra jurídica (R_1 reformulada) a ser aplicada ao caso considerado (C_2), para o qual o ordenamento jurídico não apresenta regra jurídica diretamente aplicável. Na verdade, essa regra jurídica é uma reformulação da regra jurídica já disponível no ordenamento jurídico.

No célebre *Adams v. New Jersey Steamboat Co.*²⁶, caso de um passageiro do barco a vapor *Drew da New Jersey Steamboat Co.* que teve subtraído do interior de sua cabine privada, onde dormia, a quantia de US\$ 160, o tribunal de Nova York entendeu que quem paga uma passagem para viajar seguro e

Analogy in legal discourse. *Archives for Philosophie of Law and Social Philosophie*. V. 94, n. 2 (2008), pp. 188-201, p. 190. Disponível em: <www.jstor.org>. Acesso em 07/06/2016, p. 200

21 Cf. LEVI, Edward H. *Uma introdução ao raciocínio jurídico*. Trad. Eneida Vieira Santos. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 2.

22 Cf. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1977, p. 544.

23 Cf. BETTI, Emilio. *Interpretação da lei e dos atos jurídicos: teoria geral e dogmática*. Trad. Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 90-91.

24 Cf. MACCORMICK, Neil. *Retórica e Estado de Direito*. Trad. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p.269.

25 Cf. BROZEK, Bartosz. Analogy in legal discourse. *Archives for Philosophie of Law and Social Philosophie*. V. 94, n. 2 (2008), pp. 188-201, p. 190. Disponível em: <www.jstor.org>. Acesso em 07/06/2016.

26 Cf. *Adams v. New Jersey Steamboat Co.* 151 N.Y. 163 (1896). In: WEINREB, Lloyd L. *Legal Reason*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

reservadamente, durante a noite, no interior da cabine privada de um barco, estabelece uma relação tal com o proprietário do barco que não se distingue essencialmente da relação entre o hóspede e proprietário do hotel. A similaridade é tal que os barcos a vapor são como hotéis flutuantes. Nas duas situações, entendeu-se que o grau de cuidado dos proprietários de barcos a vapor e hotéis deve ser medido pelos riscos de perdas a que se acham expostos os passageiros e hóspedes. Então, se o Direito estabelece a responsabilidade dos proprietários de hotéis pelas perdas de seus hóspedes, os proprietários de barcos a vapor devem responder pelas perdas de seus passageiros que ocorrem no interior das cabines privadas²⁷.

Nesse caso, recolhido da experiência do Direito anglo-saxônico, a regra jurídica (R_1) é a que estabelece a responsabilidade civil dos proprietários de hotéis pelas perdas de seus hóspedes, e a regra jurídica reformulada ($R_{1 \text{ reformulada}}$) é a regra jurídica que estabelece a responsabilidade civil dos proprietários de cabines de barcos a vapor.

No caso da decisão do Supremo Tribunal Federal que reconheceu proteção jurídica à união estável entre pessoas do mesmo sexo²⁸, em razão da similaridade relevante com a união estável entre homem e mulher, tem-se a regra jurídica que reconhece proteção jurídica para união estável entre homem e mulher, com previsão na disposição jurídica do art. 226, § 3º, da Constituição Federal (R_1), e a regra jurídica reformulada ($R_{1 \text{ reformulada}}$) que reconhece proteção jurídica para a união estável entre pessoas do mesmo sexo. Sem problemas, a regra jurídica reformulada pode ser também tomada como uma nova regra jurídica (R_2).

A distinção entre analogia e interpretação extensiva é bastante relevante na teoria e na prática jurídicas. No Direito penal e também nas outras áreas – Direito tributário e Direito administrativo sancionador –, aceita-se a interpretação extensi-

va das disposições jurídicas, mas a analogia é rejeitada. Assim, por exemplo, na maioria dos sistemas jurídicos (Brasil, França, Itália, Alemanha, Espanha), o argumento por analogia é proibido (salvo para beneficiar o acusado), e a interpretação extensiva é permitida. A fim de proteger a liberdade individual, o argumento por analogia está proibido. Mas, para proteger a sociedade contra a criminalidade, autoriza-se a interpretação extensiva de disposições jurídicas²⁹.

O resultado é que uma mesma conclusão pode ser aceita se colocada como interpretação e recusada se apresentada como resultado de um argumento por analogia.

Na prática jurídica, a distinção entre interpretação extensiva e argumentação por analogia não se mostra bem esclarecida. Suspeita-se que os juízes, então, empregam uma ou outra, de modo a alcançar uma solução justa para o caso, conforme os fins de proteção e controle da sociedade³⁰. Quando o juiz deseja responsabilizar conduta que não se acha *explicitamente* estipulada em uma disposição jurídica penal, ele justifica sua conclusão com base na interpretação extensiva. Quando o juiz, por outro lado, não deseja responsabilizar essa mesma conduta, ele sustenta que a extensão da responsabilidade penal não é autorizada, pois se trata de caso de analogia³¹.

Essa distinção não está suficientemente esclarecida.

De um lado, fala-se da diferença do ponto de vista teórico, considerando que se trata de casos que não apresentam a mesma estrutura argumentativa. Na interpretação extensiva, tem-se o processo interpretativo de extensão do significado corrente ou mais óbvio do texto de uma disposição jurídica. Na argumentação por analogia, tem-se um argumento por analogia empregado como técnica argumentativa articulada sob a base de uma inferência.

29 Cf. CANALE, Damiano; TUZET, Giovanni. Analogy and legal interpretation. In: RIBEIRO, Henrique Jales (Ed.). *Systematic Approach to Arguments by Analogy*. Dordrecht: Springer, p. 227-242, 2014, p. 228.

30 Cf. MacCORMICK, Neil. *Legal reasoning and legal theory*. Oxford: Oxford University Press, 1994, p. 107.

31 Cf. CANALE; TUZET. Analogy and legal interpretation..., p. 228.

27 Cf. *Adams v. New Jersey Steamboat Co.* 151 N.Y. 163 (1896). In: WEINREB, Lloyd L. *Legal Reason*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

28 Cf. STF. Adl. 4.277, ADPF 132, j. 05/05/2011. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 09/06/2016.

De outro lado, um e outro levam a um mesmo lugar: pretendem justificar a extensão de uma disposição jurídica a uma situação concreta que não se encontra explicitamente considerada pelo Direito.

Em uma perspectiva clássica, a interpretação restritiva e a interpretação extensiva são consideradas técnicas usadas quando o significado literal da disposição jurídica não corresponde ao significado intencionado pelo legislador. Esse entendimento coloca o problema da determinação da intenção do legislador.

É que o significado literal corrente (*standard meaning*) de uma disposição jurídica pode diferir do significado intencionado pelo legislador. Entende-se como significado literal corrente o significado de uma expressão consideradas as regras que governam o uso dessa expressão no contexto usual da linguagem corrente ordinária. Ele corresponde ao significado dado a partir da leitura linguística natural (*natural linguistic reading*)³².

O que acontece quando uma disposição jurídica é interpretada extensivamente?

Uma situação que não se acha regulada pelo Direito conforme uma interpretação *standard* de uma disposição jurídica torna-se disciplinada a partir de um segundo modo de interpretação dessa mesma disposição jurídica.

Assim, por exemplo, a situação fática C não se encaixa na hipótese normativa abstrata da disposição jurídica N_1 , considerada a interpretação I_1 do texto jurídico P. Mas a situação fática C se encaixa na hipótese normativa abstrata da disposição jurídica N_2 , considerada a interpretação I_2 do texto jurídico P. A interpretação I_2 é a interpretação extensiva do texto jurídico P. Assim, passa-se de N_1 para N_2 . A situação C não se encaixa em N_1 , mas em N_2 , que é igualmente significado do texto jurídico P. A situação C, a partir de N_2 , que resultada da interpretação I_2 do texto jurídico P, encontra-se regulada pelo Direito. O texto jurídico diz: proibido o tráfego de *veículo* em via pública sem o devido licenciamento da autoridade competente. A palavra *veículo*, conforme a interpretação I_1 significa veículos automotores,

conforme o seu uso mais óbvio na linguagem corrente ordinária. A palavra *veículo*, conforme a interpretação I_2 significa também veículos sem motor, como é o caso de carroças ou *skateboard*³³.

Então, a interpretação extensiva dá-se sempre em relação a uma interpretação literal e mais óbvia do texto, considerado o uso da linguagem corrente ordinária. Essa interpretação extensiva deve se achar justificada por algum cânone ou argumento interpretativo como a intenção do legislador, os fins e os objetivos da legislação ou os princípios jurídicos.

Por isso, então, interpretação extensiva e interpretação restritiva não podem ser consideradas cânones argumentativos. Trata-se do resultado de uma interpretação. Elas deixam saber que o programa normativo é mais ou menos restrito do que o significado corrente retirado da linguagem ordinária literal. A interpretação extensiva não é uma ferramenta argumentativa. Ela mesma, contudo, necessita de justificação, o que expõe a necessidade dos empregos dos argumentos interpretativos.

No caso da analogia, uma lacuna é preenchida pela argumentação analógica de um caso fonte para um caso alvo, criando-se uma nova norma jurídica. C_1 é regulado por uma norma N_1 . C_2 não encontra classificação jurídica em nenhuma norma do sistema jurídico S. Há uma lacuna no sistema jurídico. Mas há similaridade relevante entre o C_1 e o C_2 . Então, C_2 é regulado por N_2 , criada por analogia, preenchendo-se a lacuna no sistema jurídico S. N_2 é uma nova norma jurídica, criado por analogia a partir de N_1 ³⁴.

Assim, pode-se formular que analogia e interpretação extensiva têm pontos em comum e diferenças.

A analogia e a interpretação extensiva têm traços comuns.

Analogia e interpretação extensiva cuidam de uma situação fática que não se acha explicitamente regulada por meio de uma disposição jurídica, considerado o seu significado literal, conforme o uso da linguagem corrente ordinária. Essa situação

32 Cf. CANALE; TUZET. Analogy and legal interpretation..., p. 229.

33 Cf. CANALE; TUZET. Analogy and legal interpretation..., p. 229-230.

34 Cf. CANALE; TUZET. Analogy and legal interpretation..., p. 230-231.

fática, contudo, por razões de proteção e de controle social deve receber uma classificação jurídica.

Além disso, analogia e interpretação extensiva levam ao mesmo resultado prático. Uma ou outra levam ao mesmo resultado³⁵. Determinada disposição jurídica serve à mesma classificação jurídica da situação fática. A interpretação extensiva da palavra *veículos* da regra “proibido o tráfego de veículos no parque” serve para justificar a classificação de *skateboard* como veículo que está proibido de trafegar no parque, muito embora o significado ordinário corrente de veículos seja o de veículos automotores. Contudo, pode-se argumentar que a palavra *veículos* deve ser interpretada tão somente como veículos automotores, pois somente esse significado se acha autorizado pelos argumentos interpretativos linguísticos semânticos e genéticos históricos, e outros meios interpretativos não autorizam que se lhe incluam significados diversos. Isso seria romper ou quebrar o texto, caso ultrapasse os limites da atividade de interpretação.

Então, tem-se uma lacuna.

Mas essa lacuna pode ser preenchida por analogia. É que *veículos* automotores e *skateboards* têm semelhanças relevantes quando o assunto é segurança dos pedestres no parque. Tanto um como outro podem pôr em risco a segurança das pessoas. Assim, por analogia, está justificada a criação de uma nova norma jurídica N_2 , para o efeito de proibir o tráfego de *skateboard* no parque. Com isso, fica demonstrado que interpretação extensiva e analogia levam ao mesmo resultado prático³⁶.

No caso *Adams v. Jersey Steamboat Co.*, o tribunal reconheceu a existência de similaridade relevante entre as cabines de barcos a vapor e quartos de hotéis. O proprietário do barco a vapor é civilmente responsável pelas perdas dos passageiros resultantes de crimes ocorridos no interior da cabine de um barco tanto quanto o é o proprietário de uma hospedagem em relação ao hóspede. Nesse caso, por analogia, o tribunal empre-

gou o argumento por analogia, considerando o barco a vapor como uma hospedagem flutuante. Mas, diferentemente, pode-se recorrer à interpretação extensiva para se chegar ao mesmo resultado prático. Basta interpretar hospedagem em sentido amplo, exatamente no sentido de uma hospedagem flutuante. Uma hospedagem flutuante é, antes, uma hospedagem. O proprietário de uma hospedagem, flutuante ou não, é responsável pelos danos causados a seus clientes. Então, a situação fática das perdas dos passageiros da cabine do barco a vapor encontra classificação jurídica na disposição que trata da responsabilidade civil do proprietário de hospedagens.

Um princípio pragmático diz que, se a aplicação de dois conceitos diferentes produz as mesmas consequências práticas, então eles são iguais, mas apenas com nomes diferentes. Se isso, então não faz sentido a distinção teórica entre analogia e interpretação extensiva.

Contudo, a analogia e a interpretação extensiva têm diferenças.

A argumentação por analogia pressupõe já uma interpretação extensiva de uma disposição jurídica. Portanto, a interpretação vem antes. Quem argumenta por analogia já fez uma interpretação, concluindo que a situação fática não encontra classificação jurídica em nenhuma norma jurídica do sistema normativo. Por outro lado, interpretação extensiva é já interpretação, devendo exatamente ser determinado o significado a ser atribuído ao texto da disposição jurídica interpretada.

Analogia pressupõe uma lacuna no sistema jurídico, e interpretação extensiva, não. Isso significa que não há, no sistema jurídico, independentemente de qualquer argumento interpretativo empregado, uma norma jurídica para classificação da situação fática colocada no caso³⁷.

O resultado da analogia é a criação de uma nova norma jurídica para cobrir a lacuna havida. Por outro lado, a interpretação extensiva é apenas extensão do conteúdo normativo para

35 Cf. CANALE; TUZET. Analogy and legal interpretation..., p. 233.

36 Cf. CANALE; TUZET. Analogy and legal interpretation..., p. 232-233.

37 Cf. CANALE; TUZET. Analogy and legal interpretation..., p. 231.

além do significado ordinário dado pela literalidade linguística do texto da disposição jurídica³⁸.

Analogia é proibida em Direito penal em razão do princípio da legalidade. Como o resultado do argumento por analogia é a criação de uma nova norma jurídica, no caso do Direito penal, o juiz estaria criando uma nova norma jurídica incriminadora de conduta, o que violaria a formulação clássica que diz *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*. Isso, contudo, não exclui certa margem de apreciação e discricionariedade judicial na aplicação das normas de Direito penal. Mesmos essas normas jurídicas podem apresentar aberturas valorativas, ambiguidade e vaguezas semânticas. Por isso mesmo, então, a interpretação extensiva é admitida no Direito penal, desde que observados os limites dos significados possíveis e admissíveis sob o ponto de vista da linguagem.

Essas diferenças servem para provar que a designação “interpretação analógica” despreza a distinção entre argumentação por analogia e interpretação extensiva.

A distinção entre analogia e interpretação extensiva remete às discussões em torno da interpretação jurídica, da vagueza e da tolerância semântica³⁹.

As disposições jurídicas são dadas em textos jurídicos. Interpretar é determinar o significado dos textos jurídicos. As normas jurídicas são os textos jurídicos já interpretados. Os textos jurídicos não detêm significados unívocos, definitivos e absolutos. A grande maioria das disposições jurídicas é dada por meio de frases que admitem vários significados.

Um caso de interpretação extensiva, por exemplo, já presuppõe que o texto da disposição jurídica admite uma pluralidade de possibilidades interpretativas.

Uma das razões disso é a vagueza. O que é vagueza? Sustenta-se que a vagueza é uma propriedade das palavras ou uma propriedade dos conteúdos. Prevalece o entendimento de que a vagueza é uma forma de ignorância. Os epistêmicos sustentam

que, nos casos fronteirços, a vagueza é resultado da ignorância sobre fatos dos quais realmente não se tem conhecimento. A vagueza é resultado do que não é conhecido. Os supervalorativistas sustentam que a ignorância é causada porque uma frase vaga não é verdadeira ou falsa. É que não se pode afirmar, por ignorância, se uma frase vaga é verdadeira ou falsa. Os incoerentistas sustentam que não se pode saber se uma palavra se aplica ou não a um caso porque a linguagem, algumas vezes, não é coerente. Os contextualistas sustentam que as condições de aplicação de uma palavra vaga são (aparentemente) ignoradas, exatamente porque essas condições mudam com o contexto⁴⁰.

O estudo do esquema da vagueza pode ser considerado meio importante para uma melhor discussão do assunto. Ele contém a representação da extensão e da antiextensão de uma disposição jurídica. Tem-se três círculos. Círculo maior C. Círculo médio B. Círculo menor A. No círculo menor A acham-se todos os casos que claramente são cobertos pela disposição jurídica, conforme o seu significado dado pelo uso das palavras do texto na linguagem corrente ordinária (extensão). No círculo maior C acham-se todos os casos que claramente não são cobertos pela disposição jurídica, conforme o seu significado dado pelo uso das palavras do texto na linguagem corrente ordinária (antiextensão). No círculo médio B estão os casos fronteirços, que se acham claramente entre os positivos e os negativos⁴¹.

Quando “x” é um caso fronteirço, a tarefa da interpretação jurídica é determinar se “x” é um caso positivo ou negativo do ponto de vista jurídico. Tratado como caso positivo, o conteúdo da disposição jurídica deve ser estendido para incluir “x”. A linha divisória entre A e B é movida para incluir “x” em A. Tratado como negativo, o conteúdo da disposição jurídica deve ser restringido para excluir “x”. A linha divisória entre B e C é movida para excluir “x” de B, incluindo-o em C. Então, o resultado da interpretação jurídica deve ser a classificação como pertencente ao círculo A ou C, como uma questão de fato. Uma questão é central: determinar se “x” pertence a A, B ou C, con-

38 Cf. CANALE; TUZET. Analogy and legal interpretation..., p. 230.

39 Cf. CANALE; TUZET. Analogy and legal interpretation..., p. 236.

40 Cf. CANALE; TUZET. Analogy and legal interpretation..., p. 236.

41 Cf. CANALE; TUZET. Analogy and legal interpretation..., p. 237.

forme o significado da disposição jurídica, obtido a partir do uso da linguagem corrente ordinária. Se "x" se acha em B, então a interpretação extensiva é admitida sob o ponto de vista semântico. Se "x" se acha em C, então a interpretação extensiva não é admitida sob o ponto de vista semântico. Nesse caso, "x" não é um dos significados possíveis que pode ser atribuído ao texto da disposição jurídica. Isso não significa que a "x", que acha localizado em C, não se possa estender a disciplina jurídica de outra disposição jurídica por meio do argumento por analogia⁴².

Não é o caso de que essa outra disposição jurídica seja, ela mesma, interpretada extensivamente, mas o caso de que essa disposição jurídica seja aplicada por analogia. A justificação da analogia deve ser a similaridade relevante entre o caso "x" e o caso de aplicação claro dessa mesma disposição jurídica. Então, a questão passa a ser exatamente a localização do problema.

Sobre isso, Canale e Tuzet indagam se existem critérios para determinar quando "x" está em A, B ou C.

A resposta remete para o assunto da tolerância semântica. A metáfora da tolerância é usada para explicar que certas palavras ou expressões são menos precisas que outras em determinado contexto, de tal modo que podem ser empregadas para denotar casos que normalmente não são cobertos pelo seu significado obtido conforme o uso da linguagem corrente ordinária (literal). Então, a tolerância semântica é uma questão de grau e depende do contexto.

O princípio da tolerância estabelece as condições sob as quais a extensão de uma disposição jurídica a um caso fronteiro está justificada⁴³. Essas condições dependem das características do objeto da disposição jurídica que devem ser tomadas como relevantes, considerado o contexto das condições de aplicação da expressão jurídica. Por que essas características são relevantes? O critério relevante não pode ser determinado pelo significado ordinário corrente da expressão jurídica vaga.

Relevância é uma função de contexto. Limites contextuais do uso da linguagem determinam as características relevantes em determinado caso. Esses limites são dados pelos argumentos jurídicos (argumento genético histórico, argumento sistemático, argumento teleológico)⁴⁴.

Assim, o conteúdo semântico de uma disposição jurídica pode ser considerado como o conjunto de inferências em que essa mesma disposição jurídica se acha envolvida na argumentação jurídica. O processo argumentativo determina o conteúdo semântico de uma palavra vaga em um caso fronteiro com base nos limites contextuais dados explicitamente por meio dos argumentos jurídicos de interpretação⁴⁵.

No caso da analogia, o ponto de partida do raciocínio jurídico é outro. O caso não se acha inserido no âmbito de significados possíveis da disposição jurídica, tampouco argumentos interpretativos podem ser apresentados para justificar a sua inclusão. O princípio da tolerância não pode ser aplicado, pois não se trata de um caso fronteiro. A analogia é o remédio a ser empregado quando o esforço interpretativo fracassa. O processo argumentativo busca determinar o conteúdo semântico do texto da disposição jurídica. Esse conteúdo já está determinado, e o resultado é que o caso está no espaço da antiextensão do texto interpretado. A argumentação busca determinar se os fins ou razões da disposição jurídica interpretada justificam a extensão analógica dessa disciplina jurídica para além dos limites semânticos da linguagem⁴⁶.

Desde que a analogia se acha fundada na relevância de similaridade entre o caso fonte e o caso alvo e a interpretação extensiva tem igualmente base no critério da relevância, qual é a distinção entre elas? A diferença está no tipo de relevância. Na interpretação extensiva, a relevância tem fonte semântica: depende das regras que governam o uso da linguagem e dos limites dados pelo contexto da linguagem. Na analogia, a re-

44 Cf. GAVIAO FILHO, Anizio Pires. *Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 194-198.

45 Cf. CANALE; TUZET. *Analogy and legal interpretation...*, p. 238.

46 Cf. CANALE; TUZET. *Analogy and legal interpretation...*, p. 238-239.

42 Cf. CANALE; TUZET. *Analogy and legal interpretation...*, p. 237.

43 Cf. CANALE; TUZET. *Analogy and legal interpretation...*, p. 238.

levância tem fonte pragmática: as condições de relevância são fixadas pelos fins da disposição jurídica na sua circunstância padrão de aplicabilidade. A extensão por analogia deve concretizar os mesmos fins e objetivos que a disposição jurídica concretiza nos seus casos normais de aplicabilidade. Essas condições são determinadas pelo legislador ou pelo sistema jurídico como uma questão de política⁴⁷.

Elas não dependem da linguagem ou do contexto de uso das palavras empregadas no texto.

Conclusivamente, os dois jogos argumentativos são similares. Primeiro, porque têm o mesmo objetivo: extensão de uma disposição jurídica a um caso não explicitamente considerado. Segundo, porque a relevância é uma condição necessária para a extensão da disposição jurídica. Contudo, esses dois jogos argumentativos não se identificam, teórica e praticamente. Na interpretação extensiva, o caso acha-se no âmbito normativo da disposição jurídica a partir de uma ampliação do seu conteúdo, limitado a seu espaço semântico, conforme as regras da linguagem e o contexto. Então, não é o caso de ausência (lacuna) de uma disposição jurídica para direta e explicitamente disciplinar o caso. No caso de analogia, o caso não se acha sob a disciplina jurídica de uma disposição jurídica, a despeito de sua interpretação.

Conclusão

A presente investigação buscou demonstrar que a analogia é um dos mais importantes esquemas do discurso jurídico de interpretação e aplicação do Direito.

O ponto de partida foi que o recurso à analogia não apenas é presente na justificação de raciocínios práticos gerais, como também é corrente no discurso jurídico.

Por isso mesmo é justificada a importância desta investigação, que propôs uma abordagem dos elementos centrais do raciocínio por analogia.

Como argumento, a analogia pode ser compreendida como um conjunto de premissas que são apresentadas para justificar uma conclusão. A correção de qualquer argumento e, portanto, do argumento por analogia depende de que as premissas efetivamente justifiquem a conclusão e que as premissas, elas mesmas, sejam verdadeiras. Não se trata, portanto, tão somente da análise da validade do argumento, que diz respeito exclusivamente à forma do argumento.

A analogia acha-se construída sobre a base do conceito de similaridade.

Restou assentado que, por intermédio da analogia, se podem compreender objetos, sujeitos ou situações não familiares a partir da comparação com outros objetos, sujeitos ou situações similares às que são familiares. Então, a funcionalidade da analogia depende da similaridade que pode ser estabelecida entre os objetos, sujeitos ou situações comparadas.

A dificuldade para a correta construção da analogia remete exatamente à determinação da similaridade entre o que está sendo comparado. Objetos, sujeitos ou situações podem ser similares, compartilhando um grande número de características ou propriedades, contudo, isso não significa ou implica diretamente que se trate de um caso de correção ou de uma boa analogia. É que as características ou as propriedades compartilhadas entre os casos devem ser relevantes para o assunto objeto da conclusão do argumento.

Os esquemas de configuração estrutural da analogia são centrais para a correta identificação da relevância da similaridade entre o que está sendo objeto de comparação no argumento por analogia e, assim, para a justificação externa da premissa de similaridade.

Restou formulado que, no discurso jurídico, analogia, interpretação por analogia e interpretação extensiva não são intercambiáveis.

47 Cf. CANALE; TUZET. *Analogy and legal interpretation...*, p. 239.

A designação interpretação por analogia somente faz sentido se tomada interpretação em sentido larguíssimo. Do contrário, cuida-se de designação que não corresponde a qualquer conceito, elemento ou recurso metodológico.

Analogia e interpretação extensiva, no discurso jurídico, têm pontos em comum, mas são essencialmente distintas sob o ponto de vista metodológico. A falta de clareza quanto a essa distinção pode resultar no uso e aplicação da analogia – travestida de interpretação extensiva – sobre assunto em que isso não é juridicamente autorizado.

Restou formulado que analogia pressupõe uma lacuna no sistema jurídico, e interpretação extensiva, não. Isso significa que não há, no sistema jurídico, independentemente de qualquer argumento interpretativo empregado, regra jurídica para classificação da situação fática colocada no caso.

O resultado da analogia é a criação de uma nova norma jurídica para cobrir a lacuna havida. Na interpretação extensiva, tem-se apenas a extensão do conteúdo normativo para além do significado ordinário dado pela literalidade linguística do texto da disposição jurídica.

Referências

ALEXY, Robert. Dois ou três. In: ALEXY, Robert. *Teoria discursiva do Direito*. 2 ed. Trad. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, p. 225-238, 2015.

BERMEJO-LUQUE, Lilian. The uses of analogy. In: RIBEIRO, Henrique Jales. Introduction. In: RIBEIRO, Henrique Jales (Ed.). *Systematic Approach to Arguments by Analogy*. Dordrecht: Springer, p. 57-71, 2014.

BETTI, Emilio. *Interpretação da lei e dos atos jurídicos: teoria geral e dogmática*. São Paulo: Martin Fontes, 2007.

BROZEK, Bartosz. Analogy in legal discourse. *Archives for Philosophie of Law and Social Philosophie*. V. 94, n. 2 (2008), pp.

188-201, p. 190. Disponível em: <www.jstor.org>. Acesso em 07/06/2016.

BREWER, Scott. Exemplary reasoning: Semantics, pragmatics, and the rational force of legal argument by analogy. *Harvard Law Review*. V. 109, n. 5, p. 923-102, 1996.

.CANALE, Damiano; TUZET, Giovanni. Analogy and legal interpretation. In: RIBEIRO, Henrique Jales (Ed.). *Systematic Approach to Arguments by Analogy*. Dordrecht: Springer, p. 227-242, 2014.

JUTHE, André. A systematic review of classification of argument by analogy. In: RIBEIRO, Henrique Jales. Introduction. In: RIBEIRO, Henrique Jales (Ed.). *Systematic Approach to Arguments by Analogy*. Dordrecht: Springer, p. 109-127, 2014.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. *Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação*. Porto Alegre: Editoria Livraria do Advogado, 2011.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José Lamego. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1977.

LEVI, Edward H. *Uma introdução ao raciocínio jurídico*. Trad. Eneida Vieira Santos. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MACAGNO, Fabrício; WALTON, Douglas. Classifying the patterns of natural arguments. University Park: 2015. Disponível em: <www.dougwalton.ca>. Acesso em: 13/09/2015.

MACCORMICK, Neil. *Retórica e Estado de Direito*. Trad. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

_____. *Legal reasoning and legal theory*. Oxford: Oxford University Press, 1994.

RIBEIRO, Henrique Jales. Introduction. In: RIBEIRO, Henrique Jales (Ed.). *Systematic Approach to Arguments by Analogy*. Dordrecht: Springer, p. 1-19, 2014.

THOMSON, Judith. Uma defesa do aborto. In: RACHELS, James; RACHELS, Stuart. *A coisa certa a fazer*. 6. ed. Trad. Delamar José Volpato Dutra, Porto Alegre: AMGH, p. 102-119, 2014.

WALTON, Douglas N. Argumentation schemes for argument from analogy. In: RIBEIRO, Henrique Jales (Ed.). *Systematic Approach to Arguments by Analogy*. Dordrecht: Springer, p. 23-40, 2014.

WARREN, Mary Anne. Sobre o *status moral* e legal do aborto e um pós-escrito sobre o infanticídio. In: RACHELS, James; RACHELS, Stuart. *A coisa certa a fazer*. 6. ed. Trad. Delamar José Volpato Dutra, Porto Alegre: AMGH, p. 119-130, 2014.

WEINREB, Lloyd L. *Legal Reason*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

DOS SUCEDÂNEOS DE PROVA*

VANESSA PEDROSO COELHO**

JOSÉ ELIAS GABRIEL NETO***

* Eixo Temático: Tutelas à Efetivação de Direitos Públicos Incondicionados

** Mestranda em Direito da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP. Advogada). E-mail: vcoelhadv@gmail.com

*** Mestrando em Direito da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). Advogado. E-mail: jotaeh@gmail.com

Resumo

Conceitua-se prova como sendo todos os meios hábeis produzidos em juízo pelas partes, sob o manto do contraditório, com a finalidade de incutir no espírito do julgador a convicção da existência do fato perturbador do direito a ser restaurado, bem como a demonstração da verdade referente aos fatos alegados. Assim, a prova só será válida quando submetida ao crivo do contraditório em juízo e valorada pelo magistrado para prolação de sua decisão. Entretanto, não é o que vem acontecendo, pois quando da produção da prova para a demonstração do ocorrido, os litigantes, em razão da insuficiência dos meios probatórios e, sobretudo nos casos em que se visa burlar as regras sobre a admissão e confecção das provas, recorrem, frequentemente, à substituição de um meio de prova típico por outro meio de prova nominado para provar o fato delituoso. Com a substituição dos instrumentos probatórios e a utilização de outros meios de informação para instruir o processo, culminando com a posterior prolação de sentença, ferem-se garantias insculpidas na Constituição Federal. A metodologia baseia-se, especialmente, na pesquisa bibliográfica, que possibilitou o suporte teórico para o desenvolvimento das ideias aqui lançadas. O método de abordagem adotado foi o indutivo e bibliográfico.

Palavras-chaves: CF. Garantias. Princípios. Provas típicas. Sucédâneos.

Abstract

Proof is conceptualized as being all expedients produced in court by the parties, under the adversarial mantle, in order to instill the spirit of judging the conviction of the existence of the disturbing fact that the right to be restored as well as the demonstration of the truth referring to the facts alleged. Thus, the proof will only be valid when submitted to adversarial scrutiny in court and valued by the magistrate for delivery of their decision. However, that's not been happening, because when the production of evidence to demonstrate the fact, litigators, because of the inadequacy of the means of proof and, above all where it aims to circumvent the rules on the admission and preparation of evidence, turn the pieces, often to replace a typical means of proof other evidence to prove the fact nominated delituoso. Com replacement of evidential instruments and the use of other information media to instruct the process, culminating in the back delivery of judgment, wound up inscribe guarantees in the Constitution. The methodology is based, especially in literature, which enabled the theoretical support for the development of ideas launched here. The approach adopted was the inductive method and literature.

Keywords: CF. Guarantes. Principles. Typical evidence. Substitutes.

Introdução

Segundo Gomes Filho (2007, p. 186), a expressão **prova** constitui um “termo polissêmico, designando aspectos diversos do vasto campo de operações do intelecto na busca e na comunicação do conhecimento verdadeiro”.

E, justamente, em razão dessa diversidade de significados, surgem imprecisões advindas da “falta de clareza com que o vocábulo é utilizado”, principalmente no meio judicial, no qual a atividade probatória visa a “persuasão do julgador sobre a realidade dos fatos em que se fundamentam as pretensões das partes” (GOMES FILHO, 2007, p. 186). Desse modo, torna-se imperioso e necessário, de início, conceituar o termo **prova**, quando do seu emprego nas variadas situações em que é utilizado.

Sobre tal aspecto, Gomes Filho (2007, p. 186) refere que a preocupação que se tem é a

Distinção doutrinária entre prova e sucedâneo de prova usada para sublinhar que, em certos casos, diante da ausência ou insuficiência de elementos de informação resultantes da prática dos chamados meios de prova- instrumentos disciplinados pelo legislador para a produção dos dados probatórios – conhecimentos outros, obtidos de forma diversa, possam ser considerados na formação do convencimento judicial.

Os sucedâneos de prova também são conhecidos como **prova anômala**, entendida como “aquela utilizada para fins diversos daqueles que lhe são próprios, com características de outra prova típica” (Laronga¹ *apud* DEZEM, 2008, p. 151). Ou seja, é situação em “que há meio de prova expressamente previsto para a colheita da prova. No entanto, passa-se ao largo desse meio de prova típico, valendo-se de outro meio de prova” (DEZEM, 2008, p. 152).

Esse tipo de prova tem sido comumente utilizado na prática forense como forma de superar eventuais óbices de admissão estabelecidos pela legislação pátria. Todavia, seu uso fere vários princípios constitucionais, entre eles o do contraditório, o da ampla defesa, o da dignidade da pessoa humana, o do direito ao silêncio e o da não admissão das provas ilícitas.

Cumprе salientar que **prova anômala** não se confunde com **prova atípica**, pois esta é resultante, dentre outros fatores, da liberdade probatória conferida às partes. Os sucedâneos baseiam-se em uma deformidade da própria legislação, que em razão disso possibilita que eles sejam aceitos como prova para instruir o processo e, assim, servir de base para o magistrado prolatar sua sentença.

Tipos de sucedâneos de prova

Substituição de prova testemunhal por prova documental

Corriqueiramente utilizado no meio forense, este sucedâneo tem por finalidade substituir os depoimentos das testemunhas, que deveriam ser ordinariamente prestados em juízo, por declarações escritas destas, de forma que essas declarações serão documentadas e introduzidas nos autos como se documentos fossem.

Assim, tal prova anômala decorre da “juntada de documentos com as declarações de pessoas que deveriam, para valerem os seus testemunhos como prova, ser regularmente ouvidas em audiência com a participação do juiz e das partes” (FERNANDES, 2007, p. 223).

Trata-se de um artifício utilizado tanto pela defesa como pela acusação. A primeira vale-se desse sucedâneo quando reduz a termo as informações prestadas por pessoas que pouco ou nenhum conhecimento têm sobre o fato criminoso, mas sabem sobre a vida pregressa do acusado. Tais informações são os

¹ LARONGA, Antonio. Le prove atipiche nel processo penale. Milão: Cedam.2002.

denominados “testemunhos de antecedentes”² ou abonatórios. A acusação também tem-se utilizado dessa prova anômala, e isso ocorre, precisamente, quando, em seu gabinete, o promotor de Justiça leva uma testemunha à presença de um advogado – que, geralmente, não é o da parte contrária, como se estivesse realizando o ato sob o manto do contraditório –, inquirindo-a sobre os fatos, de molde que as informações são reduzidas a termo e juntadas aos autos para que o juiz as valere, seja como documento, seja como um testemunho, para que o magistrado então forme seu convencimento.

Tal meio de prova, além de ser empregado com a finalidade de escapar ao testemunho perante o juiz condutor do processo, com a participação da parte adversa, visa também superar os óbices impostos por ocasião de provas testemunhais, que devem ser arroladas por ocasião do oferecimento da denúncia ou da queixa, como dispõe o Código de Processo Penal (CPP), no art. 41, sob pena de preclusão. Com isso, as declarações que, *a priori*, deveriam ser prestadas em juízo, são carreadas aos autos na forma de documento, valendo a parte do disposto no art. 231 do CPP, regra que permite que as partes apresentem os documentos em qualquer fase do processo, salvo os casos expressos em lei.

Assim, há a produção de uma prova típica – a documental –, em substituição a outra, *in hoc casu*, a testemunhal, que, como é cediço, exige a observância do contraditório durante a sua realização, na medida em que a primeira impõe limites de admissibilidade muito mais amplos (GOMES FILHO, 2007, p. 186).

Curiosamente, no entanto, sobre o assunto o extinto Tribunal de Alçada do Estado de São Paulo entendeu que:

É inadmissível substituir a prova testemunhal de defesa por declarações escritas, sob pena de violação do contraditório, eis que se exige que o depoimento seja prestado oralmente, assegurando-se ao Ministério Público o direito de fazer perguntas, preservando-se a disciplina cogente na produção desta espécie probatória. (HC 153.370/8, 11^a C.,

Rel. Juiz Gonçalves Nogueira, j.15.09.1986, v.u). (GOMES FILHO, 2007, p. 185).

Como se percebe, portanto, tal sucedâneo visa alargar o momento em que tal prova deveria ser produzida, bem como colima suprimir ou contornar a necessária observância ao princípio-garantia do contraditório.

Sobre esse aspecto, Badaró (2005, p. 247-248) entende que:

Ao juntar aos autos a declaração de uma pessoa que tem ciência do fato relevante para o processo (fonte de prova), valendo-se para tanto de da disciplina legal da prova documental (meio de prova), está se pretendo atingir a finalidade da prova testemunhal – alguém dar ciência ao juiz de um fato que teve conhecimento – com o emprego da prova documental. Ora, é lição sabida e repetida que a prova para ser válida deve ser produzida em contraditório, na presença das partes e perante o juiz natural da causa. A prova colhida sem a presença das partes e do juiz não é prova, não se submeteu ao contraditório, e não pode validamente integrar o acervo sobre o qual o Juiz – togado ou leigo – irá se debruçar para formar livremente seu convencimento. O ‘documento’ em que se consubstanciam as ‘declarações’ da pseudo testemunha produzida no Gabinete do Promotor de Justiça, ou no escritório de advocacia, ou em qualquer outro local que não seja a sala de audiência, não foi produzido na presença do juiz e, em regra, a colheita das declarações e sua redução a termo é realizada na presença de apenas uma das partes, sem a participação da parte contra quem a declaração, normalmente, será utilizada.

Desse modo, a substituição de uma prova testemunhal por uma prova documental não se refere à juntada de documento. Tem-se aí, na verdade, produção de prova documental, em ato que desrespeita frontalmente o contraditório (FERNANDES, 2007).

Com essa conduta, qualquer das partes que se utilizar desse tipo de sucedâneo, além do desrespeito à garantia do contraditório, desvirtua, também, a natureza da prova testemunhal, que é oral e judicial, além de impedir que a outra parte repergunte sobre o teor do que foi declarado, havendo a instau-

² Para Gomes Filho (2007), trata-se das testemunhas de antecedentes.

ração de uma indevida instrução paralela (GOMES FILHO, 2007, p. 186).

Sob esse viés, o Colendo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP) decidiu que:

Se o adotado esse procedimento de instrução paralela, na produção de prova e de 'documentos' em Gabinetes, o que será da instrução criminal... o que se fez foi produzir prova testemunhal em Gabinete, em procedimento paralelo e juntar os mesmos como documentos, não se tirando a força de 'documento' como escrito, mas produzido não no contraditório e para produzir efeito como tal. É evidente que prova testemunhal que não seja legalmente constituída não deve ser lida em plenário, e o despacho que impede que isso aconteça não fere o disposto no art. 475 Do Código de Processo Penal. (TJSP, Correição Parcial 145.55-3/1, 2ª Câ. Crim., Rel Des. Renato Talli, j. 22.08.1993, v.u). (GOMES FILHO, 2007, p. 187).

Em outro julgado, o mesmo TJSP assentou:

Não afasta a ilegalidade dizer-se que as partes podem juntar documentos em qualquer fase do processo; inquirição de testemunhas- e nisto se transformou, indiretamente, o co-réu ouvido- se faz em audiência pública, presentes as partes e sob a presidência do Juiz, que é quem dirige o processo; a se admitir a juntada de prova contra legem e, por isso mesmo ilícita, desde que oferecida pela Promotoria, o que fazer quando a defesa pretender juntar aos autos provas produzidas no escritório advogado, sem a presença de Juiz e a participação do Promotor? Estaria instaurada, com a instrução paralela, a desordem que, evidentemente, conduz ao tumulto; e não é isto o que se deseja, mas sim a descoberta da verdade real. (TJSP, HC 368.417-3/9-00, 4ª Câ. Crim, Rel.Des. Sinésio de Souza, j. 12.03.2002, m.v.). (GOMES FILHO, 2007, p. 187).

A doutrina nacional, em resposta a esse sucedâneo de prova, vem sustentando haver nesses casos a existência de nulidade absoluta sempre que isso se concretizar nos autos do processo (GOMES FILHO, 1997, p. 169-170).

Substituição de testemunhos indiretos como forma de substituição dos testemunhos diretos

Também conhecido vulgarmente como testemunha de "ouvir dizer", tal sucedâneo é corriqueiramente utilizado e aceito na *práxis* penal forense. Corresponde, nos dizeres de Fernandes (2007, p. 225), aos "depoimentos de policiais sobre as declarações feitas pela pessoa presa em flagrante, ainda quando, no interrogatório, ele tenha usado de seu direito ao silêncio". Na mesma linha de raciocínio vai a lição de Gomes Filho (2007, p. 189), quando ensina que esse sucedâneo consiste na "admissão do policial como testemunha ou condutor, relatando o que lhe teria sido dito pelo investigado – quando fora preso em flagrante – que, formalmente, preferiu permanecer calado", em seu interrogatório.

Essas testemunhas indiretas têm prestado declarações, também, nos casos de delações de que têm conhecimento, ainda que aquele que delata tenha permanecido em silêncio.

Das tantas características do relato de uma testemunha, tem-se a retrospectividade, entendida como o dever imposto à testemunha de depor sobre os fatos pretéritos, sendo defeso o depoimento sobre considerações futuras e, até mesmo, hipotéticas. Têm correlação com a imediatidade. Nessa trilha, Gomes Filho (2007, p. 189) ensina que:

A testemunha deve manifestar percepções sensoriais recebidas imediatamente por ela em relação a um fato passado, que no presente deve ser provado. Em outras palavras, é necessário que a testemunha reproduza uma percepção originária e direta do fato a ser provado, isto é, por ela imediatamente recebido. No testemunho indireto há uma cognição reflexa, que não fornece elementos seguros de informação, até mesmo porque a testemunha direta não terá qualquer responsabilidade pelo que a testemunha indireta tenha dito.

Assim, pela retrospectividade e imediatidade das declarações, não poderiam admitir os testemunhos indiretos, pois o que ocorre é a aceitação das declarações reflexas em substituição a testemunhos diretos.

No entanto, a questão não fica adstrita somente ao campo das características da prova testemunhal; também diz respeito à utilização dessa prova anômala quando confrontada com o direito ao silêncio e sua aceitação para a formação do convencimento do magistrado que preside a causa.

Na doutrina pátria, não é pacífica a aceitação da testemunha de “ouvir dizer”.

Com efeito, enquanto Aranha (2004, p. 194) aceita tais declarações como aptas à condenação, de outro lado há autores que entendem que não se trata de meio probatório, mas, sim, de “elemento de informação indigno, sem o caráter de testemunho” (Bento Farias³ *apud* GOMES FILHO, 2007, p. 187).

Terceiro posicionamento é encontrável no magistério de Valle Filho (2004, p. 357), que entende que o testemunho de “ouvir dizer” também se trata de um elemento de informação, podendo, assim, ter a sua validade aferida quando for utilizada para se descobrir a fonte originária, ou seja, a não reflexa, para que, então, a primeira seja produzida em juízo.

A jurisprudência nacional entende que essas declarações não podem ser consideradas meios aptos para a formação do convencimento do magistrado, conforme se depreende de antigo julgado do extinto Tribunal de Alçada do Estado da Guanabara:

Somente em circunstâncias muito excepcionais, o testemunho de ouvir dizer pode proporcionar elementos de convicção seguros ao julgador. Proclama-se assim, a ‘fragilidade do testemunho de ouvida alheia, como prova criminal, em virtude da multiplicidade epidêmica das inverdades que gera’, enunciando princípio fundamental da teoria na prova. (TA, AC 7.525, 1ª C.Crim. Rel. Des. Juiz Jorge Alberto Romeiro, j. 17.07.73).

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro decidiu, de seu lado, assinalando: “Acervo probatório impreciso e enjaneador de dúvidas, lastreado em fatos pretéritos e imputados ao agente por vago e incerto ouvir dizer, fatos que não foram

confirmados sob o crivo judicial” (TJRJ, AC 4.687/2002, 2ª Cam. Crim. Rel. Des. Adilson Vieira Macabu).

Assim, a aceitação dos depoimentos indiretos, pela sua natureza, não poderia ser levada em consideração, tampouco validada pelo magistrado a fim de formar seu convencimento, pois tais testemunhos são realizados em completo desrespeito à garantia do art. 5º, LXIII, da Carta Política de 1988, que determina que o *preso será informado de seus direitos entre os quais o de permanecer calado*, tendo em vista a busca da verdade e consequente condenação do acusado.

Importante frisar, no que concerne ao direito ao silêncio, em que pese ser ele notoriamente reconhecido pelo ordenamento jurídico pátrio, sua aplicação prática, segundo Gomes Filho (1997, p. 114), “parece longe de ser uma realidade, especialmente diante de uma rotina policial voltada à obtenção de confissões a todo custo, em relação à qual os tribunais não tiveram ainda oportunidade de contrapor, com firmeza, a força do preceito constitucional”.

Desse modo, quando o magistrado aceita as declarações de policiais quando o acusado se vale do seu direito ao silêncio e servem essas declarações como meio de prova para a condenação, tem-se um “um indesejável retorno às formas mais abomináveis da repressão, comprometendo o caráter ético-político do processo e a própria correção no exercício da função jurisdicional” (BERTOLINO; GOMES FILHO, 1997, p. 114).

Substituição de reconhecimento pessoal por reconhecimento fotográfico

Outra situação corrente na prática judiciária de substituição de uma prova por outra é a do reconhecimento pessoal.

O reconhecimento de pessoas e coisas tem previsão legal nos arts. 226 e seguintes do CPP, podendo ocorrer tanto na fase policial como em juízo.

Lopes Junior (2007, p. 631), citando Franco Cordero, entende que o “reconhecimento é um ato através do qual é levado a analisar alguma pessoa ou coisa e, recordando o que havia

³ FARIA, Antonio Bento de. Código de processo penal, v. 1, p. 268.

percebido em um determinado contexto, compara as duas experiências". Continua o autor salientando que "da recordação empírica com essa nova experiência levada a cabo em audiência ou no inquérito, ocorre o reconhecer, que é tudo aquilo que pode ser reconhecido pelos sentidos".

Esse meio de prova exige obediência estrita a certas formalidades, devendo, pois, seguir, sem se desviar, do disposto no art. 226 da lei adjetiva penal, sob pena de contaminar a validade do ato. Em que pese tal rigor imposto pela norma, no dia a dia forense não há observância do que a lei determina⁴, tanto é que, contrariando também os comandos legais, tem-se aceitado o reconhecimento fotográfico como prova apta, quando impossível se realizar o reconhecimento pessoal.

O reconhecimento fotográfico consiste no reconhecimento do réu por meio de fotografias, quando este se recusa, valendo-se e exercendo o seu direito ao silêncio, a participar do reconhecimento pessoal.

Tal meio de prova seria aceito por ser considerada uma prova atípica (TOZADORI, 2009).

Justificar que esse meio de prova é atípico, malgrado o ordenamento jurídico aceitá-lo em razão do princípio do livre convencimento, não significa o mesmo que autorizar a produção, obtenção e admissão de meios que contrariem aquilo que ele proibiu.

Nessa linha, Lopes Junior (2007, p. 636) ensina que "não pode ser admitida uma prova rotulada de inominada quando na realidade ela decorre de uma variação ilícita de outro ato estabelecido na lei processual penal, cujas garantias não foram observadas".

E assim é o reconhecimento fotográfico, que, nas palavras de Gomes Filho (2007, p. 191), é o meio de prova que "vulnera o procedimento probatório previsto no art. 226, substituindo a segunda fase de comparação física ao vivo da pessoa a ser reconhecida, pela comparação fotográfica".

E a utilização de fotos enseja duas observações, que se consideram as principais: a primeira é que, pela fotografia, não se consegue medir a altura do fotografado, tampouco seu peso; segundo, a fotografia não mostra o jeito de ser da pessoa por exemplo, a sua movimentação, o seu modo de caminhar, suas expressões e assim por diante.

Desse modo, o reconhecimento fotográfico não enseja "a obtenção de um elemento mais confiável de convencimento" (GOMES FILHO, 2005, p. 316). Ademais, a utilização do reconhecimento do acusado por fotografias quando ele não aceita ser reconhecido pessoalmente – o que é considerado um sucedâneo de prova – infringe o direito ao silêncio, constitucionalmente consagrado.

Assim, como as demais provas anômalas, o reconhecimento por simples fotografias também tem a finalidade de superar as limitações que a lei impõe, ou seja, quando o acusado não participa do ato de reconhecimento, busca-se outra forma de reconhecê-lo, para então aplicar-se a ele a sanção cabível, tudo em nome da "verdade real" (MIRABETE, 2007, p. 259).

No entanto, a valoração do reconhecimento fotográfico para fins de embasar válida condenação não configura entendimento unânime na doutrina brasileira.

Efetivamente, Nucci (2006, p. 486) entende que o reconhecimento fotográfico "não pode ser considerado uma prova direta, mas sim indireta, ou seja, mero indício".

Já Marques (1997, p. 308) pugnavia que "tudo depende de cada caso em cada caso, das circunstâncias que rodearem o reconhecimento e dos dados que forem fornecidos pela vítima ou testemunha para fundamentar suas afirmativas".

Lopes Junior (2007, p. 636), amparado na lição de Huertas Martin, preleciona que:

Deve ter sempre escassa validade probatória, pois a experiência judicial demonstra que é um instrumento com grande propensão a erros. A situação é agravada quando a fotografia do suspeito passa a ser amplamente difundida pelos meios de comunicação, criando um clima de induzimentos extremamente perigoso (prova disso é a quantidade de

⁴ Aury Lopes Junior (2007, p. 632) cita os reconhecimentos informais, admitidos em nome do princípio do livre convencimento motivado.

peessoas que, após a divulgação, passam a afirmar terem visto o agente, ao mesmo tempo, em lugares completamente distantes e diversos).

Na jurisprudência, o extinto Tribunal de Alçada de São Paulo já proclamava que:

A fotografia já era conhecida quando da promulgação do Código de Processo Penal e se ele não incorporou entre os meios de prova é porque entendeu não ser, como não é, muito segura. (TASP, Ap. 104.667, 3ª C, Rel. Des. Juiz Chia-radia Netto, j. 15.05.1975, v.u. RT 476/388).

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande Sul, por sua vez, exarou o entendimento a seguir transcrito:

O reconhecimento por fotografia, embora se constitua em prova que merece cautela, pode ser invocado para firmar a condenação, se aliado a outros elementos probatórios, contribuir para formar um todo harmônico (TJRS, Ap. 698562170 - Santa Maria, Rel. Des. Luis Carlos Ávila de Carvalho Leite, j. 1006.1999, v.u.).

A Suprema Corte Brasileira, a seu turno, assentou que:

O reconhecimento fotográfico tem valor probante pleno quando acompanhado e reforçado por outros elementos de convicção. Assim, não pode o mesmo fundamentar isoladamente, uma decisão condenatória. (STF, HC 70.038-1/RJ, 2ª T, Rel. Min. Francisco Rezek, j. 31.08.93. v.u., RT 416/717).

Decisão relativamente recente do Superior Tribunal de Justiça aceitou o reconhecimento fotográfico, em acórdão assim ementado:

1. A Defesa do Paciente teve ciência, antes das alegações finais, de todo o conteúdo da prova oral produzida durante a instrução, tanto que fundamentou a tese defensiva de inocência nos depoimentos prestados pela vítima e pelas testemunhas, o que afasta a alegação de que o uso de estenotipia para colher a prova oral dificultou a perfeita compreensão da prova produzida em desfavor do réu. Comprovada a inexistência de prejuízo à defesa, aplica-se

o princípio "pas de nullité sans grief", disposto no art. 563, do Código de Processo Penal.

2. Não há como reconhecer nulidade no processo-crime, em razão da deficiência de defesa técnica durante a instrução criminal. O Paciente foi satisfatoriamente assistido na instrução criminal por Defensor nomeado, que atuou em todos os atos processuais, compareceu às audiências e apresentou em alegações finais a tese de negativa de autoria em relação à todas as acusações. Incidência da Súmula n.º 523, do Supremo Tribunal Federal.

3. A eventual ilegalidade cometida na fase inquisitiva, qual seja: o reconhecimento fotográfico, restou sanada na fase judicial, onde o reconhecimento do Paciente pela vítima foi feito com segurança, sob o crivo do contraditório, na presença de seu Advogado constituído.

4. Acolher a tese de falta de justa causa para a condenação diante da incerteza da vítima quando do reconhecimento do réu e da ilegal indução pelo Magistrado processante, implica, necessariamente, no reexame da matéria fático-probatória constante dos autos, impossível na via estreita habeas corpus.

5. Precedentes dos Tribunais Superiores.

6. Ordem denegada. (STJ, HC 116017/SP, 5.ª T, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 24.03.2009).

Em última análise a validade do reconhecimento fotográfico serviria tão somente como "instrumento-meio", ou seja, serviria apenas para dar início às investigações e para ulterior reconhecimento pessoal, não podendo ser o único meio do qual se vale o magistrado para eventual condenação (LOPES JUNIOR, 2007, p. 636).

O interrogatório por videoconferência

Um tema recorrente e sempre discutido em salas de aula e nos corredores dos fóruns é o da morosidade que assola o Judiciário brasileiro.. Estima-se que a cada ano o Judiciário receba quase 20,5 milhões de novos processos, sendo que em 2015 cerca de 99,7 milhões de processos esperavam julgamento (CNJ, 2015). E, para que essa morosidade vá diminuindo, estão sendo criados recursos tecnológicos com o escopo de diminuir o tempo de tramitação dos processos e seus gastos.

Assim, o legislador tem procurado criar meios que possibilitem, ao menos, minorar tais problemas, com a utilização de recursos informáticos. Exemplo claro disso é o do interrogatório por videoconferência.

Também conhecido como interrogatório *online*, já vinha sendo aplicado no Brasil desde o ano de 2005 no estado de São Paulo, por força da Lei Estadual nº 11.819/05. Referida lei dispôs sobre a implantação de aparelhos de videoconferência para interrogatórios e audiências de presos a distância. No artigo 1º, estabeleceu que, “Nos procedimentos judiciais destinados ao interrogatório e à audiência de presos, poderão ser utilizados aparelhos de videoconferência, com o objetivo de tornar mais célere o trâmite processual, observadas as garantias constitucionais”.

A questão sobre o interrogatório *online* ganhou maior expressão, porém, no ano de 2007, quando a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal (STF) concedeu a ordem nos autos do HC nº 88914/SP, anulando por unanimidade o processo e a condenação do paciente, que havia sido interrogado por meio de videoconferência. Tal decisão foi justificada em virtude de que a adoção desse tipo de procedimento “leva a perda de substância do próprio fundamento do processo penal” e, ainda, que, “quando a política criminal é promovida à custa de redução das garantias individuais, se condena ao fracasso mais retumbante”.

Por ocasião do julgamento, o ministro Gilmar Mendes, ao proferir voto pela concessão da ordem, lembrou que não havia lei nacional a autorizar tal procedimento. Estar-se-ia, portanto, desrespeitando o princípio da legalidade.⁵

Em virtude disso, o Projeto de Lei nº 139/06, que até então tramitava no Congresso Nacional, foi aprovado e depois seguiu para sanção presidencial. Em 08/01/2009, entrou em vigor a Lei nº 11.900/2009, alterando os parágrafos do art. 185 do CPP, permitindo que o interrogatório e as audiências judiciais

pudessem ser realizados por videoconferência nas situações especificadas.

Com a implantação da videoconferência para fins de interrogatório, o juiz permanece em sala apropriada no fórum, e o réu, segregado no estabelecimento prisional.

Porém, a utilização da videoconferência tem recebido críticas e elogios.

Um dos argumentos contrários à utilização dos interrogatórios por videoconferência encontra-se na regra do artigo 185 do CPP, cujo §1º permite, na hipótese de serem atendidas as condições nele estabelecidas, que o interrogatório seja feito no estabelecimento prisional em que se encontrar o acusado. Sobre isso, afirma Moreira (2007, p. 73) que:

As novas disposições passaram a permitir (e mesmo impor, se atendidas aquelas condições) o deslocamento do Juiz de Direito, do Promotor de Justiça, dos Advogados e dos serventuários da Justiça até o local onde se encontra preso o interrogando, a fim de que ali se proceda ao respectivo ato processual.

Contrapondo-se à ideia de ofensa às garantias constitucionais do réu, argumenta-se em favor da videoconferência ser “inconcebível que no estágio de desenvolvimento a que chegou a tecnologia, não se possa ouvir um preso a distância e com lisura” (FOLHA DE SÃO PAULO, 2007, online).

Como não havia, no ordenamento jurídico brasileiro, lei para a realização da videoconferência, tampouco existia qualquer outra disposição legal permitindo a realização desse tipo de ato a distância sem a presença das partes e do órgão julgador, o interrogatório *online* acabava por burlar o procedimento do interrogatório judicial *face to face*, visando colher as informações do réu.

Superado o óbice da falta de legislação sobre o assunto, atendendo, portanto ao princípio da legalidade, o que se nota é que o interrogatório por videoconferência acaba por afrontar outros princípios de raiz constitucional e com expressão infra-

⁵ A lei paulista nº. 11.819/2005 é considerada inconstitucional, pois viola o princípio da reserva legislativa previsto no art. 22, inc. I, da Constituição Federal.

gal⁶, tais como a ampla defesa e o contraditório, bem como o princípio do juiz natural.⁷

Sobre o direito de defesa ideal, colhe-se, na lapidar lição de Lopes Junior (2007, p. 608), o seguinte:

Seja a defesa técnica ou autodefesa, é ferido de morte o interrogatório on line. A começar pela pergunta: onde fica o advogado? E os autos? Se o advogado está ao lado do réu (de onde nunca deve sair), o processo está com o juiz. Nesse caso, o defensor está impedido de consultar os autos para perguntar, bem como está o réu impedido de analisar fotos ou laudos para responder ou esclarecer.

Por outro lado, caso o advogado abandone o réu para ficar na sala de audiência, ao lado do juiz e do MP, é inegável que seu contato com o acusado e, portanto, a defesa como um todo, ficam seriamente comprometidos.

No que concerne à violação ao princípio do contraditório, o mesmo autor verbera que:

O direito de defesa e do contraditório (incluindo o direito de audiência) são direitos fundamentais, cujo nível de observância reflete o avanço de um povo. Isso se mede, não pelo arsenal tecnológico utilizado, mas sim pelo nível de respeito ao valor da dignidade da pessoa humana. E o nível de civilidade alcançado exige que o processo penal seja um instrumento legitimante do poder, dotado de garantias mínimas, necessárias para chegar-se à pena. Nessa linha, é absurdo suprimir-se o direito de ser ouvido por um juiz, que não pode ser substituído por um monitor de computador. (LOPES JUNIOR, 2007, p. 609).

Ademais, com a utilização da videoconferência, perde-se o princípio da identidade física do juiz, decorrente da garantia

6 Segundo Lopes Junior (2007, p. 607), o interrogatório, "além de matar o mínimo de humanidade que o processo deve guardar, também viola direitos e garantias fundamentais".

7 Lopes Junior (2007, p. 606) entende que com a videoconferência, o que está se pretendendo "é retirar a garantia da jurisdição, a garantia de ter um juiz, contribuindo ainda mais para que eles assumam uma postura burocrática e assepsia da jurisdição. Matam o caráter antropológico do próprio ritual do judiciário, assegurando que o juiz sequer olhe para o réu, sequer sinta o cheiro daquele que ele vai julgar [...] com a virtualidade teremos a indiferença e a insensibilidade do julgador elevadas a níveis insuportáveis. Se uma das maiores preocupações que temos hoje é com o resgate da subjetividade e do próprio sentimento no julgar (sentenciar = sentenciando = sentire), combatendo o refugio da generalidade da função e o completo afastamento do eu, o interrogatório on line é um imenso retrocesso civilizatório (na razão inversa ao avanço tecnológico)."

constitucional do juiz natural prevista no art. 5º, XXXVII da CF, na medida em que o contato direto permite que o magistrado afira o comportamento do réu de modo bastante amplo (o olhar, a respiração, eventuais emoções...). Por tal razão, é temerária a utilização indiscriminada da videoconferência.

Aplicabilidade-viabilidade dos sucedâneos

Neste tópico, analisar-se-á a questão da admissibilidade-viabilidade dos sucedâneos de prova em sede processual.

A prova é ilícita quando viola as normas de natureza material sobre direitos e garantias fundamentais, bem como as que impõem condutas proibitivas, **p. ex., fonte de prova colhida ilicitamente. Prova ilegítima é a que viola as normas de natureza processual, v.g., meios de provas.**

Nos sucedâneos de prova, que visam a substituição de uma prova típica apropriada por outra prova típica imprópria, o vício que se estampa é de ordem material e, por conseguinte, não admissível, por se tratar de prova anômala (FERNANDES, 2007, p. 227).

Assim, quando da sua introdução no processo sem observar as regras procedimentais e por contrariar princípios fundamentais como os da ampla defesa, do contraditório, do direito ao silêncio **e demais, seria considerada ilícita tal prova** (FERNANDES, 2007, p. 227). Por serem consideradas ilícitas, elas seriam rejeitadas e excluídas, tal como impõe o art. 157 do CPP.

Em sentido contrário, Gomes Filho (2007, p. 198) entende que não é apropriada a qualificação de prova ilícita para os sucedâneos de prova. Entendem os referidos doutrinadores que o uso desses sucedâneos configuraria problema de ilegitimidade da prova, por violar uma regra processual, já que a prova deve ser produzida sob o crivo do contraditório, pois os elementos de informação nem poderiam ser considerados provas tecnicamente falando.

A questão ganha relevo quando da aplicabilidade dessas provas no processo criminal, especialmente quando de seu acolhimento pelo juiz, para a formação do seu convencimento e ulterior prolação da sentença condenatória. Como dito, a prova é o meio apto e capaz de demonstrar o grau de probabilidade da ocorrência dos fatos que determinam a lide, ou aquilo que se convencionou como sendo verdade pelas partes, sendo relativa, uma verdade probabilística, cabendo ao magistrado, quando da prolação da sua decisão, buscar a máxima aproximação daquilo que comumente se denomina verdade, podendo assim ser feito por meio dos meios probatórios admitidos pelo ordenamento jurídico.

Assim, os sucedâneos seriam aptos a causar a condenação do transgressor da ordem jurídica, podendo o magistrado fundamentar sua decisão e assim decidir a causa. Portanto, os sucedâneos seriam aceitos pelo ordenamento e viáveis para este ato.

Porque, mesmo que a sociedade viva em apuros com a criminalidade, o Estado tem o dever garantir a segurança e tranquilidade aos cidadãos de bem, e para isso deverá punir os delinquentes que não respeitarem suas leis e causarem a intranquilidade. Todavia, esse dever-punir se pautará por princípios norteadores de um processo-crime justo. Logo, a ideia de aplicar os sucedâneos para a formação do convencimento do juiz para a ulterior condenação seria inconcebível em um Estado Democrático, por desrespeito a princípios basilares do processo penal, não prosperando o argumento de que seu uso seria para superar eventuais óbices impostos pela lei e auxiliar na condenação.

Sobre isso, Fernandes Scarance (2000, p. 84) preleciona que

Não se pode, em nome da segurança social, compreender uma garantia absoluta da privacidade, do sigilo, no processo penal, mas também não se pode conceber, em homenagem ao princípio da verdade real, que a busca incontrolada e desmedida da prova possa, sem motivos ponderáveis e sem observância de um critério de proporcionalidade, ofender sem necessidade o investigado ou o acusado em

seus direitos fundamentais e no seu direito a que a prova contra si produzida seja obtida por meios lícitos.

Portanto, inviável seria a situação acima citada, com a utilização dos sucedâneos para condenar.

Considerações finais

O termo prova é polissêmico, sendo utilizado para várias questões, tal como para designar a atividade probatória desenvolvida antes e durante a tramitação do processo, pelas partes e/ou pela autoridade competente, visando à reconstrução não somente do fato, mas, também, das circunstâncias, consequências e motivos que a norteiam. Tem, também, o sentido designativo de meios empregados para averiguar os fatos, e, em um terceiro sentido, designa o resultado dessa atividade probatória, revelando-se como a convicção que o juiz obtém acerca dos meios de prova, sobre a existência, ou não, de determinado fato.

Acerca dos sucedâneos, restou demonstrado que a sua verificação se dá nas hipóteses em que o próprio ordenamento jurídico autoriza a substituição de um meio de prova por outro e, também, nos casos em que a substituição visa burlar as regras sobre admissão ou produção da prova.

Nessa seara, discuti se essa prova seria considerada ilícita, por violar uma norma legal ou um princípio do direito positivo. Também se indagou se essa prova seria ilegítima por vulnerar a lógica e a finalidade do processo, enquadrando-se ambas as hipóteses na grande categoria de prova ilegal. Outrossim, como se demonstrou há um terceiro posicionamento que entende que a ilicitude decorreria de um vício estrutural, a significar que a inidoneidade residiria na circunstância de transportar essa produção de prova viciada para momento posterior do processo. Exemplo disso seria o reconhecimento fotográfico feito no inquérito policial sendo posteriormente utilizado na ação penal como se prova legítima fosse. Sobre a produção e avaliação da prova, examinou-se que o direito dos litigantes à

prova como forma de demonstrar os fatos ocorridos é relativo, pois o ordenamento jurídico também protege outros direitos, impondo-se, portanto, limites para o exercício de provar, tanto de ordem processual como extraprocessual. Valem tais premissas para a questão da aplicabilidade-utilidade dos sucedâneos, demonstrando-se que o dever-punir também encontra arrimo nos princípios norteadores de um processo-crime justo.

Assim, a ideia de aplicar os sucedâneos para a formação do convencimento do juiz para a ulterior condenação torna-se inconcebível em um Estado Democrático por desrespeito a princípios basilares do processo penal, não prosperando o argumento de que seu uso seria para superar eventuais óbices impostos pela lei e auxiliar na condenação.

Referências

ANDRADE, Manuel da Costa. **Sobre as proibições de prova em processo penal**. 1. reimpr. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahi. **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPJ, 2005.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Dados estatísticos: Priorização do 1º Grau da Justiça: a nossa meta é você**. Brasília, 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-aco/es-politica-nacional-de-priorizacao-do-1-grau-de-jurisdicao/dados-estatisticos-priorizacao>>. Acesso em: 03 jun. 2016.

DEZEM, Guilherme Madeira, DEZEM, Guilherme Madeira. **Da prova penal: Tipo processual, provas típicas e atípicas**. Campinas: Millennium, 2008.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Da prova penal: Tipo processual, provas típicas e atípicas**. Campinas, SP: Millennium, 2008.

FERNANDES SCARANCE, Antonio. **Processo Penal Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

FOLHA DE SÃO PAULO. **À distância e com lisura**. Editorial, São Paulo, 16 ago. 2007. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz1608200702.htm>>. Acesso em: 16 mar.2009.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à Prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). In: YARSHELL, Flavio Luis; MORAES, Maurício Zanoide de (Orgs.). **Estudos em Homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPJ, 2005.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Campinas: Bookseller, 1997. v. 2.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo Penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas. 2007.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. O Supremo Tribunal Federal e o interrogatório por videoconferência. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, Porto

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 5. ed..São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2006.

FERNANDES, Antonio Scarance. Provas e sucedâneos da prova no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminas**, São Paulo, v. 15, n. 66, p. 193-236, maio./jun. 2007.

TOZADORI, André Camargo. Das provas inominadas no processo penal brasileiro. **Revista Jus Vigilantibus**, Brasília, 10 out. 2006. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/22661>>. Acesso em: 13 fev. 2009,

VALLE FILHO, Oswaldo Trigueiro. **A ilicitude da prova: Teoria do testemunho de ouvir dizer**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

DESAFIOS DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA CONTEMPORÂNEA*

GLAUCO SALOMÃO LEITE**
MARCELO CASSEB CONTINENTINO***

* Os autores do presente texto rendem suas homenagens ao Prof. Paulo Bonavides, que tem sido um guia intelectual seguro e fonte inspiradora para todos que acreditam na possibilidade de um Direito Constitucional efetivamente fundado na dignidade humana, nas liberdades individuais e no combate a toda sorte de autoritarismo estatal.

** Doutor em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Mestre em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Professor de Direito Constitucional (Graduação e Pós-Graduação Stricto Sensu) da Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP) e da Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Membro do grupo Recife de Estudos Constitucionais (REC) (CNPq). Advogado.

*** Doutor e mestre em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília/Università degli Studi di Firenze. Procurador do Estado de Pernambuco. Professor de Direito Constitucional e de História do Direito da Faculdade Damas de Instrução Cristã (FADIC). Membro do grupo Recife de Estudos Constitucionais (REC) (CNPq).

A força normativa da constituição e a expansão da jurisdição constitucional

É bastante sintomática, nos dias de hoje, a centralidade que a jurisdição constitucional exerce nos sistemas políticos ocidentais. Já de longa data, os autores vêm sinalizando a expansão do Poder Judiciário nos modernos arranjos institucionais consagrados nas diversas Constituições¹, além da própria institucionalização da jurisdição constitucional como modalidade específica de proteção da ordem constitucional. Configura-se, portanto, aquilo que se pode denominar “mundialização da justiça constitucional”².

Essa mesma centralidade, hoje, deixa-se revelar no próprio conceito de “jurisdição constitucional”. De fato, em sua acepção mais antiga, “jurisdição constitucional” revelava uma noção mais abrangente: significava o ato de expor, de dizer o direito que estava na Constituição e, portanto, englobava a noção de controle da constitucionalidade, que tanto poderia ser exercido por instâncias políticas (extrajudiciais) quanto jurídicas. Além de assumir a expressão institucional do controle das leis e atos normativos, o termo “jurisdição constitucional” tradicional e semanticamente ligava-se a outras modalidades de solução de conflitos, a exemplo dos processos de resolução de litígios entre órgãos do Estado e de apuração da responsabilidade constitucional de agentes políticos³.

Contemporaneamente, contudo, a ideia de jurisdição constitucional corresponde a um tipo particular de defesa da constituição realizada por órgãos judiciais ou órgãos específicos (v.g., tribunais constitucionais) para resolução dos conflitos

sociais e políticos à luz de normas constitucionais. Sua história conceitual, portanto, tende a revelar que a própria garantia da Constituição está cada vez mais associada às múltiplas formas do exercício da função judicial vinculadas, especialmente, ao controle de constitucionalidade das leis e atos do Poder Público, à proteção dos direitos fundamentais e à tutela das regras do jogo democrático.

Essa mudança paradigmática, que gerou o deslocamento da Constituição para o eixo do sistema jurídico, fez com ela tenha se despedido do topo do ordenamento jurídico, em sua convencional estrutura hierárquica e piramidal tal qual imaginada por Hans Kelsen⁴. Nessa concepção, apesar de a Constituição ocupar o ponto mais elevado da cadeia normativa, o que simbolizaria sua superioridade, a existência de níveis distintos de hierarquia também significa que uma norma inferior retira seu fundamento de validade de outra que lhe seja *imediatamente* superior até chegar-se à Constituição, em um percurso ascendente de escalões jurídico-normativos. Logo, um conjunto de atos vincula-se apenas à *legalidade estrita*, não sofrendo o influxo direto das normas constitucionais, ao passo que, basicamente, apenas as leis e atos normativos primários, porque situados imediatamente abaixo da Constituição, sujeitam-se ao crivo da justiça constitucional.

A metáfora da ordem jurídica como um círculo em cujo centro se encontra a denota uma significação mais profunda do seu sentido e de sua utilidade, com consequências práticas insofismáveis. É que, se antes a Constituição figurava apenas como uma Carta Política instituidora de princípios e diretrizes meramente políticos e programáticos, no qual dificilmente se poderia imaginar a força normativa dos princípios constitucionais ser invocada para barrar a aplicação de normas cuja aplicação malferisse a própria Constituição, agora compreende-se que qualquer interpretação jurídica é necessariamente uma

1 Cf. TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. The global expansion of judicial power: the judicialization of politics. In: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (orgs.). *The Global Expansion of Judicial Power*. New York and London: New York University Press, 1995, p. 01-10.

2 SEGADO, Francisco Fernandez. *La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004, p. 06.

3 Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 823-839.

4 Para Kelsen, “a Constituição representa o escalão de Direito positivo mais elevado”, isto é, assenta-se no topo da estrutura escalonada hierarquicamente do ordenamento jurídico e estabelece as regras de produção das demais normas jurídicas. Cf. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 246 e ss.

interpretação constitucional, de maneira que todo processo de interpretação e aplicação jurídica revela, ainda que implicitamente, um trabalho que parte da Constituição e se deixa irradiar por todas as veredas do direito positivo.

Na doutrina brasileira, Paulo Bonavides foi um dos principais precursores da reconstrução da teoria (material) da Constituição, sobretudo a partir das novas luzes que lançou sobre a natureza e eficácia dos princípios constitucionais, bem como sobre a hermenêutica constitucional. Como bem disse, em passagem precisa:

(...) a teoria dos princípios chega à presente fase do pós-positivismo com os seguintes resultados já consolidados: a passagem dos princípios da especulação metafísica e abstrata para o campo concreto e positivo do Direito, com baixíssimo teor de densidade normativa; a transição crucial da ordem jusprivatista (sua antiga inserção nos Códigos) para a órbita juspublicística (seu ingresso nas Constituições); a suspensão da distinção clássica entre princípios e normas; o deslocamento dos princípios da esfera da jusfilosofia para o domínio da Ciência Jurídica; a proclamação da sua normatividade; a perda de seu caráter de normas programáticas; o reconhecimento definitivo de sua positividade e concretude por obra sobretudo das Constituições; a distinção entre regras e princípios, como espécies diversificadas do gênero norma e, finalmente, por expressão máxima de todo esse desdobramento doutrinário, o mais significativo de seus efeitos: a total hegemonia e preeminência dos princípios.⁵

Diante da expansão dos elementos substantivos da Constituição, especialmente pela irradiação dos princípios constitucionais, alarga-se, também, a atuação da jurisdição constitucional. Nesse sentido, mesmos nos sistemas que adotam o modelo concentrado de controle de constitucionalidade, enfraquece-se a tradicional distinção entre jurisdição constitucional e jurisdição ordinária, como se a primeira se voltasse para o plano da constitucionalidade, e a segunda, em um mundo apartado daquele, para o âmbito da mera legalidade. A força normativa da Constituição, de onde se extrai o caráter expansivo de seus

preceitos, e a unidade do ordenamento jurídico não autorizam essa ortodoxa cisão. Como ressaltado pelo Tribunal Constitucional espanhol, em decisão de 5 de maio de 1984, nem a jurisdição ordinária pode, ao interpretar e aplicar a lei, olvidar a existência da Constituição, nem pode a jurisdição constitucional dispensar a análise crítica da aplicação que jurisdição ordinária faz da lei, quando tal análise for necessária para determinar se foi vulnerado ou não algum dos direitos fundamentais ou liberdades públicas cuja salvaguarda lhe está atribuída.⁶

Se o antagonismo entre jurisdição constitucional e jurisdição ordinária não encontra apoio firme nem sequer nos países em que se acolhe o modelo concentrado, por razões mais consistentes não resiste onde há o modelo difuso, como ocorre no Brasil. Isso se dá porque, estando todos os juízes e tribunais investidos na competência para pronunciar a inconstitucionalidade das leis e atos normativos, ainda que essa competência esteja restrita ao caso concreto e deva ser exercida considerando a questão de inconstitucionalidade como *pré-judicial*, o fato é que todo juiz também se torna, desse modo, *juiz constitucional*. A existência do modelo difuso assegura, dessa maneira, participação mais sólida de todos os juízes e tribunais na implementação da Constituição.

Desse modo, a Constituição amplia-se. Está presente em todos os recantos do ordenamento jurídico, em particular por influxo de suas disposições principiológicas. Tão vasto o campo que tais normas passaram a ocupar nos ordenamentos constitucionalizados, que Paulo Bonavides se refere a um Estado *principal*, caracterizador de uma nova fase de transformação do

⁶ Cf. LAVILLA, Landelino. Constitucionalidad y legalidad. Jurisdicción constitucional y poder legislativo. In: LÓPEZ PINA, Antonio (Org.). *División de poderes e interpretación: hacia una teoría de la praxis constitucional*. Madrid: Tecnos, 1987, p. 57-57. Posicionamento semelhante se observa com Pablo Perez Tremps: "Com efeito, inclusive naqueles sistemas de justiça constitucional em que existe um órgão ad hoc de justiça constitucional, este atua como fechamento do sistema ou, como muito, como titular exclusivo de alguma competência. Mas a idéia de que a Constituição deve se aplicar em todo tipo de relações jurídicas, e, portanto, em todo tipo de juízo, é uma idéia que foi se tornando realidade e que converte, ao menos potencialmente, qualquer órgão jurisdicional em juiz constitucional" (La justicia constitucional en la actualidad. Especial referencia a América Latina. In: *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo, Escola Superior de Direito Constitucional (ESDC), n. 1, p. 35, jan./jul. 2003, nossa tradução).

⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 294.

Estado de Direito⁷. Como consequência, em tese, qualquer controvérsia jurídica pode suscitar uma questão constitucional cujo resultado final estaria por resolver-se definitivamente na Corte Suprema, ou, no caso brasileiro, no Supremo Tribunal Federal (STF). Logo, ampliando-se a Constituição, amplia-se a competência dos órgãos habilitados à sua aplicação e interpretação, o que gerará, como de fato tem gerado, conflitos e tensões no arranjo de divisão dos poderes.

Reinvenção do Poder Judiciário e da jurisdição constitucional

A mutação conceitual que sofreu a Constituição no curso da História brasileira, especialmente com o advento da Constituição Federal de 1988 (CF/88), revelou impacto profundo na teoria e no processo de sua interpretação. Esse aspecto é de crucial importância, pois, como apontou Gustavo Just⁸, às teorias da interpretação é inerente a historicidade de cada uma delas, de tal sorte que é extremamente necessário compreender que as teorias, também elas, são concebidas e moldadas dentro de contextos históricos e sociais específicos, atendendo às expectativas mais ou menos definidas dentro de certo horizonte jurídico de possibilidade.

Nesse sentido, Tércio Sampaio Ferraz Jr.⁹ apontou que, no paradigma do Estado Liberal de Direito, em que se consagraram as ideias-força do Estado Mínimo não interventor, neutro e imparcial, que se contentava com o respeito aos princípios da propriedade, legalidade e igualdade (formal), o consenso dos juristas girava em torno da concepção de que a interpretação da Constituição exigia uma “função de bloqueio”, decorrente de “procedimentos interpretativos de bloqueio”, permitindo-

se, pois, que a iniciativa privada estivesse plenamente livre no âmbito da esfera individual, em que todos seriam livres e iguais.

A liberdade atingiu seu ápice, e a função primordial do Estado e das leis seria limitar-se a regular aquilo que fosse minimamente necessário ao convívio social. A propriedade, tutelada pelo Estado, ganhou contornos sacrossantos e de intangibilidade¹⁰.

A hermenêutica constitucional liberal, contudo, sofreu profundas transformações estruturais quando o paradigma liberal de Estado atravessou o processo de transição para o Estado Social de Direito, o Estado do Bem-Estar Social¹¹, período esse historicamente marcado pelo advento das Constituições do México, de 1917, e da Alemanha (Weimar), de 1919; e, no Brasil, pela Constituição de 1934. Mais uma vez, a alteração do contexto histórico-social não ocorreria sem repercussão no campo jurídico-dogmático. No tempo histórico inaugurado pelas Constituições sociais, o tempo do *Welfare State*, um novo estatuto hermenêutico foi reclamado para a interpretação constitucional, cuja função ganharia ares mais combativos e dinâmicos, de modo que ela se convolava em “procedimentos interpretativos de legitimação de aspirações sociais”¹², que estariam consagrados na própria Constituição.

A transição paradigmática para o Estado Social de Direito faria com que a própria Constituição, sofrendo uma mutação conceitual, fosse percebida de maneira distinta daquela até então predominante, como condição lógica e necessária à sua própria realização. Por conseguinte, clamava-se do Estado, o grande responsável pela efetivação da democracia e dos direitos individuais, em particular do Poder Judiciário, peculiar protagonismo no que tange à função transformadora da realidade social pela Constituição. Essa mudança de paradigmas modifica a atividade desempenhada pelo Poder Judiciário. Com efeito, o estabelecimento de metas e programas sociais, veiculados por leis vagas

7 Cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional...*, p. 293.

8 Cf. JUST, Gustavo. *Interpretando as teorias da interpretação*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 17 e ss.

9 Cf. FERRAZ JR, Tercio Sampaio et alii. *Constituição de 1988: legitimidade, vigência e eficácia, supremacia*. São Paulo: Atlas, 1989, p. 9 e ss.

10 Cf. BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal e ao estado social*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

11 Cf. HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el estado democrático derecho en términos de teoría del discurso*. 3. ed. Trad. Manuel Jimenez Redondo Madrid: Trotta, 2001, p. 469-532.

12 Cf. FERRAZ JR, Tercio Sampaio et alii. *Constituição de 1988...*, p. 11.

e imprecisas, acarretou maior liberdade na interpretação jurídica por parte do juiz. Isso representou o alargamento da discricionariedade interpretativa, com a possibilidade de incremento da criação judicial do direito. Como anota Cappelletti, a estrutura aberta dessas leis é a “poderosa causa da acentuação que, nessa época, teve o ativismo, o dinamismo e, enfim, a criatividade dos juízes”¹³. Tem-se, portanto, um Estado provedor e paternalista, que, substituindo-se aos próprios cidadãos, se encarregaria de assegurar o pleno gozo dos direitos por parte dos cidadãos, que deteriam créditos exigíveis contra esse mesmo Estado.

É certo que os direitos socioeconômicos vieram para ficar e representam uma das mais relevantes conquistas na luta pela efetividade da igualdade substantiva e pela ampliação das próprias liberdades individuais. O constitucionalismo social, contudo, não logrou pleno êxito. O Estado de Bem-Estar Social, que adquiriu conotação acentuadamente paternalista, não conseguiu cumprir todas as promessas constitucionais, que se revelaram superiores às suas possibilidades institucionais de efetivação, além de haver gerado um custo significativo em termos de restrição aos direitos fundamentais individuais, como mostrou a História em diversos países¹⁴.

Por outro lado, conforme se verá no próximo item, as funções da hermenêutica constitucional fariam com que as normas constitucionais se tornassem mais do que simples regras de abstenção para assegurar um Estado Mínimo e de não intervenção, no qual a Constituição assumiria o caráter defensivo e estático. A transformação paradigmática “Estado Liberal – Estado Social” se deixaria revelar, no que tange à metódica de interpretação, com a assunção da premissa segundo a qual as normas constitucionais estabelecem aspirações sociais, respaldadas em valores compartilhados pela comunidade, cujo objetivo é realizar-se politicamente e transformar a própria realidade.

13 CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p. 42.

14 Cf. HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro (estudos de teoria política)*. Trad. George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002, p. 285-297. Ver ainda: HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez...* p. 488 e ss.; STRECK, Lenio Luiz & MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria do estado*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 148 e ss.

Em outras palavras, a Constituição despede-se de sua estrutura normativo-jurídica de regra de limitação do Estado para assumir-se como instrumento de conformação política e transformação social. Por essa razão, a fixação prévia dos conteúdos e programas prioritários para a ordem constitucional acaba diminuindo a amplitude da liberdade de conformação do legislador. Na visão de Canotilho, “identificar democracia com liberdade incondicional do legislador, é abrir o caminho para a redução das leis a simples produtos da organização do domínio”, razão pela qual a “especificação da tarefa normativo-constitucional possibilita melhor o conhecimento da dignidade material da constituição do que um ‘não-dito’”¹⁵.

Dessa forma, a hermenêutica constitucional, cujas raízes se alimentam de seu contexto histórico específico, legitimaria o intérprete a assumir maior protagonismo e avançar em posturas e decisões que revolucionariam a tradição teórica do constitucionalismo eurocêntrico, herdado pelos países ibéricos e posteriormente pelo Brasil¹⁶. O Poder Judiciário, destarte, fortalecido institucionalmente, passou a ser cobrado por sua falta de legitimidade democrática e, em correlato, pelos excessos eventualmente cometidos consoante se vem tentando denunciar pela apropriação, no discurso constitucional brasileiro, do conceito de “ativismo judicial”¹⁷, na medida em que avançou fronteiras antes inimagináveis.

A CF/88, sem se afastar dos elementos caracterizadores dos paradigmas liberal e social, aprofundou esses dilemas referentes aos próprios limites e paradoxos do constitucionalismo

15 Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas programáticas da constituição*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 22-23.

16 Cf. CONTINENTINO, Marcelo. Casseb. *História do controle da constitucionalidade das leis no Brasil: percursos do pensamento constitucional no Século XIX (1824-1891)*. São Paulo: Almedina, 2015, p. 112-136.

17 Cf. LEITE, Glauco Salomão. *Separação de poderes e ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal: do guardião da Constituição ao diálogo institucional*. Tese de Doutorado. Universidade Federal de Pernambuco, 2014 (no prelo); CONTINENTINO, Marcelo Casseb. *Ativismo judicial: proposta para uma discussão conceitual*. Revista de Informação Legislativa: Vol. 49, n. 193, jan./mar. 2012, p. 141-149; LIMA, Flávia Santiago. *Jurisdição constitucional e política: ativismo e autocontenção no STF*. Belo Horizonte: Juruá, 2014.

social, ao ampliar o leque de direitos sociais¹⁸. Portanto, se de um lado a vigente Constituição ensejou a continuidade de certas estruturas e tradições, de outro representou uma ruptura porque estabeleceu as bases para inaugurar uma nova era constitucional, que pode ser compreendida a partir do paradigma do Estado Democrático de Direito, em que se tentou (e tenta) sintetizar as duas tradições essenciais do constitucionalismo: Estado de Direito e democracia¹⁹.

Essa nova compreensão da Constituição e do Estado, que na pena de Willis Santiago Guerra Filho²⁰ recebeu uma de suas primeiras análises doutrinárias no Brasil, viria a significar que, na realidade, constitui uma sociedade política de cidadãos livres e iguais, em que os direitos da esfera pública e os direitos da esfera privada devem igualmente ser respeitados e garantidos.

Em outras palavras, como diria Habermas, no tempo histórico do Estado Democrático de Direito, as tradições do constitucionalismo e da democracia fundem-se e estabelecem as condições de possibilidade para sua realização. Há uma relação paradoxal e complementar entre as tradições do constitucionalismo (“liberdade dos modernos”) e da democracia (“liberdade dos antigos”) em que, a um só tempo, ambos os direitos se pressupõem reciprocamente, de modo que o grande desafio posto hoje ao Estado contemporâneo reside em garantir os direitos dos cidadãos em sua autonomia pública e privada sem que, para tanto, restrinja a esfera própria da cidadania.

É preciso destacar, contudo, que a tradição do constitucionalismo, do “governo das leis”, de certo modo, encontrou no Poder Judiciário sua mais adequada expressão institucional, ao passo que a tradição da democracia, do “governo do povo”, veria no Legislativo e Executivo refletir-se sua moldura institucional. Nesse contexto, a jurisdição constitucional representa

o momento de ápice da tensão fundante e constitutiva do Estado Democrático de Direito, justamente porque porá em rota direta de colisão as duas tradições, do constitucionalismo e da democracia, representadas pelo Poder Judiciário e Legislativo, respectivamente.

Por consequência, o grande esforço, hoje, considerado o tempo do império do Estado Democrático de Direito, tem sido empreendido justamente para possibilitar a legítima conciliação entre os espaços da política e do direito, do indivíduo e da coletividade, da sociedade e do Estado. Sobretudo porque, conforme têm apontado alguns constitucionalistas, em cujo grupo é comumente lembrado o nome de Gilmar Ferreira Mendes²¹, a Constituição de 1988 optou por estabelecer parâmetros de garantias constitucionais particularmente ancorados na instituição do Poder Judiciário, como deixaria entrever o complexo e exauriente sistema de controle da constitucionalidade das leis.

É possível reconhecer, nesses termos, que o debate constitucional atual sobre a jurisdição constitucional perpassa a discussão, conforme já mencionado acima, sobre os parâmetros e os limites de atuação do Poder Judiciário, uma vez que, ao lado da garantia dos direitos que expressa a melhor tradição do constitucionalismo e que tem na jurisdição constitucional seu interlocutor privilegiado, há de preservar-se outro elemento constitutivo desse conceito, precisamente o da democracia, cujas vestes melhor se materializam nos Poderes Legislativo e Executivo, tentando-se manter um razoável equilíbrio entre ambas as tradições, conforme se analisará no próximo item.

18 Sobre o tema, veja-se: GALINDO, Bruno. *Direitos Fundamentais: análise de sua concretização constitucional*. Belo Horizonte: Juruá, 2003; ROSA, André Vicente Pires. *Las omisiones legislativas y su control constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 286 e ss.

19 Cf. HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro...*, p. 285-297. Para uma visão sintética no Brasil, vide: CARVALHO NETTO, Menelick de. Controle de constitucionalidade e democracia. In: MAUÉS, Antônio G. Moreira (org.). *Constituição e Democracia*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 215-232.

20 Cf. GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Ensaio de teoria constitucional*. Fortaleza: Imprensa Universitária da UFC, 1989; *Teoria processual da Constituição*. São Paulo: Celso Bastos, 2000.

21 Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. O Poder Executivo e o Poder Legislativo no controle de constitucionalidade. *Revista de Informação Legislativa*: a. 34 n. 134 abr./jun. 1997, p. 11-40.

Desafios na contemporaneidade

Dentre as evidências que se podem constatar à luz desse tempo novo do Estado Democrático de Direito, há duas em termos específicos da atuação do Poder Judiciário sobre as quais se deterá na presente reflexão: uma, o desenvolvimento das técnicas de decisão de inconstitucionalidade pelo STF; outra, a recepção, em alguma medida, das teorias de cooperação institucional pelo Judiciário como forma de conceber a jurisdição constitucional como elemento de diálogo institucional, traçando-lhe desenhos e efeitos consentâneos com o paradigma do Estado Democrático de Direito.

O desenvolvimento de novas técnicas de decisão e a superação do dogma “inconstitucionalidade/nulidade”

No Brasil, especialmente após a CF/88, o controle de constitucionalidade assumiu estrutura bem complexa, comparativamente às demais Constituições brasileiras e de diversas outras democracias constitucionais. Além do controle *político*, exercido pelos Poderes Executivo e Legislativo, está previsto o controle judicial, que se caracteriza como *misto*, por haver incorporado elementos dos sistemas norte-americano e austríaco²².

Em ambos os casos, tradicionalmente, a declaração de inconstitucionalidade fulminava a norma editada com eficácia retroativa (*ex tunc*). A diferença residia na dimensão subjetiva dos efeitos da decisão, em que, no controle concentrado/abstrato, abrangia todos os destinatários do ato normativo declarado inconstitucional (efeitos *erga omnes*), equiparando-se o tribunal a um *legislador negativo*²³, enquanto, no controle difuso, os efeitos se restringiriam às partes do processo (*inter partes*).

Essa convencional distinção, que talvez hoje somente se justifique para fins didáticos, tem sido constantemente mitigada

e sofrido desdobramentos na jurisprudência do STF, o que revela, conforme já alertado acima, que a CF/88, ao aprofundar as bases do constitucionalismo social e, ao mesmo tempo, acenar para um Estado Democrático de Direito, tem exigido que se penssem soluções e teorias novas para se acomodarem as exigências de efetivação da Constituição com participação democrática da população e em cenário de elevada complexidade social.

Com efeito, independentemente do tipo de controle a ser realizado, em virtude sobretudo da forte herança haurida da tradição norte-americana do controle difuso, no Brasil, consoante apontou Gilmar Ferreira Mendes²⁴, a declaração de inconstitucionalidade habitualmente importa uma “categoria unitária, indissolúvel de nulidade”, de modo que a decisão de inconstitucionalidade trouxera trouxe consigo o *dogma da inconstitucionalidade-nulidade* das leis.

Como resultado, diversas têm sido as técnicas de decisão, independentemente de serem utilizadas em sede difusa ou concentrada, que foram gradualmente incorporadas à dinâmica da Corte para atender às singularidades das controvérsias constitucionais que se lhe apresentavam. Nessa perspectiva, a fórmula binomial (“nulidade-inconstitucionalidade”), sobre a qual a prática judicial brasileira foi construída, sofreu várias críticas, porque a complexidade das questões de constitucionalidade que se levavam à Suprema Corte, não raro, exigia novos modelos decisórios que tendessem a amoldar as peculiaridades do caso sob exame aos parâmetros constitucionalmente fixados. Não por outro motivo, não seria de todo incomum que a Corte mantivesse, em sede de controle abstrato, a vigência da lei, a despeito de sua flagrante inconstitucionalidade, tendo em vista que decisão noutro sentido geraria situação *ainda mais inconstitucional*²⁵.

Outra técnica decisória que tem merecido especial olhar da doutrina é a “apelação ao legislador”, que já revela tendên-

22 Cf. CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000, p. 57-91.

23 Cf. KELSEN, Hans. *Quién debe ser el defensor de la constitución?* Trad. Roberto J. Brie. 2. ed. Madrid: Tecnos, 1999, p. 36-39.

24 Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 13 e ss. Afirmando a superação da “fórmula apodítica constitucionalidade/nulidade”, que se baseia num “silogismo tautológico”, vide o voto do ministro Gilmar Mendes na ADI nº 2.240/BA (j. 09/05/2007, DOU 17/05/2007), no qual entendeu que, no caso em questão, o princípio da nulidade abria espaço ao da segurança jurídica.

25 Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 352-354.

cia de conciliação institucional entre os Poderes Judiciário e Legislativo, na linha de convergência das tradições do constitucionalismo e da democracia. Por meio dela, o Tribunal reconhece que a lei ou a omissão normativa é *ainda constitucional* e que se encontra em *processo de transição de inconstitucionalidade* e lança mão da técnica de *apelação ao legislador*, na medida em que reclama expressamente ao legislador a adoção das medidas necessárias à correção da mácula de inconstitucionalidade.

Tais técnicas se evidenciaram no emblemático caso “Luís Eduardo Magalhães”²⁶, em que se discutia a validade de lei estadual que instituíra novo município em contrariedade aos requisitos constitucionais estabelecidos pela EC n. 15/96, sobretudo a exigência de lei complementar federal para dispor sobre o período de criação de novos municípios. Seguindo a tradição doutrinária brasileira, caberia ao Tribunal declarar a inconstitucionalidade da lei baiana, com efeitos *ex tunc*, o que provocaria a desconstituição do referido município. Porém, considerou-se que, apesar da evidente inconstitucionalidade da lei estadual, foi erguida toda uma estrutura político-administrativa, de modo que o município Luís Eduardo Magalhães já existia de fato havia mais de seis anos, circunstância que não poderia ser desprezada pela Corte. Dessa maneira, reconhecendo a *força normativa dos fatos*, a Corte, sem pronunciar a nulidade da lei, manteve sua vigência por mais vinte e quatro meses. O Tribunal levou em conta que, dada a consolidação fática de um ente federativo, seria inadequada a declaração imediata de nulidade da lei estadual, por acarretar graves transtornos de ordem prática.

Ao mesmo tempo, a Corte estava a apreciar a inconstitucionalidade por omissão imputada ao Congresso Nacional, por este não ter, ao longo de vários anos, editado a lei complementar exigida no preceito constitucional do art. 18, §4º, da CF/88²⁷. Adotando o entendimento que já vinha se consolidando em sua jurisprudência a respeito da atuação da Corte na fiscalização da inércia legislativa, o Tribunal fixou o prazo de dezoito meses para o Congresso Nacional elaborar a lei complementar. Vê-se, com

isso, que o esperado pela Corte era que o Congresso Nacional exercesse sua função legislativa, criando tal lei complementar dentro do prazo de dezoito meses, cabendo-lhe, ainda, oferecer solução legislativa aos municípios instituídos irregularmente até aquele momento, como era o caso do município Luís Eduardo Magalhães. Por outro lado, a situação jurídica do município estaria salvaguardada em razão da sobrevida de vinte e quatro meses que o Tribunal lhe concedera, prazo, portanto, maior que aquele determinado para o Poder Legislativo aprovar a citada lei complementar.

No final de 2008, foi promulgada a Emenda Constitucional nº 57, alterando o art. 96 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT). Por essa emenda, basicamente ficaram “convalidados” os municípios criados irregularmente, conforme se depreende do seu texto: “Ficam convalidados os atos de criação, fusão, incorporação e desmembramento de municípios cujas leis tenham sido publicadas até 31.12.2006, atendidos os requisitos estabelecidos na legislação do respectivo Estado, à época de sua criação”.

Apesar do movimento ativista da Corte, fixando um prazo para o legislador editar a lei faltante, até o presente momento o Congresso Nacional não criou a lei complementar. Em vez disso, optou pelo caminho procedimental mais difícil, aprovando uma emenda constitucional. A decisão do Tribunal, nesse caso, serviu para estimular alguma reação legislativa célere. Porém, o resultado foi diverso do pretendido pela Corte, o que demonstra que as discussões sobre a regulamentação da criação de novos municípios ainda não estão bem equacionadas entre os parlamentares ou que a não criação da lei complementar reflete uma decisão política para evitar a profusão de novos municípios²⁸. Ensaaiou-se, com isso, uma tentativa de diálogo institucional,

28 Deve-se destacar ainda que, quando o Congresso Nacional conseguiu chegar ao difícil consenso em duas oportunidades distintas, mediante a aprovação do Projeto de Lei Complementar do Senado (PLS) nº 98/2002 e do PLS nº 104/2014, a Presidente da República vetou os referidos projetos em outubro de 2013 e agosto de 2014, respectivamente, sob o argumento de que contrariavam o interesse público, vez que as novas estruturas municipais impactariam no aumento dos gastos públicos sem a correspondente geração de receitas.

26 Vide ADI n. 2240, rel. Min. Eros Grau, DJ, de 03.08.2007.

27 ADI n. 3682, rel. Min. Gilmar Mendes, DJ, de 05.05.2007.

cujo resultado deveria ser a resposta do Congresso Nacional com a edição da citada lei complementar.

Por fim, constata-se a adoção frequente da sentença aditiva, outra técnica decisória que tem recebido desenvolvimento significativo no âmbito da jurisprudência do STF e pode ser constatada na matéria relacionada ao direito de greve dos servidores públicos e seu reconhecimento em sede de mandado de injunção (MI). No MI nº 107-3 QO/DF, sob a relatoria do min. Moreira Alves, o STF fixou a tese de que o mandado de injunção teria objeto limitado à constituição da mora legislativa, sem, contudo, efetivar o exercício do direito no caso concreto. Assim, no MI nº 20-4/DF, decidiu-se que os servidores públicos não poderiam legitimamente exercer o direito de greve. Quase vinte anos depois²⁹, o STF reverteu o entendimento anteriormente manifestado e reconheceu a legitimidade do direito de greve não só para o impetrante, mas também para todas as categorias de servidores públicos. Nessa decisão, o STF autorizou que aos servidores públicos seria aplicada, com algumas ressalvas, a Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989, que dispõe sobre o direito de greve dos trabalhadores de serviços ou atividades consideradas essenciais, até que fosse editada a lei exigida pelo art. 37, VII, da Constituição Federal, solvendo a omissão legislativa.

Nesse contexto, o Tribunal distanciou-se radicalmente da concepção mais ortodoxa, segundo a qual, sendo o art. 37, VII, da Constituição uma norma de eficácia limitada, o exercício do direito nela positivado estaria a depender da intermediação legislativa, o que, na prática, propiciou larga discricionariedade para o Poder Legislativo agir quando julgasse conveniente. Passou-se a enxergar que não compete ao Congresso Nacional *criar*, por meio de lei ordinária, o direito de greve dos servidores públicos, pois tal direito já foi instituído por decisão política do constituinte originário. Assim, uma vez firmada competência do STF para rever não só os atos do legislador, mas também suas omissões nos casos em que a Constituição impõe um dever de agir, o Tribunal acolheu fórmula alternativa para o manda-

do de injunção. Para o min. Eros Grau, a controvérsia não era mais saber se o artigo 37, VII, era dotado de eficácia: “Importa verificarmos é se o Supremo Tribunal Federal emite decisões ineficazes; decisões que se bastam em solicitar que o Poder Legislativo cumpra o seu dever, inutilmente”.

Nota-se, com isso, que a Corte abandonou a posição inicial, que se restringia a pronunciar a inércia do legislador, cientificando-o da mora legislativa. A reiterada omissão legislativa revelou que esse modelo de decisão não era satisfatório para assegurar o exercício de direitos fundamentais não regulados. Em outros termos, diante da eficácia limitada de preceitos constitucionais que exigiam norma integradora, o STF também produzia decisões ineficazes. O estado de anomia, portanto, subsistia. Porém, ao se promover uma guinada em sua jurisprudência, a Corte firmou sua competência para suprir o vazio normativo, permitindo o exercício do direito subjetivo, inicialmente no caso concreto. O ápice desse movimento se deu com o reconhecimento da eficácia *erga omnes* das decisões em mandado de injunção, perfazendo um ciclo que eleva os poderes do STF, afastando-o, cada vez mais, da imagem do “legislador negativo”³⁰.

A assunção de novas estratégias decisórias pelo STF tem sido acompanhada, não raras vezes, por uma atitude reveladora de seu protagonismo institucional. Com isso, destaca-se ampliação de seus poderes político-normativos em detrimento de espaços antes ocupados por outros atores estatais. O avanço da Corte não significa, necessariamente, uma forma de usurpação ilegítima de funções pertencentes a outros poderes, como usualmente se enxerga qualquer prática ativista. No caso das omissões inconstitucionais, a guinada jurisprudencial parece revelar que a Corte subutilizava as potencialidades do mandado de injunção e da ação direta por omissão, o que faz transparecer que, nos primeiros anos que se seguiram à vigência da CF/88, o Tribunal adotou posição acanhada, senão constitucionalmente inadequada, na maneira como deveria decidir tais ações.

29 Cf. MI nº 670-9/ES, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 25/10/2007, MI nº 708-0/DF, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 25/10/2007 e MI nº 712-8/PA, Rel. Min. Eros Grau, j. 25/10/2007.

30 Para um balanço dessa trajetória jurisprudencial, cf. LEITE, Glauco Salomão. Inércia legislativa e ativismo judicial: a dinâmica da separação dos poderes na ordem constitucional brasileira. In: *Direito, Estado e Sociedade*, n. 45, jul./dez., 2014, p. 10-31.

Além disso, a circunstância de se adotarem técnicas que preservam os diplomas legais vigentes no sistema não representa, obrigatoriamente, uma forma de deferência às opções políticas do legislador democrático. Por vezes, a despeito da manutenção do *texto legal*, são acrescentados novos sentidos nem sequer pretendidos pelo legislador, bem como outras possibilidades interpretativas do texto podem sofrer restrições, alargando ou diminuindo, conforme o caso, o âmbito de aplicação da lei.

Em sendo assim, com a ampliação de seus poderes decisórios, aumenta-se também a exigência de fundamentos legitimadores de sua nova práxis. Ostentar o papel de defensor da Constituição não autoriza o Tribunal a decidir de qualquer forma e em qualquer direção, sem o mínimo de *accountability* que o Estado Democrático de Direito exige.

Diálogo institucional, supremacia constitucional e supremacia judicial.

O desenvolvimento das técnicas de decisão pela doutrina constitucional brasileira, bem como pela própria jurisprudência do STF, tem evidenciado, de um lado, que a dogmática constitucional tem oferecido algumas respostas a demandas sociais cada vez mais complexas e delicadas, para as quais a simples compreensão de que uma decisão de inconstitucionalidade acarretaria invariavelmente a nulidade da lei desde sua edição (efeitos *ex tunc*) não mais se adequaria à diversidade das situações concretizadas analisadas pela jurisdição constitucional.

Se essa complexidade conduziu, por um lado, a uma resposta em termos de desenvolvimento de técnicas de decisão de inconstitucionalidade, conforme visto no item anterior, o que, na prática representou distanciamento e/ou fragmentação do mito kelseniano de “legislador negativo”, por outro lado tem suscitado questionamentos diversos quanto aos limites no exercício da jurisdição constitucional e, até mesmo, sobre a própria legitimidade da jurisdição constitucional. De maneira geral, pode-se resumir essa crítica ao fato de que, ao ter a compe-

tência de – diante de uma situação de inconstitucionalidade – o juiz poder escolher uma dentre várias técnicas decisórias, na prática, ele teria o poder de dispor sobre o próprio conteúdo da lei (substituindo-se ao legislador), seja para suspender sua eficácia, seja para anulá-la, seja para impedir uma dada interpretação, seja para atribuir-lhe uma interpretação determinada, seja para estender seu âmbito de aplicação, seja para restringir, seja para solicitar/determinar aos Poderes Executivo ou Legislativo que adotem as providências necessárias em face do caso concreto. Assim, o papel de guardião da Constituição passaria por um processo de deturpação, chegando a uma espécie de “assessoramento” do texto constitucional pelo Tribunal. Nesse sentido, o reconhecimento da supremacia normativa da Constituição levaria à supremacia do órgão incumbido de defendê-la (“supremacia judicial”)³¹. Aparentemente, o constitucionalismo contemporâneo teria como consequência nefasta a proeminência das Cortes e a jurisprudencialização da Constituição.

Contra essa linha de entendimento, várias objeções democráticas foram lançadas para atacar as próprias bases de sustentação da jurisdição constitucional, acentuando a propalada dificuldade contramajoritária da *judicial review*³². Afinal, se uma lei que contraria a Constituição é nula (*void*), na conhecida formulação de Alexander Hamilton e John Marshall, por que tolerar uma decisão da Suprema Corte que igualmente viola a Constituição? Tais críticas revelam, portanto, ceticismo em relação às potencialidades da jurisdição constitucional na concretização dos direitos fundamentais e dos demais valores incorporados pela Constituição, bem como repudiam uma intensa fiscalização judicial do legislador democrático. Dessa maneira, a alternativa ao protagonismo das Cortes seria a retirada da Constituição

31 Sobre a distinção entre supremacia judicial e supremacia constitucional, vide: CONTINENTINO, Marcelo Casseb. *Revisitando os fundamentos do controle de constitucionalidade: uma crítica à prática judicial brasileira*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2008, p. 152-174; LEITE, Glauco Salomão. *Supremacia constitucional vs. supremacia judicial: a possibilidade de diálogos institucionais na interpretação da Constituição*. In: *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, ano 13, n. 17, jan./julho 2015, p. 37-50.

32 Cf. BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the Bar of Politics*. Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1962.

de seu domínio, devolvendo-a aos legítimos representantes do povo, ou, ao menos, a mitigação dos poderes judiciais³³.

Por outro lado, como observam Robert Post e Reva Siegel, o pêndulo oscilou bastante: de uma excessiva confiança a um excessivo desprezo das Cortes³⁴. Em busca de uma terceira via, tem-se iniciado profícuo debate sobre as teorias que rediscutem a supremacia judicial e que propõem diálogo institucional com os demais poderes. Ao contrário do que se consolidou na teoria constitucional, controle de constitucionalidade não significa supremacia judicial.

A metáfora do “diálogo”, presente, em particular, nos debates entre acadêmicos norte-americanos e canadenses, serve para designar as possíveis relações a serem estabelecidas entre Cortes e instâncias políticas majoritárias na construção coordenada dos significados constitucionais. Como ponto de partida, entende-se que nenhuma instância de poder tem a prerrogativa de se apropriar da Constituição, assumindo o monopólio ou exclusividade da sua interpretação. Esse pressuposto tem como consequência afastar posições a favor tanto da supremacia parlamentar quanto da supremacia judicial. A virada para uma teoria dos diálogos tem sido apontada como caminho equilibrado que, sem desconsiderar a relevância da jurisdição constitucional, não lhe outorga papel hegemônico na concretização da Constituição³⁵. Como destacado por Mark Tushnet, o conceito de diálogo tornou-se questão central do pensamento constitucional contemporâneo acerca da jurisdição constitucional³⁶.

33 Cf. TUSHNET, Mark. *Taking the constitution away from the courts*. Princeton University Press, 1999; KRAMER, Larry D. *The people themselves: popular constitutionalism and judicial review*. Oxford University Press, 2004; WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. Oxford: Clarendon Press; New York: Oxford University Press, 1999.

34 POST, Robert; SIEGEL, Reva. *Roe Rage: Democratic constitutionalism and backlash*. In: *Yale Law School. Research Paper n. 131*, p.02.

35 Cf. FISHER, Louis. *Constitutional dialogues: interpretation as political process*. Princeton: Princeton University Press, 1988; BAKER, Dennis. *Not quite Supreme: the Courts and Coordinate Constitutional Interpretation*. Montreal: McGill-Queen's University Press, 2010; PICKRILL, J. Mitchell. *Constitutional deliberation in Congress: the impact of judicial review in a separated system*. Duke University Press, 2004.

36 Cf. TUSHNET, Mark. *Dialogue and Constitutional Duty*. In: *Public Law & Legal Theory Working Paper Series n. 12-10*. Harvard Law School, p. 02.

No Brasil, o STF tem feito referência expressa não apenas à possibilidade, mas também à necessidade de construção de soluções resultantes desse tipo de diálogo³⁷. No julgamento da polêmica ADI nº 4.650, proposta pelo Conselho Federal da OAB, em que se questionava o modelo em vigor de financiamento de campanhas eleitorais e de partidos políticos (Leis 9.096/1995 e 9.504/1997), o min. Luís Roberto Barroso reconheceu que a discussão sobre essa temática perpassaria o princípio da separação dos poderes e o papel de cada um ao longo de toda a vigência da Constituição de 1988. Porém, ressaltou que competia ao Congresso Nacional, por excelência, a tomada de decisões políticas, destacando que ao STF caberia desempenhar duas funções em tal controvérsia: a função contramajoritária, pela qual se estaria a declarar a inconstitucionalidade de lei aprovada por pessoas escolhidas pelas maiorias políticas; e a representativa, ao concretizar anseios da sociedade que estariam paralisados no processo político majoritário. Ao final, sugeriu, de maneira clara, um diálogo institucional com o Congresso Nacional.

Mas existe uma outra competência que Cortes Constitucionais desempenham – e que, no caso brasileiro, se tornou importante em muitas situações – que, ao lado da função contramajoritária, é uma função representativa, é a função de interpretar e procurar concretizar determinados anseios da sociedade que estão paralisados no processo político majoritário. Porque o processo político majoritário, que é o que se desenrola no Congresso, muitas vezes, encontra impasses, encontra dificuldades de produção de consenso; não é só no Brasil, é no mundo inteiro.

E é por essa razão que, nas situações que envolvam proteção de minorias, ou nas situações que envolvam certos impasses que emperram a história, acaba sendo indispensável a intervenção do Supremo Tribunal Federal, não contramajoritária, mas representativa. É para fazer andar a história, quando ela tenha parado.

(...)

Eu acho que, neste momento, é isso que legitima o nosso papel de avançar nesta questão e me leva à parte final do

37 Cf. LEITE, Glauco Salomão. *Separação de poderes e ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal: do guardião da Constituição ao diálogo institucional*. Tese de Doutorado. Universidade Federal de Pernambuco, 2014, pp. 180 e ss. (no prelo)

meu voto, que é uma posição de não apenas acompanhar o Ministro Luiz Fux, declarando a inconstitucionalidade dessas normas, nos termos do pedido, *mas também deflagrar ou endossar um debate institucional, um diálogo institucional entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional a propósito da concretização de regras do jogo democrático. Não são simples opções políticas.* (destaque nosso).

Já o procurador-geral da República, no parecer proferido no MI nº 4733, impetrado pela Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros (ABGLT), também mencionou a possibilidade de diálogo institucional, ao cobrar do Congresso Nacional a devida apreciação do Projeto de Lei nº 122/2006, que criminaliza a homofobia.

O Supremo Tribunal Federal traduz demandas sociais que se articulam judicialmente, enquanto o Congresso Nacional eventualmente enfrenta demandas semelhantes que se articulam politicamente. A contribuição do Poder Judiciário ao processo de construção normativa, nos casos de omissões inconstitucionais, pode ser percebida pelo Legislativo, que responde de acordo com a lógica própria do parlamento. Possibilita-se desse modo firme disposição para o diálogo institucional entre os poderes. Vejam-se exemplos dessa interlocução: a criação de municípios (MI 1.818/DF2), a greve no serviço público (MI 670/ES, 708/DF e 712/PA3), a aposentadoria do servidor público que exerceu trabalho sob condições especiais (MI 795/DF4), o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço (MI 943/DF e MI 1.010/DF5). (destaque nosso).

Essa viabilidade de diálogo institucional entre os poderes, é bom que se diga, não configuraria novidade alguma nas relações entre os Poderes Judiciário e Legislativo brasileiros, pois, no caso da legitimidade da realização de interrogatórios por videoconferência, o STF acabou deflagrando interação com o Poder Legislativo, sem que um se colocasse na posição de rival do outro. Com efeito, no HC nº 88914³⁸, o STF reconheceu a nulidade do interrogatório realizado por videoconferência previsto por uma lei estadual de São Paulo e fixou parâmetros

hermenêuticos que deveriam ser observados por eventual lei cujo objetivo fosse autorizar a realização desse tipo de procedimento. De acordo com a decisão, seriam necessárias a previsão em lei federal, e não em lei estadual, o respeito ao devido processo legal e ao princípio da razoabilidade.

Os congressistas, nesse contexto, consoante testemunha o PLS 679/2007, que deu origem à Lei federal nº 11.900, de 2009, entenderam ser importante autorizar o interrogatório virtual e regulamentaram a matéria, observando as diretrizes constitucionalmente fixadas na referida decisão do STF. É de se destacar que, na própria Justificativa do PL 679/2007, seu autor expressamente citou e analisou os fundamentos do HC nº 88914 para deixar claro que sua proposição atendia às diretrizes apontadas pela Corte. Nessa situação, portanto, foi revelado que a jurisdição constitucional, de fato, exerceu papel mediador e possibilitador da realização de diálogo institucional entre os Poderes Legislativo e Judiciário, em que predominou o respeito, a harmonia e a cooperação entre as instâncias judiciária e legislativa.

É bem verdade, entretanto, que em muitos casos ou o Poder Legislativo simplesmente se mantém inerte ou solenemente ignora os fundamentos da decisão do STF. Um exemplo dessa última hipótese estaria estampado no caso do reconhecimento da união estável homoafetiva. Como se sabe, a Corte definiu que as uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo também constituem entidade familiar para fins de proteção jurídica do Estado, retirando esses casais do limbo jurídico onde até então se encontravam. No entanto, a própria Corte percebeu que o mais adequado, especialmente por razões de segurança jurídica nas relações familiares, seria a aprovação de uma disciplinando os vários aspectos das uniões homoafetivas. Por isso, seguindo o modelo de jurisdição constitucional dialógica, a atuação do STF não significou o desfecho de uma questão constitucional, como se esse fosse o único “porta-voz” da Constituição. Como afirmou o então min. Carlos Ayres Britto, “a nossa decisão [...] é

38 Rel. min. Cezar Peluso, j. 14/08/2007.

um abrir de portas para a comunidade homoafetiva, mas não é um fechar de portas para o Poder Legislativo”³⁹.

Apesar disso, o Congresso Nacional ensaiou reação antagônica à decisão judicial por meio do Projeto de Lei nº 6.583, de 16 de outubro de 2013, de autoria do deputado federal Anderson Ferreira (PR/PE), que pretende instituir o chamado “Estatuto da Família”, proibindo o reconhecimento do casamento e da união estável entre pessoas do mesmo sexo. No parecer apresentado pela Comissão Especial, constituída para analisar referido projeto de lei na Câmara Federal, seu relator, deputado Ronaldo Fonseca (PROS-DF), sustentou sua constitucionalidade. Curiosamente, embora esse parlamentar se refira de modo expresse à posição do STF, não enfrentou os argumentos que compõem a *ratio decidendi* de seus precedentes. Em outros termos, não assume o ônus político (e argumentativo) de tentar mostrar os equívocos da decisão da Corte. Em vez disso, desenvolveu uma linha de raciocínio baseada em argumentos anacrônicos, como a suposta preordenação do casal à procriação, ou que refletem particularismos religiosos, em errônea compreensão da liberdade religiosa. Desse modo, o parecer reproduz um fundamentalismo religioso tendente a suprimir direitos e liberdades de terceiros.

A decisão do STF, nesse cenário, simboliza importante passo no combate à discriminação e na defesa das liberdades públicas, reforçando os compromissos libertários e emancipatórios plasmados na Constituição. A reação parlamentar, expressada no “Estatuto da Família”, além de inviabilizar o diálogo institucional, na medida em que nem sequer busca revelar eventuais desacertos na decisão judicial, veicula não mais que uma visão religiosa que se pretende espriar ilegitimamente pelo ordenamento constitucional.

Portanto, ao fincar-se em razões públicas, a Corte buscou interagir com o legislador, que deveria levá-las em conta e, caso pretendesse rebatê-las, deveria apresentar argumentos mais consistentes e qualificados.

Considerações finais

As mudanças paradigmáticas no Direito e no Estado permitiram superar a concepção segundo a qual as Constituições se limitam a documentos essencialmente políticos, com disposições programáticas que fixavam diretrizes de atuação para o legislador ordinário. A fórmula estrutural do Estado Democrático de Direito, desenhada no contexto da segunda quadra do século passado, promoveu sensíveis alterações no conceito de Constituição, com evidentes repercussões tanto para a dogmática constitucional quanto para o funcionamento concreto das instituições políticas. No Brasil pós-88, viu-se que um dos principais reflexos desse novo momento histórico tem sido a consolidação e o fortalecimento da jurisdição constitucional como mecanismo específico de proteção da ordem constitucional. Se as Constituições normativas exigiram função jurisdicional renovada em sua estrutura organizacional e modo de atuação, também é certo que novas tensões emergiram no esquema da separação dos poderes.

A transição do Estado de Direito Liberal para o Estado Democrático de Direito significou, de um lado, a quebra do dogma da infalibilidade da lei e da superioridade política das instâncias majoritárias, e por outro, a projeção da jurisdição constitucional, especialmente o STF, como nova arena de disputa política e reivindicação de direitos em uma sociedade marcada por elevado grau de complexidade. Assim, ao ter de enfrentar controvérsias constitucionais mais delicadas, foi preciso repensar modelos e teorias tradicionais acerca da legitimidade e da natureza das decisões proferidas pela jurisdição constitucional. A fórmula convencional do “legislador negativo” foi perdendo força, na medida em que os órgãos de justiça constitucional, sobretudo as Cortes Supremas e os Tribunais Constitucionais, passaram a adotar técnicas de decisão que não se limitavam mais ao binômio “inconstitucionalidade/nulidade”. Cada vez mais protagonistas, é preciso que a dogmática constitucional acompanhe a dinâmica de atuação de tais Cortes, especialmente buscando traçar os limites de sua atuação e os critérios minimamente objetivos

39 Veja-se a ADI n. 4.277/DF, rel. min. Ayres Britto, DJ, de 05.05.2011.

de decisão. Do contrário, o arbítrio dos monarcas e presidentes despóticos correrá o risco de vir a ser substituído pelo arbítrio dos juízes.

Em um cenário em que se desenvolveram críticas contundentes acerca da legitimidade das Cortes na fiscalização do legislador democrático, bem quanto a eventuais atitudes reputadas ativistas, gradualmente passaram a ser discutidas as ideias em torno de uma jurisdição constitucional dialógica, capaz de conciliar os ideais de constitucionalismo e democracia. Assim, sem menosprezar a importância das Cortes para a proteção dos direitos fundamentais e das regras do jogo democrático, não se lhes atribui função sobranceira na ordem constitucional. A perspectiva dialógica afasta tanto a supremacia judicial quanto a supremacia das instâncias majoritárias e reivindica um modelo de atuação em que cada um dos poderes estatais tem um grau de responsabilidade político-institucional na construção coordenada de soluções para problemas constitucionais os mais complexos. Assim, o constitucionalismo dialógico, sem excluir a jurisdição constitucional, permite o resgate da política, fomentando interações construtivas entre Cortes e Parlamentos. As expressões concretas do modo de efetivação dos diálogos institucionais e os reflexos dessa engenharia na separação dos poderes constituem alguns dos principais desafios contemporâneos da teoria constitucional.

Referências

- BAKER, Dennis. *Not quite supreme: the courts and coordinate constitutional interpretation*. Montreal: McGill-Queen's University Press, 2010.
- BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the Bar of Politics*. Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1962.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 21 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- _____. *Do estado liberal e ao estado social*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas programáticas da constituição*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
- _____. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.
- CARVALHO NETTO, Menelick de. Controle de constitucionalidade e democracia. In: MAUÉS, Antônio G. Moreira (org.). *Constituição e Democracia*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 215-232.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000.
- CONTINENTINO, Marcelo. Casseb. *História do controle da constitucionalidade das leis no Brasil: percursos do pensamento constitucional no Século XIX (1824-1891)*. São Paulo: Almedina, 2015.
- _____. Ativismo judicial: proposta para uma discussão conceitual. *Revista de Informação Legislativa*: Vol. 49, n. 193, jan./mar. 2012, p. 141-149.

_____. *Revisitando os fundamentos do controle de constitucionalidade: uma crítica à prática judicial brasileira*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2008.

FERRAZ JR, Tercio Sampaio et alii. *Constituição de 1988: legitimidade, vigência e eficácia, supremacia*. São Paulo: Atlas, 1989.

FISHER, Louis. *Constitutional dialogues: interpretation as political process*. Princeton: Princeton University Press, 1988.

GALINDO, Bruno. *Direitos Fundamentais: análise de sua concretização constitucional*. Belo Horizonte: Juruá, 2003.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Ensaio de teoria constitucional*. Fortaleza: Imprensa Universitária da UFC, 1989.

_____. *Teoria processual da Constituição*. São Paulo: Celso Bastos, 2000.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro (estudos de teoria política)*. Trad. George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002.

_____. *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el estado democrático derecho en términos de teoría del discurso*. 3. ed. Trad. Manuel Jimenez Redondo Madrid: Trotta, 2001.

KELSEN, Hans. *Quien debe ser el defensor de la constitución?* Trad. Roberto J. Brie. 2. ed. Madrid: Tecnos, 1999.

_____. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KRAMER, Larry D. *The people themselves: popular constitutionalism and judicial review*. Oxford University Press, 2004.

LEITE, Glauco Salomão. Inércia legislativa e ativismo judicial: a dinâmica da separação dos poderes na ordem constitucional brasileira. In: *Direito, Estado e Sociedade*, n. 45, jul/dez., 2014, p. 10-31.

_____. LEITE, Glauco Salomão. Supremacia constitucional vs. supremacia judicial: a possibilidade de diálogos institucionais

na interpretação da Constituição. In: *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*. Belo Horizonte: Fórum, ano 13, n. 17, jan./julho 2015, p. 37-50.

_____. *Separação de poderes e ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal: do guardião da Constituição ao diálogo institucional*. Tese de Doutorado. Universidade Federal de Pernambuco, 2014 (no prelo).

LIMA, Flávia Santiago. *Jurisdição constitucional e política: ativismo e autocontenção no STF*. Belo Horizonte: Juruá, 2014.

LAVILLA, Landelino. Constitucionalidad y legalidad. Jurisdicción constitucional y poder legislativo. In: LÓPEZ PINA, Antonio (Org.). *División de poderes e interpretación: hacia una teoría de la praxis constitucional*. Madrid: Tecnos, 1987. p. 53-68.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Controle de Constitucionalidade: Aspectos Jurídicos e Políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. O Poder Executivo e o Poder Legislativo no controle de constitucionalidade. *Revista de Informação Legislativa*: a. 34 n. 134 abr./jun. 1997, p. 11-40.

PICKRILL, J. Mitchell. *Constitutional deliberation in Congress: the impact of judicial review in a separated system*. Duke University Press, 2004.

ROSA, André Vicente Pires. *Las omisiones legislativas y su control constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

STRECK, Lenio Luiz & MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria do estado*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006,

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. The global expansion of judicial power: the judicialization of politics. In: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (orgs.). *The Global Expansion of Judicial Power*. New York and London: New York University Press, 1995, p. 01-10.

TREMPS, Pablo Perez. La justicia constitucional en la actualidad. Especial referencia a América Latina. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo, Escola Superior de Direito Constitucional (ESDC), n. 1, p. 29-39, jan./jul. 2003.

TUSHNET, Mark. *Taking the constitution away from the courts*. Princeton University Press, 1999

_____. TUSHNET, Mark. Dialogue and Constitutional Duty. In: *Public Law & Legal Theory Working Paper Series n. 12-10*. Harvard Law School, p. 02.

WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. Oxford: Clarendon Press; New York: Oxford University Press, 1999.

O RESGATE DO DIREITO ADMINISTRATIVO: A EXTENSÃO DAS OBRIGAÇÕES DE MORALIDADE ADMINISTRATIVA AO DIREITO PRIVADO

JANRIÊ RODRIGUES RECK*

* Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Professor da Pós-Graduação e Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul. Procurador federal.

Introdução

Este artigo é uma construção doutrinária inicial acerca da reconstrução do regime jurídico dos parceiros privados do poder público. Está delimitado espacialmente na experiência ocidental, notadamente latino-americana, de gestão de interesses públicos por privados – um fenômeno antigo, porém crescente. Temporalmente, situa-se na contemporaneidade, eis que a intensificação das privatizações é recente. Disciplinarmente, o trabalho transita pela Teoria do Direito, Teoria Geral do Direito, Direito Constitucional e Direito Administrativo. As menções legais e considerações estão conectadas com o ordenamento jurídico brasileiro, mas podem ser generalizadas aos demais países da América Latina, uma vez que comungam do mesmo momento político/administrativo.

O problema orientador deste trabalho é: em que medida o regime jurídico privado é insuficiente para atender as obrigações de moralidade decorrentes da função administrativa e se é justificável a aplicação das regras de Direito Administrativo aos entes privados? A hipótese é no sentido de que a dicotomia Direito Público/Privado deve ser superada, de forma a romper com uma pretensa pureza metafísica, para obrigar às entidades privadas que se ocupam de uma função pública ou um serviço econômico de utilidade pública o cumprimento de deveres jurídicos baseados no princípio da moralidade administrativa – como tratamento preventivo das patologias corruptivas.

Uma vez que se trata de um ensaio, não há pretensão de esgotar os objetivos, que são:

- desconstruir o caráter canônico da divisão público/privado;
- estabelecer fenômenos contemporâneos de fuga do Direito Administrativo no Brasil, privatização e consequente abertura a eventos corruptivos;
- delimitar as bases epistemológicas do Direito Administrativo a partir da Teoria dos Sistemas;

- enumerar e fundamentar algumas obrigações de Direito Administrativo decorrentes da função pública, interesse público e função pública aplicáveis ao antigo regime privado.

Prescindir-se-á de uma explicação da matriz de fundo utilizada para a confecção deste ensaio – a matriz pragmático-sistêmica. Em termos de metodologia científica, a matriz pragmático-sistêmica, uma vez que supera o paradigma da filosofia da consciência, não se utiliza do conceito de método ou passos de pensamento, razão pela qual a aplicação da matriz se dará pela utilização dos conceitos peculiares, explicados na medida do possível.

O caráter canônico e metafísico da divisão público/privado

Quando se fala em “caráter canônico” se fala em uma verdade indiscutível porque posta por uma autoridade monárquica. De fato, poucos se atrevem a colocar em questão a utilidade, fundamentação e praticidade da divisão do Direito em público e em privado. Kelsen é uma dessas pessoas. Para Kelsen, todas as normas, inclusive as advindas de um contrato, emanam do Estado (no caso do contrato entre privados, o Estado autorizaria a produção daquela mesma norma)¹. Assim, Kelsen nega a clássica divisão. Para Teubner, contudo, a divisão tem caráter “camaleônico”, já que sobrevive às sucessivas gerações². De fato, mesmo que Kelsen negue a divisão a partir de sua lógica, trata-se de um fato social incontestável a existência da supracitada divisão. Teubner, é sabido, opera a partir da Teoria dos Sistemas, que tem fundação na sociologia. Então há de se observar um fenômeno sociológico – que é a divisão público/privado – e a partir daí construir observações mais complexa acerca do fenômeno.

1 KELSEN, Hans. Teoria Geral das Normas. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986. p. 106.

2 TEUBNER, Gunther. Direito, Sistema e Policontextualidade. Piracicaba: Universidade Metodista de Piracicaba, 2005. p. 75.

Para os juristas que creem em um Direito imanente – ou um Direito não positivo, que não tenha sido posto por decisão –, a divisão público/privado aparece como um mistério eleusiano. Existiria um critério de distinção entre o público e o privado que residiria na essência mesma das coisas. Essa é a observação da fase metafísica do conhecimento, nos dizeres de Habermas, e é típica do conhecimento a partir da filosofia do sujeito, ou seja, daqueles esquemas de pensamento que desconhecem a historicidade das instituições sociais. Quem acredita no Direito imanente tem um pesado fardo argumentativo de provar cientificamente a existência de um Direito das essências – tarefa já há muito abandonada, por impossível.

A mesma crítica de solipsismo (individualismo) metafísico é dirigida àqueles que tentam dividir o Direito em público e privado a partir de um primeiro positivismo. Imaginam que poderão inaugurar, a partir de um método científico, em uma linguagem pura e isenta de contradições e ideologias, a referida divisão. Novamente, esse tipo de pensamento cai na conhecida falácia naturalista. Trata-se de processo falacioso de observar o Direito como se fosse uma ciência da natureza sem levar em conta a realidade de que o Direito é uma construção social³. Uma vez sendo o Direito uma criação da sociedade, as suas disfuncionalidades, contradições e, principalmente, historicidade, são projetadas nesse mesmo conhecimento produzido comunicativamente⁴. Além disso, depois do segundo Wittgenstein, sabe-se do caráter social e linguístico de qualquer conhecimento. Conhece-se e se experiencia o mundo por meio de uma linguagem que só possível por um jogo de aprendizado que reflete as contradições do mundo⁵.

Essas conquistas da filosofia, quando aplicadas ao Direito, refletem a necessidade de sua reconstrução epistemológica e o reconhecimento do seu caráter histórico. Mais propriamente para o debate em questão, significam o abandono de critérios

últimos ou lógicos de divisão e o fim de uma vã esperança de encontro de alguma essência.

Como os operadores jurídicos operam com essa lógica de divisão em ramos do Direito, cabe ao cientista reconstruir racionalmente o fenômeno. Uma conquista da moderna epistemologia foi o esclarecimento acerca do sentido de observação. Observa-se a partir de determinada perspectiva, e essa perspectiva termina por construir o fenômeno observado. Um conceito luhmaniano interessante pode ajudar nesse debate, que é o de unidade operativa.

Unidade operativa⁶ seria um conjunto de operações significativas (ex.: teorias, descrições) que provoca outras operações dentro do Direito, dando operacionalidade a seus elementos. Como exemplo de informações que possibilitam comunicações dentro do Direito, um corpo legislativo, tal como o Código Civil. O Código Civil adquirirá um sentido a partir do Direito Administrativo, e outro a partir do Direito do Trabalho – já que observado a partir de unidades operativas diferente. Os ramos permitem significações diferenciadas a enunciados normativos que estão à espera de significação.

Os ramos permitem a existência de determinada estrutura de observações. No caso do Direito Administrativo, por exemplo, uma operação do tipo “sempre que alguma pessoa da Administração Pública estiver envolvida, aplica-se o Direito Administrativo, que é composto pelo corpo X de normas, com as exceções Y”. A jurisprudência e a doutrina, em seu trabalho de interpretação das normas legais, acabam por criar novas redes de princípios e critérios de observação⁷. Essas novas estruturas acabam dando sentido diferenciado para o material que existe no ordenamento.

Pode-se dizer, assim, que, a depender da evolução dos problemas sociais, as unidades operativas acabarão sendo reorganizadas, por meio do trabalho da doutrina e da jurisprudência (já que não há uma divisão dos ramos absoluta ou no mundo

3 WARAT, Luis Alberto. A Definição Jurídica: suas técnicas. Porto Alegre: Atrium, 1977. P23.

4 MORIN, Edgar. O método 6. Porto Alegre: Sulina, 2007. p.34.

5 Ver, para tanto, WITTGENSTEIN, Ludwig. Investigações Filosóficas. Petrópolis: Vozes, 2004.

6 LUHMANN, Niklas. La ciencia de la sociedad. Anthropos: México, 1996. p.78.

7 LUHMANN, Niklas. Legal Argumentation: na analysis of its form. The Modern Law Review. May 1995. Cambridge: Oxford. p.285-297.

das essências). A sua reorganização implicará fundamentar novos princípios, regime jurídico e talvez até mesmo novos ramos para o Direito.

Fuga do Direito Administrativo no Brasil

O Brasil não passou imune às sucessivas ondas de liberalização econômica, com evidentes reflexos no campo do Direito Administrativo. O perfil do Estado brasileiro mudou, sendo que foi abandonado não só o modelo do Estado empresário, mas também o do próprio Estado prestador de serviços.

É importante dizer que o Direito Administrativo enquanto legislação não foi revogado ou diminuído. O que aconteceu foi o crescimento da assunção de serviços públicos por entidades de Direito Privado e a criação de novas figuras regidas pelo Direito Privado especializadas na realização de atividades antes tidas como públicas. Essas entidades de Direito Privado continuaram regidas, em suas estruturas internas, pelo Direito Privado legislado – no Brasil, uma mistura de Código Napoleônico com Direito Comercial italiano dos anos 50 e algumas pitadas de Direito de Defesa do Consumidor. Note-se, contudo, que se desenvolveram impressionantes contribuições da doutrina e da jurisprudência, além de alguns avanços legislativos pontuais, naqueles sub-ramos do Direito Privado. Entretanto, os avanços deram-se, notadamente, nas missões daqueles ramos, quais sejam, precisamente, reger de forma ética e justa a relação entre particulares que estão buscando realizar trocas econômicas ou normatizar relações afetivas. Assim, não se pode creditar a falta de normas éticas no que toca à prestação de serviços de relevância pública à pouca preocupação moral de seus cientistas, já que em realidade esse tipo de reflexão simplesmente não se põe para aqueles operadores.

Apontar as falhas que o modelo de Administração Pública brasileiro e latino-americano acabaram causando em matéria de moralidade administrativa é um dever dos administrativistas, mesmo que isso redunde em um Direito policontextualizado,

nos dizeres de Gunther Teubner – ou, melhor dizendo, um “Direito misturado” ou que não respeita mais as lógicas canônicas de divisão de disciplinas.

A evolução legislativa brasileira das duas últimas décadas é demonstrativa do fenômeno de fuga do Direito Administrativo via transferência a pessoas jurídicas de Direito Privado⁸. Além disso, há projetos de lei e de políticas públicas que visam intensificar o presente fenômeno. Pode-se estabelecer, cronologicamente:

- instrumentos tradicionais e sua intensificação, como delegação, permissão e concessão;
- venda de empresas estatais;
- intensificação da terceirização das atividades-meio no campo da Administração Pública e trâmites de projeto de lei oficializando para a atividade-fim;
- surgimento da lei das organizações sociais (Lei nº 9.637), a qual permite a transferência de pessoal, bens e recursos públicos sem licitação a organizações privadas, sua consequente declaração de constitucionalidade pelo STF e sua posterior aplicação em âmbitos essenciais como a educação;
- aparecimento da lei das organizações de interesse público da sociedade civil (Lei nº 9.790), com possibilidade de entrega de recursos e atividades públicas sem licitação;
- lei das parcerias públicas (Lei nº 11.079), com possibilidade de a Administração Pública contratar serviços em atividades-fim para si mesma (e não prestando serviços a terceiros, como no caso das concessões).

Essas normas, uma vez que permitem uma gestão interna da organização ou do serviço em caráter privado, têm provocado ou pelo menos dão abertura ao seguinte tipo de comportamento, os quais são vistos como legítimos, já que não há norma expressa a contrariar estas práticas:

⁸ GUIMARÃES, Bernardo Strobel. O Exercício da Função Administrativa e o Direito Privado. Tese de Doutorado. São Paulo: USP, 2010. p.12.

- emprego de parentes dos dirigentes nas empresas prestadoras de serviços de utilidade pública;
- demissão ou perseguição de funcionários por motivos ideológicos e partidários;
- contratação de funcionários com base em critérios subjetivo ou ideológicos e partidários;
- impossibilidade de acompanhamento da evolução patrimonial dos dirigentes;
- aquisição de bens e serviços de terceiros com base em critérios subjetivos, de amizade ou partidários;
- impossibilidade de verificação dos elementos formadores dos preços cobrados;
- inexistência de controle sobre as entradas financeiras nas empresas, de modo que não se pode diferenciar entre entrada legítima ou criminosa de capitais;
- impossibilidade de participação administrativa na formulação das políticas internas do serviço;
- redução dos mecanismos de controle parlamentar das políticas de prestação dos serviços;
- obstacularização de qualquer chance de o cidadão participar diretamente da administração interna do serviço, salvo mediante ouvidorias sem compulsoriedade;
- descontrole sobre a atividade lobista e parlamentar, assim como os seus gastos – o cidadão não conhece a atividade política dos privados e como a cena política está sendo alterada em favor destes;
- inexistência da obrigação de prestar informações e de divulgar essas informações na internet;
- participação financeira dos funcionários e dirigentes em campanhas políticas;
- envolvimento geopolítico com potências estrangeiras no caso de empresas prestadoras de serviços e bens estratégicos;
- dificuldade de obter informações por parte do próprio poder público ante o prestador privado;

- contratação sem licitação do próprio prestador de serviço por parte do poder público;
- doações e gastos despropositados do prestador de serviço – gastos esses que repercutirão no preço final do bem ou serviço prestado.

Assim, uma vez posto o problema, torna-se necessário superar a noção de que a divisão público/privado é imóvel e absoluta⁹. O Direito Privado tem em sua origem um núcleo que é precisamente a irradiação da propriedade privada. Todos os institutos de Direito Civil acabaram se moldando em torno da noção de propriedade exclusiva. Se a propriedade é inclusive e absoluta, também as empresas e demais direitos privados assim o são. Entretanto, está-se a falar aqui de interesse público, razão pela qual as bases de pensamento devem ser desenvolvidas em outro núcleo. Não é possível pensar que a noção romana de 2.000 anos atrás continue a reger atividades fundamentais para a vida em sociedade.

Reconstruindo as bases epistemológicas do Direito Administrativo

É sabido que o Direito Administrativo, enquanto unidade operativa, conta com três principais códigos possíveis de entrada: o critério subjetivo, o objetivo e o do regime jurídico. Não é intenção deste trabalho realizar o resgate histórico ou fazer uma análise exaustiva dos critérios. A partir da teoria dos sistemas, aprende-se que o critério de entrada em um sistema pode ser binário (ex.: a pessoa faz parte ou não da Administração Pública para incidir o regime jurídico administrativo), mas o que faz incidir um dos lados do código (ser ou não pessoa da Administração Pública) é uma multiplicidade de programas, observada pelo sistema mesmo. Essa é a razão do sucesso e da falha do

⁹ HABERMAS, Jürgen. *Pensamento Pós-Metafísico: estudos filosóficos*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990. P. 40.

critério do regime jurídico enquanto código de entrada¹⁰ do Direito Administrativo: ao mesmo tempo em que é óbvio que só pode ser entendido como algo que incide normas de Direito Administrativo aquilo que o próprio regime jurídico diz que é Administração Pública, não restam dúvidas de que essa perspectiva mantém à deriva os processos de reconstrução racional dos critérios de entrada.

Os demais critérios, o objetivo (Direito Administrativo é aquilo que tem a ver com uma função pública ou com o interesse público) e o subjetivo (Direito Administrativo é aquele que incide sobre as pessoas pertencentes à Administração Pública), de certo modo também falham. O primeiro critério estabelece-se como uma fórmula da contingência, como diz Luhmann¹¹. Esse tema será retomado logo abaixo. Por enquanto, basta dizer que os administrativistas o abandonaram devido à pouca segurança e vagueza que oferece.

O critério subjetivo, ou seja, é Direito Administrativo o Direito das pessoas da Administração Pública, oferece alguma segurança. De fato, se a Constituição ou leis infraconstitucionais estabelecem que determinada pessoa faz parte da Administração, torna-se fácil um esquema de operação (script, nos dizeres de Luhmann) que ligue aquela pessoa a um regime jurídico. Ocorre que tal critério é insuficiente. A uma porque a Constituição Federal estabelece, em diversos dispositivos, o critério objetivo, como quando estabelece que quem sofrer abuso de poder de pessoa investida em autoridade pública poderá invocar o mandado de segurança ou quando estabelece a delegação cartorária, indicando tratar-se de atividade de relevância pública. Por outro lado, há tímida evolução legislativa a indicar alguma aplicação de Direito Administrativo a particulares – por exemplo, com a recente lei anticorrupção e a lei de improbidade (ambas somente aplicáveis nas relações jurídicas com a Administração Pública). É necessário lembrar, por outro lado, as recentes construções em termos de Direitos Fundamentais. Uma vez que só há direitos fundamentais enquanto há políticas públi-

cas e serviços públicos, fala-se hoje que o Direito Administrativo é, no final das contas, o Direito Constitucional materializado. Se o Direito Administrativo assumiu nova missão, a de colocar condições para a promoção de políticas públicas realizadoras de Direitos Fundamentais, o seu centro se desloca das pessoas da Administração Pública para o cidadão, tornando tênues os critérios antes estabelecidos.

O critério subjetivo mostrou-se, assim, insuficiente para uma descrição minimamente complexa do Direito Administrativo em suas novas facetas. Não só é insuficiente como também não está adequado às novas demandas que emergem. De fato, conforme descrito anteriormente, há poderosa onda de atividades de interesse público sendo levadas a cabo por pessoas jurídicas privadas – com consequências desastrosas para a moralidade pública e para os valores constitucionais.

O que se propõe é uma refundação do Direito Administrativo a partir de uma perspectiva pós-moderna de reconhecimento da indeterminação e paradoxo. Dados os estreitos limites deste trabalho, as novas bases são enunciadas de forma objetiva:

- resgate do critério objetivo para a caracterização da incidência do Direito Administrativo, com abandono das pretensões metafísicas de desenvolvimento de um conceito seguro e preciso de interesse público;
- o interesse e a utilidade pública passam a ser fórmulas da contingência, ou, em outras palavras, termos que, em si, são vagos e meramente simbólicos, mas que adquirem alguma consistência por meio de uma rede de outros conceitos, os quais remetem à fórmula (o conceito de interesse público seria formado, assim, por leis administrativas, jurisprudência, doutrina, princípios constitucionais, boas práticas, etc.)
- generalização do conceito de utilidade pública para as entidades privadas que prestam serviços econômicos de relevância pública (boa parte antigos serviços públicos);

10 LUHMANN, Niklas. Theories of distinction. Stanford: Stanford press, 2002. p.30.

11 LUHMANN, Niklas. La sociedad de la sociedad. México: Herder, 2007. p. 33.

- reconhecimento de políticas públicas policontextuais, ou seja, políticas públicas que não funcionam na lógica única de arrecadação de tributos > estrutura pública > prestação de serviços públicos e aplicação de poder de polícia, mas que operam a partir de outras lógicas;
- aplicação do Direito Administrativo não só nas relações entre privados entre si e com a Administração Pública, mas também nas relações dentro das próprias pessoas jurídicas privadas;
- moralidade administrativa como um dos princípios estruturantes e reitores do Direito Administrativo;
- o mais importante é a complexidade e a policontextualidade dentro do próprio Direito Administrativo. Sobre esse elemento, mais algumas reflexões abaixo.

De fato, um dos dogmas do Direito como um todo é a consistência – ou tratar casos iguais de forma igual. Assim, é dificultoso ao jurista pensar que é possível a existência de diversas regimes jurídicos de Direito Administrativo para diferentes contextos. Mas justamente a fórmula da consistência tem um outro lado que é o da tentativa de trabalhar adequadamente as peculiaridades.¹²

O Direito Administrativo precisa reinventar-se, e os juristas precisam entender que é possível a existência de múltiplos contextos de aplicação do Direito Administrativo, com diversos regimes jurídicos diferenciados. Significa dizer que o Direito Administrativo, em sendo o Direito do interesse público e das políticas públicas, pode incidir em diversas intensidades e tendo diversos regimes jurídicos. Por exemplo, a Administração Direta tem um regime jurídico de Direito Administrativo intenso. Uma sociedade de economia mista, um regime jurídico já com intensidade menor de incidência de normas de Direito Administrativo. O tabu que precisa ser rompido, contudo, é precisamente o da incidência das normas de Direito Administrativo sobre entidades privadas de utilidade pública. Uma vez sendo substituído o critério subjetivo como predominante (e já há exemplos no

12 LUHMANN, Niklas. El Derecho de la sociedad. Universidad Iberoamericana: México, 2002. p.345.

nosso ordenamento jurídico) para o da utilidade pública, poder-se-á pensar não o fim do Direito Administrativo, mas, pelo contrário, a sua expansão a fronteiras ainda inexploradas. Tal necessidade impõe-se diante de uma evidente recepção incompleta dos valores constitucionais em face da canônica divisão Direito Público/Privado. O que se está a advogar aqui não é uma construção *a priori* desse regime jurídico. De fato, a moralidade administrativa está presente na Constituição. O que se pretende fazer é uma leitura constitucionalmente adequada dos valores constitucionais presentes na Administração Pública.

Desse modo, fica feito o link entre o que foi construído até aqui. Demonstrou-se que não pode o Direito prescindir das conquistas epistemológicas da contemporaneidade¹³, e que estas repercutem na metafísica distinção entre público e privado. Depois, abordaram-se algumas tendências no campo das políticas públicas e como a contínua transferência de atividades públicas para entes privados abre portas para a corrupção. Finalmente, fundamentou-se a necessidade de nova base epistemológica para o Direito Administrativo, para os fins de aplicação do princípio da moralidade administrativa em conexão com as atividades de relevância pública.

Obrigações de Direito Administrativo e seu resgate nas pessoas de Direito Privado

A moralidade administrativa está presente no art. 37 da Constituição Federal do Brasil, enunciada enquanto princípio. Ao contrário do princípio da legalidade e da publicidade, que podem ser vistos como programas (se for para criar uma expectativa normativa, que seja por lei – legalidade; quem participar da atividade administrativa deve divulgar informações – publicidade), o princípio da moralidade parece ser mais uma unidade operativa que um programa jurídico. Significa dizer que o princí-

13 CLAM, Jean. Questões fundamentais de uma teoria da sociedade: contingência, paradoxo, só –efetuação. São Leopoldo: Unisinos, 2006. p.46 e ss.

pio da moralidade não tem conteúdo próprio, mas, sim, cumpre a importante função, para o sistema jurídico, de unir diversas normas que já existem a partir de uma perspectiva específica – a saber, a da coisa certa a se fazer. Se alguém tem dúvidas sobre contratar parentes para trabalhar na Administração, usa-se uma regra que já existe (a da não discriminação) e se a coloca a partir da perspectiva moralista; se há dúvidas sobre se um servidor que trabalha em um tribunal pode advogar, coloca-se a questão na perspectiva da captação indevida de clientes e tráfico de influência. Enfim, a regra da moralidade opera conectando diferentes regras.

É importante dizer que o critério subjetivo para a aplicação das regras da Administração Pública – incluindo a moralidade administrativa – é um critério doutrinário. Não aparece na Constituição expressamente. Daí a razão de ser necessário fazer uma leitura concretista da Constituição. Cabe à ciência do Direito trabalhar para que os princípios e regras constitucionais sejam aplicáveis com o máximo de efetividade possível. Assim, se quer que a atividade administrativa seja regida por regras de moralidade, e se quer que o dinheiro público seja aplicado de modo justo, e que as atividades de utilidade pública sejam regidas pelo interesse público, será necessário adaptar o regime jurídico de Direito Privado e pensar em termos de policontextualidade, pensando uma aplicação mista dos regimes, para evitar as patologias corruptivas¹⁴.

Assim, são obrigações de serviço público e de Direito Administrativo que incidem sobre privados, quando no exercício de uma função pública, as estipuladas abaixo. Todas elas estão baseadas no princípio republicano, no direito fundamental ao bom governo e em normas que estão expressas em todas as Constituições da América Latina.

- Não contratação de parentes para o exercício de emprego dentro das empresas, concessionários e delegatários de funções públicas, já que o critério de contratação é uma relação de afetividade, e não com-

petência e isonomia, o que fere o valor republicano da igualdade.

- Proibição da denúncia imotivada ou vazia do contrato de trabalho, e possibilidade de controle jurisdicional da despedida mediante provocação do empregado, para evitar perseguições políticas – já que em uma República há pluralismo e igualdade de chances entre os partidos, sendo imoral favorecer o partido que eventualmente estava no governo no momento da outorga do serviço, delegação ou concessão.
- Novamente, para evitar o partidarismo e preferências pessoais, há de se estabelecer critérios impessoais para a contratação de trabalhadores. É evidente que uma pequena ONG ou delegatário de serviço público não pode realizar concurso público; pode, contudo, realizar um processo seletivo simplificado; grandes empresas prestadoras de função pública estão obrigadas ao concurso público, contudo, dado o princípio republicano da igualdade.
- Os bens e serviços a serem contratados pelas empresas e delegatários devem estar guiados por critérios impessoais, e não preferências políticas – logo, alguma espécie de licitação ou seleção simplificada é necessária para que o operador de função pública adquira bens licitamente.
- Transparência e abertura total das planilhas de custos – o princípio da publicidade não pode ser deixado de lado em uma República.
- Transparência e divulgação da contabilidade da empresa, com abertura bancária, de modo que o cidadão possa conferir as entradas e saídas de recursos e suas correspondências nas contas bancárias.
- Conselhos com participação da Administração Pública e de cidadãos, com competência para a elaboração de diretrizes no que toca ao serviço e às políticas da empresa – mesmo que seja uma S.A., uma vez que o valor

14 LEAL, Rogério Gesta. *Patologias Corruptivas nas Relações Entre Estado, Administração Pública e Sociedade: Causas, Consequências e Tratamentos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2013. 49 e ss.

“democracia” em uma República é mais importante que um aspecto apenas do direito de titularidade de uma ação.

- Total transparência dos gastos e relações de diretores com partidos e representantes de empresas perante partidos.
- Total divulgação de salários, contabilidade, planilha de custos, entradas, saídas e gastos em sítios da internet.
- Transparência das relações de empresas multinacionais com seus Estados de origem/controladores.
- Controle de gastos com doações/investimentos dos prestadores de serviços públicos e de utilidade pública.
- Controle jurisdicional *interna corporis* dos atos dos prestadores de serviços de utilidade pública, mediante alguns critérios utilizáveis como parâmetros para o controle dos atos administrativos, como moralidade e finalidade.
- Acompanhamento da evolução patrimonial dos proprietários e dirigentes das entidades privadas.

Com essas medidas, reduz-se o nível de arbitrariedade e desconexão do interesse público relacionado com os particulares prestadores de serviços públicos e serviços econômicos de utilidade pública.

Conclusão

O problema que orientava este trabalho era a indagação acerca das insuficiências do regime jurídico de Direito Privado no que toca à moralidade administrativa e à necessidade de revisão das bases epistemológicas do Direito Administrativo e do Direito Privado, com o conseqüente retorno do Direito Administrativo.

Em um primeiro momento, desmontou-se o caráter canônico da divisão público/privado, em uma superação da metafísica

clássica. Em um segundo, as inconveniências da fuga do Direito Administrativo. Essa foi a ponta para a fundamentação da aplicação do princípio da moralidade administrativa como elemento de refundação e resgate do Direito Administrativo, alterando o regime jurídico das instituições de Direito Privado. Em seguida, fundamentaram-se algumas normas que seriam aplicáveis às instituições privadas, tais como a vedação do nepotismo, a necessidade de prestação de informações e impossibilidade de denúncia vazia do trabalhador.

Referências

- CLAM, Jean. Questões fundamentais de uma teoria da sociedade: contingência, paradoxo, só-efetuação. São Leopoldo: Unisinos, 2006.
- GUIMARÃES, Bernardo Strobel. O Exercício da Função Administrativa e o Direito Privado. Tese de Doutorado. São Paulo: USP, 2010.
- HABERMAS, Jürgen. Pensamento Pós-Metafísico: estudos filosóficos. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990.
- KELSEN, Hans. Teoria Geral das Normas. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986.
- LEAL, Rogério Gesta. Patologias Corruptivas nas Relações Entre Estado, Administração Pública e Sociedade: Causas, Consequências e Tratamentos. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2013.
- LUHMANN, Niklas. El Derecho de la sociedad. Universidad Iberoamericana: México, 2002
- LUHMANN, Niklas. La ciencia de la sociedad. Anthropos: México, 1996.
- LUHMANN, Niklas. La sociedad de la sociedad. México: Herder, 2007.
- LUHMANN, Niklas. Legal Argumentation: na analisys of its form. The Modern Law Review. May 1995. Cambridge: Oxford.

MORIN, Edgar. O método 6. Porto Alegre: Sulina, 2007

TEUBNER, Gunther. Direito, Sistema e Policontestualidade. Piracicaba: Universidade etodista de Piracicaba, 2005.

WARAT, Luis Alberto. A Definição Jurídica: suas técnicas. Porto Alegre: Atrium, 1977

WITTGENSTEIN, Ludwig. Investigações Filosóficas. Petrópolis: Vozes, 2004.

A PROBLEMÁTICA DA SUBCAPITALIZAÇÃO EMPRESARIAL E A APLICAÇÃO DA TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

JOSÉ TADEU NEVES XAVIER*

* Doutor e mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), professor do Curso de Graduação e Mestrado em Direito 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.

Resumo

O capital empresarial desempenha uma série de funções no financiamento de atividades econômicas desenvolvidas profissionalmente no mercado, impondo ao Direito a criação de instrumentos capazes de garantir a efetivação do alcance de suas finalidades. Nesse sentido o presente ensaio propõe a reflexão sobre a utilização da teoria da desconsideração da personalidade jurídica como mecanismo adequado para tutela dos credores nos casos de subcapitalização.

Palavras-chaves: Direito societário; capital social; subcapitalização; desconsideração da personalidade jurídica.

Abstract

The corporate money plays a number of roles in financing economic activities professionally developed in the market, enforcing the Law on creating instruments to guarantee their purposes. Thus, this essay analyses the theory of piercing the corporate veil as an adequate mechanism for protection of creditors in the case of undercapitalization.

Keywords: Corporatelaw; share capital; undercapitalization; piercing the corporate veil.

Considerações iniciais

A teoria da desconconsideração da personalidade jurídica tem representado mecanismo recorrente no exercício da prestação jurisdicional de proteção dos interesses econômicos dos credores no contexto do mercado. Esse instrumento foi inserido inicialmente no nosso sistema jurídico pelo ativismo doutrinário e jurisprudencial, na década de 70 do século passado, porém, a sua positivação normativa foi tardia, somente alcançando êxito com o advento do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, em 1990, e, posteriormente, com o Código Civil de 2002.

No entanto, apesar de a *disregard doctrine* já ter alcançado o reconhecimento na tríade basilar do ordenamento jurídico – doutrina, jurisprudência e lei –, parece que a teoria ainda não experimentou pleno amadurecimento, fazendo-se acompanhar por uma série de debates que buscam definir a sua exata dimensão.

Nesse sentido, o presente ensaio propõe-se a cotejar a problemática da *subcapitalização* e a aplicação da teoria da desconconsideração, verificando a possibilidade de se aceitar a insuficiência patrimonial dos entes empresariais como motivo autorizador da extensão da responsabilidade patrimonial aos sócios (ou instituidor) da pessoa jurídica, no intuito de efetivar a tutela dos credores.

Definição de capital empresarial

A busca de construção de uma definição satisfatória que reproduza a verdadeira essência da noção de capital empresarial é tarefa consideravelmente complexa, face ao caráter multifacetado que delinea essa importante figura jurídica.

O direito positivo brasileiro não nos oferece conceituação legal sobre o capital empresarial, restringindo-se a posicioná-lo como um dos elementos que integram o ato constitutivo das

entidades personificadas. Nessa linha, de modo geral, a doutrina costuma ver o capital empresarial como a cifra nominalmente indicada no ato constitutivo, correspondendo aos aportes do instituidor ou sócios (se empresa individual de responsabilidade limitada ou sociedade). Porém, para uma abordagem mais satisfatória sobre o tema, parece oportuno que se indiquem pelo menos três noções que auxiliam a desvelar matizes presentes na definição de capital empresarial: (a) a econômica, na qual o capital é compreendido como fator de produção, portanto, com forte significado prático, mas de pouca transcendência para o diálogo jurídico¹; (b) contábil ou monetária, que representa a definição clássica de capital², estando relacionada à sua inserção dentro das regras de contabilidade, como o acervo de bens disponíveis para o desempenho da atividade conforme consta do balanço³; e (c) jurídica, a qual, apesar do incansável esforço doutrinário, ainda não se conseguiu extrair uma noção unitária de capital, o que levou o jurista argentino Hernán Verly, seguindo a doutrina predominante sobre o tema, a apontar três possíveis abordagens: identificando-o com os aportes; a concepção abstrata, nominalista ou clássica; e a visão dualista⁴.

A primeira espécie é amplamente disseminada na doutrina mercantil, partindo da correlação necessária e direta entre capital e aporte empresarial. Tal concepção é encontrada nas lições de A. Ferrer Correia, ao se referir ao capital social como “a cifra representativa da soma das entradas dos sócios”⁵, e de J. M. Coutinho de Abreu, que o define como “elemento do pacto que

1 Nesse sentido, Paulo de Tarso Domingues observa que o capital é conceito “com um conteúdo e um significado que, para o Direito, não se identifica totalmente com o da Economia. Desde logo, porque a perspectiva do economista é absolutamente distinta do jurista: aquele analisa o capital social tendo em conta fundamentalmente os problemas atinentes à produtividade e à produção da empresa, enquanto na análise deste relevam, sobretudo, a contribuição e conservação de um fundo de bens que garanta credores” – Do capital social: noção princípios e funções, Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 29.

2 Paulo de Tarso Domingues, op. cit., p. 32.

3 Tal definição é encontrada na obra de Waldemar Ferreira, ao referir que “o capital é representado pelos contingentes trazidos pelos sócios para a formação da ‘arca communis’, ou seja, do acervo de bens indispensável ao exercício da atividade mercantil ou industrial da sociedade”. Tratado de Direito Comercial, São Paulo: Saraiva, 1961, v. 3, p. 122

4 Apuntes para una revisión del concepto de capital social (con especial referencia a la sociedad anónima), La Ley, 1997-A, p. 760.

5 Lições de Direito Comercial, Lisboa, Lex, 1994, p. 329.

se consubstancia numa cifra tendencialmente estável, representativa da soma dos valores nominais das participações sociais que não correspondam a entradas em serviços, necessariamente expressa em moeda”⁶. É uma visão simplista, de acentuado caráter didático, mas que, em certas situações, se mostra inapta para expressar toda a complexidade jurídica do termo, eis que assume enfoque reducionista relacionado tão somente à forma de constituição do capital, desconsiderando as demais funções do capital empresarial.

A concepção abstrata, nominalista ou clássica parte da distinção de capital e patrimônio, definindo-os a partir de um co-tejamento, em uma mera técnica de comparação de conceitos. Capital é a cifra fixa e inflexível indicada no ato de constituição da entidade empresária, tomado em seu aspecto abstrato, formal e descomprometido com a realidade econômica da entidade. Nas palavras de Paulo de Tarso Domingues, o capital, para essa corrente, é tomado como um puro *nomen iuris*⁷. Esse corte teórico é encontrado quando recorremos às clássicas lições de J. X. Carvalho de Mendonça, o grande comercialista brasileiro, que conceitua o capital com “o fundo originário e essencial da sociedade, fixado pela vontade dos sócios; é o monte constituído para a base das operações”⁸.

Buscando superar a visão meramente nominalista, a definição dualista identifica a distinção entre capital real e nominal, mas entende serem essas acepções de um mesmo fenômeno, ou seja, duas faces de uma mesma realidade complexa⁹. A noção de capital nominal corresponde ao valor resultante do que foi aportado na constituição da entidade, enquanto no aspecto real o capital é visto com a cifra de retenção e, portanto, o fundo patrimonial intangível, valendo-se o legislador ora de uma ou outra faceta. Não há, portanto, um único significado para o capital empresarial.

As vantagens da aceitação da noção dualista do capital empresarial são inequívocas, na medida em que permite a adequação da atuação hermenêutica das regras que lhe são referentes, precisando de forma efetiva o seu verdadeiro significado no contexto legislativo em que estão inseridas, arredando confusões que seriam frequentes e inevitáveis.

Funções atribuídas ao capital empresarial

De forma sintética é possível se atribuir ao capital empresarial as funções de organização e garantia. Nessa linha, Paulo de Tarso Domingues vislumbra a necessidade de separar as utilidades do capital empresarial em dois planos: interno e externo. No primeiro, o autor enquadra as funções que atribuem a qualidade de sócio, de determinação da posição jurídica do sócio, de *arrumação* do poder societário e de produtividade, enquanto no segundo plano são alocadas as funções de garantia, de avaliação econômica e socialização.

Considerando o foco do presente ensaio, passamos a atentar para a atuação do capital como instrumento de garantia dos credores. Essa é a função mestra do capital empresarial, representando inequivocamente um lugar-comum na doutrina empresarial clássica, atuando como verdadeiro critério de justificação da limitação de responsabilidade.

Essa é a mais relevante e antiga utilidade do fundo empresarial, servindo como fiel da balança entre os direitos dos sócios e dos credores¹⁰. Conforme informa Maria de Fátima Ribeiro, tem crescido de importância nos últimos tempos, sobretudo no sistema norte-americano, mas também no cenário comunitário

¹⁰ Conforme Ricardo Olivera Garcia, *La crisis del concepto de capital social*, R.D.C.O., ano 32, n. 187, jul-set/1999, p. 376. O autor explica que “la función de garantía del capital es aceptada por la doctrina en forma prácticamente unánime. Algunos autores, incluso utilizan atractivas figuras para describir esta función. Thaller expresa, que el capital es una línea de retención trazada en el activo. Vivante, comparando la función que el capital cumple frente al patrimonio, hace el símil con un recipiente destinado a el grano, que ora supera la medida, ora no llega a colmarla. Garrigues, por su parte, sostiene que la cifra de capital representa un dique que va conteniendo las aguas (elementos del activo) hasta que el activo supera el nivel del dique. A partir de este instante, el agua que exceda irá a beneficiar a los accionistas bajo la forma de dividendo”.

⁶ Estudo de Direito das Sociedades, Coimbra, Almedina, 2007, p. 176.

⁷ Op. cit., p. 41.

⁸ Tratado de Direito Comercial Brasileiro, 7ª ed., Vol. III, Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1963, p. 29.

⁹ Cf. Lucas Ramírez Bosco, *Responsabilidad por infracapitalización societaria*, Buenos Aires: Hammurabi, 2004, p. 33.

européu, por influência das decisões do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias proferidas nos casos *Centros*, *Übersee-ring* e *Inspire Art*¹¹.

A função de garantia se materializa na atuação do capital social como instrumento a serviço dos interesses econômicos dos credores da sociedade empresária, de forma a servir como o referencial que estes terão da capacidade econômica dessa entidade, permitindo-lhes realizar uma melhor avaliação econômica nas suas operações negociais¹². A função de garantia é designada por Paulo de Tarso Domingues como *função rainha do capital*¹³.

A caracterização da subcapitalização empresarial

O tema do capital social, além de todo o debate sobre a identificação dos princípios que lhe servem de orientação e da dificuldade de eleição de um critério adequado sobre a viabilidade de determinação de valor mínimo como requisito para a constituição das modalidades empresárias, também traz à tona a questão da sua suficiência para corresponder aos riscos da atividade – quer no momento de criação da entidade societária,

11 A tutela dos credores da sociedade por quotas e a desconsideração da personalidade jurídica, Coimbra: Almedina, 2009, p. 183-184. A doutrinadora informa que esse conjunto de decisões se relaciona aos casos de liberdade de estabelecimento, ou seja, da possibilidade de sociedades validamente constituídas em um Estado-membro virem a exercer atividades em outro, quando este impõe a observância de capital mínimo, como também quando estabelece sanções relacionadas ao seu descumprimento (nomeadamente, consistentes na responsabilidade solidária dos administradores, quando o capital não atinge o montante mínimo previsto pela legislação nacional ou quando desse, no decurso da sua atividade, abaixo desse montante).

12 Vale transcrever, aqui, as palavras de Paulo Leonardo Vilela Cardoso na defesa da exigência de capital mínimo para a constituição da empresa individual de responsabilidade limitada: “A EIRELI, frise-se, foi constituída para dar segurança tanto ao empreendedor, que saberá ser aquele montante suficiente para dar início a atividade e capaz de suportar eventual fracasso no empreendimento, quanto, também, aos fornecedores e credores, pois saberão, conta a conta, passo a passo, o potencial de lucratividade da empresa e se possui ou não patrimônio suficiente para arcar com eventuais obrigações e encargos”. O empresário individual de responsabilidade limitada. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 100.

13 Op. cit., p. 139.

quer mesmo no decorrer de sua existência –, que correspondem, respectivamente, à *subcapitalização* e a *descapitalização*¹⁴.

A doutrina do Direito Mercantilista enxergou na designação *subcapitalização* – *infracapitalización*, *sottocapitalizzazione*, *inadequate capitalization*, *undercapitalization* – a expressão mais adequada a reproduzir com nitidez a noção de ausência de correspondência entre o capital social e a responsabilidade empresarial. Nesse sentido, parte-se do princípio de que a limitação de responsabilidade se legitima na constituição e conservação de um patrimônio suficiente para suportar os riscos econômicos normalmente verificados em certa atividade comercial, de modo a proporcionar segurança mínima aos credores e parceiros negociais da atividade. Entretanto, quando isso não se verifica, temos a ocorrência da *subcapitalização*¹⁵.

Nadia Zorzi, na doutrina italiana, conceitua a *sottocapitalizzazione* como a situação de uma sociedade na qual “*il capitale di cui è dotata non è sufficiente a soddisfare il suo proprio fabbisogno finanziario a médio e lungo termine (non copribile attraverso crediti di terzi), calcolato basandosi sul tipo e sul volume dell’attività econômica programmata (e dunque potenziale) ed effettività econômica programmata (e dunque potenziale) ed efetiva, prendendo in considerazione i metodi di finanziamento utilizzati*”.

Na doutrina argentina, Leandro Javier Caputo explica que a *subcapitalização* ocorre quando “*una sociedad determinada requiera certo nível de capital a fin de poder afrontar sus gastos*”.

14 Nuri Rodriguez Olivera apresenta interessante referência ao que designa como *sobrecapitalização*, para indicar a hipótese em que o capital social vem a se mostrar excessivo frente às necessidades da sociedade. O autor explica: “cuando se fije una cifra de capital, podrá suceder que la sociedad esté supracapitalizada o infracapitalizada en función de las necesidades del giro. Se dice que una sociedad está infracapitalizada cuando su capital propio no es suficiente para la clase y volumen de la actividad prevista o efectivamente realizada, viéndose entonces en la necesidad de recurrir a crédito de terceros. Esta supracapitalizada cuando los aportes exceden las necesidades del giro”. Op. cit., p. 10.

15 Nadia Zorzi, na doutrina italiana, conceitua a *sottocapitalizzazione* como a situação de uma sociedade na qual “*il capitale di cui è dotata non è sufficiente a soddisfare il suo proprio fabbisogno finanziario a médio e lungo termine (non copribile attraverso crediti di terzi), calcolato basandosi sul tipo e sul volume dell’attività econômica programmata (e dunque potenziale) ed effettività econômica programmata (e dunque potenziale) ed efetiva, prendendo in considerazione i metodi di finanziamento utilizzati*”. L’abuso della personalità giuridica, Padova: CEDAM, 2002, p. 111.

llevar a cabo adecuadamente aquellas actividades tendientes al cumplimiento del objeto social y ésteno se encuentre debidamente aportado"¹⁶.

É importante esclarecer que não há parâmetro exato capaz de medir de forma objetiva a adequação do capital social, de forma que a sua insuficiência somente poderá ser aferida em função do próprio objeto da sociedade ou de sua atuação¹⁷.

Essa problemática acerca da necessária existência de proporção entre o capital empresarial e o tipo e porte da atividade proposta no ato constitutivo tem ocupado a atenção da doutrina jusmercantilista europeia desde meados da segunda metade do século passado, colocando em destaque o que se convencionou por designar de princípio da adequação do capital social ou da assunção adequada dos riscos¹⁸, em evidente menosprezo à mera observância sectária dos clássicos postulados da necessidade e da liberdade no valor do capital. Tal orientação assume postura de verdadeiro princípio geral do direito societário, implícito em qualquer sistema jurídico, pois, como leciona Pedro Cordeiro, negar a sua existência significaria afirmar que o legislador, por meio da figura da pessoa jurídica, quis abrir a possibilidade de uma empresa desenvolver atividade com capital claramente insuficiente em relação aos seus objetivos, transferindo assim o risco somente para os credores da sociedade, o que seria, por óbvio, um absurdo¹⁹.

Maria de Fátima Ribeiro assevera que o problema da capitalização pode ser verificado com mais frequência nas sociedades de capitais com estrutura personalista, mormente nas sociedades limitadas, que são tendencialmente *fechadas*, eis que, de forma diversa das sociedades anônimas, não são vocacionadas para o objetivo de captar do público investidor os meios de financiamento suficientes para a exploração da atividade

de constitutiva de seu objeto social²⁰. De outra banda, Cândido Paz-Ares aponta que também nos grupos societários poderá ser constatada certa tendência à *subcapitalização*, pois nesses casos a função da limitação de responsabilidade não é função financeira, no sentido de estar a serviço da captação de recursos, mas precisamente função de diversificação de riscos²¹.

A inexistência da adequação da base econômica que serve de sustento à atividade empresarial acarreta, portanto, verificação da *subcapitalização*, que pode ser classificada, dentre outros critérios possíveis, em *subcapitalização* nominal e material.

Subcapitalização nominal

A subcapitalização nominal faz-se presente nas hipóteses em que a pessoa jurídica empresária possui capital meramente formal, ou seja, embora se encontre dotada de meios financeiros capazes de dar suporte a sua atividade, permitindo assim o desenvolvimento do seu objeto, tais fundos não são próprios, impedindo, assim, o desempenho das demais funções natas do capital social, mormente, servir de garantia aos credores.

Na feliz expressão utilizada por Leandro Javier Caputo, verifica-se, aqui, uma questão vinculada com a sinceridade da expressão do montante do capital empresarial²², pois os fundos utilizados para o sustento da atividade não são próprios, existindo de maneira meramente formal.

Antônio Menezes Cordeiro explica que, na modalidade da *subcapitalização* nominal, a sociedade considerada encontra-se estreada em uma base econômica tendo capital formalmente insuficiente para o objeto ou para os atos a que se destina²³, em situação em que o capital provém de recursos de terceiros, estando total ou em grande parte comprometido com estes. Aqui também es-

16 *Inoponibilidad de la personalidad jurídica societaria*, Buenos Aires: Editorial Astrea, 2006, p. 258.

17 Nesse sentido é a lição de Antônio Menezes Cordeiro. O levantamento da personalidade coletiva no Direito Civil e Comercial, Coimbra: Almedina, 2000, p. 118.

18 Expressão utilizada por Pedro Cordeiro. A desconconsideração da personalidade jurídica das sociedades comerciais, Lisboa: AFDL, 1989, p. 96.

19 Op. cit., p. 96.

20 Op. cit., p. 188-189.

21 *Apud* Maria de Fátima Ribeiro, A tutela dos credores da sociedade por quotas e a desconconsideração da personalidade jurídica, Coimbra: Almedina, 2009, p. 188.

22 Op. cit., p. 259. O autor explica que tal situação se verifica quando: "*la sociedad resulta dotada de los medios financieros necesarios para el desarrollo de su objeto social, pero las necesidades de fondos propios se financian con créditos provenientes de los mismos socios*".

23 Op. cit., p. 118.

tão alocadas as situações em que o capital/patrimônio da entidade está vinculado a empréstimos que os sócios realizam à empresa, geralmente agregados à consignação de condições privilegiadas em eventual concurso de credores, v.g., os casos de alienação de bens pessoais dos sócios à sociedade com a inserção da cláusula de reserva de domínio²⁴. Tais situações representam formas de empréstimos indiretos, proporcionando certo caráter duplo aos sócios, concebendo o que Pedro Cordeiro designou como *sócio-credor*²⁵. Nessa hipótese, apesar de a entidade ser satisfatoriamente dotada dos meios econômicos para o exercício de sua atividade, estes não podem ser considerados como *capital próprio* ou *capital de risco*; são, sim, como designou Giuseppe Portale, *capital de crédito*²⁶. Este mesmo autor informa que o risco da subcapitalização nominal para os credores já era debatido no sistema germânico desde a década de 30 do século passado, quando a jurisprudência do *Reichgericht* notava que essa modalidade de financiamento conservava ao sócio a possibilidade de, em caso de insucesso da empresa, assumir a condição de credor em posição de vantagem em sede de concurso com os demais credores da entidade²⁷.

Carmen Boldó Roda informa que a práxis jurisprudencial norte-americana e germânica apresentam solução coincidente para os casos de subcapitalização nominal, determinando que os fundos provenientes dos empréstimos dos sócios e dos bens destes adquiridos pela entidade com alguma espécie de garantia especial, e ainda não quitados, passem a ser tratados como se fossem aportes sociais²⁸.

No ordenamento jurídico lusitano, o Código das Sociedades Comerciais, fortemente inspirado no modelo jurídico germânico, regula o chamado *contrato de suprimento* nas sociedades por quotas, consolidando uma série de normas que tornam a posição dos sócios-credores menos favorável que a dos credores comuns²⁹.

Em termos históricos, a ocorrência da subcapitalização nominal serviu de fundamento para o famoso *leading case Salomon v. Samolon & Co. Ltd.*, julgado em 1897, considerado por muitos como o precedente responsável pela consagração da teoria da desconconsideração da personalidade jurídica no ordenamento jurídico anglo-saxão. Nesse caso, Aaron Salomon, que havia se dedicado durante alguns anos à atividade de tratamento de pe-

24 Sobre essa espécie de subcapitalização, Carmen Boldó Roda observa: “os socios, en vez de financiar la sociedad mediante los convenientes aumentos de capital, optan por llevar a cabo la financiación por medio de créditos o prestamos que ellos mismos conceden a la sociedad, para beneficiarse de la condición de acreedores en las situaciones de suspensión de pagos o quiebra”. *Levantamiento del velo y persona jurídica en el Derecho Privado Español*, 2ª ed., Navarra: Aranzadi Editorial, 1997, p. 425.

25 Op. cit., p. 98. Sobre esta figura do sócio credor, o autor explica: “Este papel duplo assegura-lhe não só uma participação no êxito da empresa – fomentado pela concessão de créditos – como lhe proporciona ainda, em relação a terceiros, uma visão mais clara da situação financeira da sociedade e uma influência decisiva na sua evolução económica”, arrematando: “ora, esta possibilidade de intervenção e permanente controlo do risco assumido – que não existe para os restantes credores – não pode deixar de ser valorada, não devendo os sócios mutuantes ser equiparados aos outros dadores de crédito”.

26 *Capitale sociale e società per azione sottocapitalizzata*, *Rivista della Società*, ano 36, 1991, p. 29.

27 Op. cit., p. 30. Segundo o autor, “in Germania in modo particolare nella prassi delle società a responsabilità limitata, questo tipo di sottocapitalizzazione há trovato una regolamentazione nella novella di riforma (1980) della legge sulla società a responsabilità limitata (§§ 32ª e 32b GmbHG), regolamentazione che, tuttavia, deve essere integrata da una serie di principi di diritto giurisprudenziale e dottrinali. Tralasciando i dettagli del complesso sistema che risulta da questa rete di regole, per quanto qui interessa è sufficiente dire, per il momento che oggi, per diritto tedesco, nel caso di assoggettamento della società ad una procedura concorsuale, tutti i crediti concessi dai soci alla società, direttamente o indirettamente (ad es.: con il rilascio di garanzie a terzi), devono essere trattati come ‘capitale proprio’ se la società, nel momento in cui há avuto il finanziamento, non era più in grado di ottenere credito (c.d. Kreditwürdigkeit) alle normali condizioni di mercato (si parla di prestiti dei soci sostitutivi del capitale proprio: Eigenkapitalersetzende Gesellschafterdarlehen)”.

28 Op. cit., p. 425. Em relação à matéria no sistema jurídico norte-americano, merece ser referida interessante pesquisa de campo levada a cabo por Robert B. Thompson, realizada na década de 90, na qual esse jurista aponta que, apesar da *undercapitalization* ser frequentemente citada pela doutrina, em sede pretoriana a sua aplicação não se mostra tão efetiva, informando que: “Of 327 contract cases in which courts pierced the veil, undercapitalization is present only in sixty-one (about 19%); of seventy tort cases in which courts pierced the veil, undercapitalization is present in only nine (just under 13%). A piercing result was somewhat more likely in the tort cases in which undercapitalization was present (75%) than in contract cases (70%), but the small number of tort cases in which undercapitalization is mentioned decreases the impact of this difference. In both contexts, courts refused to pierce in 25 to 30% of the cases even when undercapitalization was present, belying any automatic predictive value for that factor”. *Piercing the corporate veil: an empirical study*, *Cornell Law Review*, vol. 76, jul/91, p. 1065.

29 Rui Pinto Duarte exemplifica o tratamento outorgado pelo Código das Sociedades Comerciais de Portugal: “- decretada a falência ou dissolvida por qualquer outra causa a sociedade, o reembolso dos suprimentos só tem lugar depois de pagas todas as outras dívidas (art. 265, n. 3, alínea a); - nestas mesmas situações, não é admissível a compensação de créditos de suprimento com débitos para com a sociedade (art. 245, n. 3, alínea b) - ainda em caso de falência, os reembolsos de suprimentos efetuados no ano anterior à sentença que a decreta são resolúveis (art. 245, n.º 5); - não é permitido que a sociedade preste garantias reais a dívidas de suprimentos (art. 245, n.º 6); - os credores por suprimento não podem requerer, por esses créditos, a falência da sociedade (art. 245, n.º 2); - não havendo prazo estipulado para o reembolso de suprimentos, o credor tem de requerer ao Tribunal a fixação desse prazo e o tribunal deve, nessa fixação, ter em conta as consequências que o reembolso terá para a sociedade (art. 245, n.º 1)”. A subcapitalização das sociedades no Direito Comercial, Fisco, n.º 76/77, ano VIII, mar/abril de 1996, p. 60.

les 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 mil 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, com o comprometimento de pagamento no valor de 38 mil libras. Porém, quando a sociedade foi liquidada, um ano depois, seu passivo excedia o ativo em 7.733 libras. O liquidante, representando os credores não privilegiados da sociedade, alegou que esta nada mais era que uma ficção destinada a limitar as dívidas de seu sócio majoritário, de forma que este deveria ser obrigado a satisfazer as dívidas da sociedade, e seu crédito deveria ser preterido em relação aos dos 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 sociedade³⁰. O Tribunal de segundo grau chegou à mesma conclusão, mas se utilizou 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 sociedade³¹.

30 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". Levantamiento del velo y persona jurídica en el derecho privado español, 2ª ed., Pamplona: Editorial Aranzadi, 1997, p. 115.

31 Desse julgamento se destacam as atuações dos juízes Lopes e Lindley. O primeiro argumentou que "nunca se tratou 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 contem-

Assim, embora o tribunal tivesse que reconhecer a constituição da companhia, condenou Aaron Salomon a contribuir 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 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)³².

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*³³.

plaba 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".

32 Na decisão, 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".

33 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, vol 40, n. 2, 2014, p.480.

O direito interno conta com algumas regras que indicam claro escopo de evitar a ocorrência da subcapitalização nominal, ou pelo menos amenizar as consequências nefastas que ela pode vir a proporcionar, tanto para a entidade empresária como para as pretensões econômicas dos seus credores. Podemos indicar como exemplos dessa preocupação do legislador nacional as previsões contidas no artigo 1.059 do Código Civil, que, consagrando o princípio da intangibilidade do capital social da sociedade limitada, estabelece que “os sócios serão obrigados à reposição dos lucros e das quantias retiradas, a qualquer título, ainda que autorizados pelo contrato, quando tais lucros ou quantias se distribuírem com prejuízo do capital”, e a norma consagrada no artigo 83, VIII, da legislação falimentar (Lei nº 11.101/2005), que cataloga como crédito subordinado aquele de que sejam titulares os sócios ou administradores da entidade, sendo preteridos em relação a todas as demais classes de credores da empresa falida.

Subcapitalização material

A subcapitalização é classificada como *material* quando o ente empresário está desprovido do suporte econômico mínimo e necessário para a viabilização do desempenho da atividade a que se propôs no ato de sua constituição. Falta-lhe a base patrimonial que proporcionaria o financiamento e sustento de suas relações negociais.

Nessa espécie a entidade empresária não está aparelhada de suporte econômico suficiente para suportar a álea da atividade, ou mesmo a própria persecução do objeto que dá sentido à sua existência. Há efetiva insuficiência de fundos próprios e alheios. Na precisa definição oferecida por Carmen Boldó Roda, tal modalidade é verificada quando “*los socios no dotan a la sociedad de los recursos patrimoniales necesarios para llevar a*

cabo el objeto social, ni por la vía de un capital de responsabilidad, ni por la vía de créditos otorgados por ellos mismos”³⁴.

Tal tratamento atribuído à *subcapitalização* material acaba por colocar o correto financiamento da empresa como princípio não escrito do Direito Mercantil, no intuito de proteção dos credores e dos demais interessados na vitalidade econômica da empresa.

A subcapitalização como fundamento para a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica

Após a análise da figura da subcapitalização, resta a verificação da pertinência de considerá-la como motivo suficiente para autorizar a incidência da teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

Apesar da nítida omissão legislativa da cláusula geral do artigo 50 da Codificação Civil, não há como deixar de se vislumbrar a existência de estreita correlação entre a problemática da subcapitalização – em qualquer das suas variantes – e o tema da desconsideração da personalidade jurídica³⁵.

³⁴ Op. cit., p. 421.

³⁵ Nessa linha, Gustavo Saad Diniz lembra que, no ordenamento jurídico nacional, a previsão exposta no artigo 28 da legislação consumerista, ao se valer da referência à insolvência, é a norma positiva que mais se aproxima da menção à subcapitalização como situação autorizadora da ampliação de responsabilidade no âmbito da pessoa jurídica, porém, destaca que os termos *insolvência* e *capitalização* não se confundem, pois a primeira pressupõe que, no patrimônio da entidade empresária, o passivo seja maior que o ativo, gerando presunção de incapacidade de solver os débitos, enquanto a subcapitalização, pelo menos na sua forma material, caracteriza-se pelo financiamento da atividade com capital de terceiro, em evidente desproporção com o capital próprio, transferindo para o mercado os riscos da sociedade. Subcapitalização societária: financiamento e responsabilidade, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012, ps. 141 e 148. O autor explica mais pontualmente: “Há conexão causal entre ambas, mas não sinonímia. Além desses requisitos, o caput do art. 28 ainda exige a conduta de má administração, qualificando a insolvência geradora de desconsideração da pessoa jurídica para proteção do consumidor. Portanto, não pode ser esse um fundamento suficiente para a subcapitalização”, ponderando: “Entretanto, o caminho da aplicação do texto positivado pode levar à cláusula geral do § 5º do mesmo artigo: para tanto, deve-se demonstrar que a personalidade jurídica da sociedade subcapitalizada seja obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores” (p. 148).

Partindo-se da premissa de que, em um sistema de economia de mercado, existe postulado fundamental no sentido de que aquele que opera no âmbito da vida econômica deve também suportar os riscos conexos à empresa, impõe-se que haja efetiva congruência entre o capital e o escopo e dimensão da atividade – *Geschäftszweck und Geschäftsumfang*. A sanção à sua inobservância poderá acarretar responsabilidade ilimitada dos sócios ou instituidores³⁶, trazendo à tona oportunidade para reflexões sobre a aplicação do instrumento da desconconsideração da personalidade jurídica, positivada em especial no artigo 50 da Codificação Civil, no sentido de que “em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica”³⁷. Essa solução já vinha apontada no clássico estudo de Fábio Konder Comparato sobre o poder de controle nas sociedades anônimas, nos quais leciona o autor: “É importante notar que o dever de capitalização da empresa constitui um princípio geral de direito mercantil”³⁸. Nessa obra o jurista indica precedentes dos sistemas jurídicos norte-americano e germânico, simpáticos à responsabilização

pessoal dos controladores nos casos de *subcapitalização* nas sociedades anônimas³⁹.

Calixto Salomão Filho, por sua vez, identifica duas possibilidades para a *subcapitalização*, entendendo que esta poderá assumir a forma qualificada ou simples⁴⁰. Na primeira hipótese, designada pelos juristas norte-americanos de *gross undercapitalization*, a desproporção – inadequação – do capital da entidade é evidente, ocorrendo manifesta insuficiência econômica de sustento dos fins empresariais a ponto de o *risco da atividade* ser efetivamente trasladado somente aos credores, ensejando a aplicação da teoria da desconconsideração da personalidade jurídica e, portanto, levando à responsabilidade pessoal dos sócios⁴¹. Na *subcapitalização* simples, a falta de conexão entre o capital e os riscos da atividade não se fazem tão evidentes, a sugerir que a questão está a requerer elevado grau de amadurecimento doutrinário e jurisprudencial para seu tratamento, o que leva Calixto Salomão Filho a afirmar que é necessário demonstrar o elemento subjetivo, ou seja, a culpa ou dolo dos sócios em não prover o capital suficiente à atividade social, para que se possa atribuir a estes a extensão da responsabilidade societária⁴².

Analisando a temática no direito espanhol, Rosa Otxoa-Errarte Goikoetxea aponta que a *subcapitalização*, de regra,

39 Op. cit., p. 450-451. O autor informa: “Nos Estados Unidos, os tribunais fixaram o princípio de que, quando o capital de uma companhia é manifestamente insuficiente para o exercício de sua atividade empresarial, o controlador (active shareholder) não pode opor o princípio da separação patrimonial, para evitar a execução dos créditos sociais sobre os seus bens, no caso de insolvabilidade da companhia. A manutenção da exploração empresarial, nessas condições, representa um risco criado, deliberadamente, perante terceiros”, acrescentando: “Igualmente, na Alemanha Federal, a insuficiente capitalização de uma sociedade mercantil tem fundamentado a desconconsideração da personalidade jurídica, apreendendo-se, através desta, os bens particulares dos sócios ou acionistas (Durchgiff)”. E arremata: “A doutrina germânica justifica esse resultado com base na teoria da ‘finalidade normativa’, ou seja, considerando-se a deficiente capitalização da companhia como desvio da função ou finalidade do instituto, na economia societária” (p. 451-452).

40 O novo Direito Societário, São Paulo: Malheiros, 1998, p. 90.

41 Nesse mesmo sentido se posiciona Joaquim Antonio de Vizeu Penalva Santos, no estudo “Sociedade anônima, subcapitalização, desconconsideração da personalidade jurídica da sociedade anônima”, publicado na Revista EMERJ, n. 14, 2001, p. 74-77.

42 Op. cit., p. 91. O autor pondera: “Sancionar a subcapitalização nessas hipóteses parece um rigor excessivo. Com efeito, se o legislador não impõe a obrigação de capital mínimo, é difícil exigir do sócio que faça a previsão correta no momento da constituição da sociedade”, concluindo: “O mais correto parece ser considerar a fixação do montante do capital como componente da ‘business judgement rule’ do sócio e admitir a desconconsideração somente nos casos em que a subcapitalização for extremamente evidente (qualificada)”.

36 Analisando a temática na jurisprudência tedesca, António Menezes Cordeiro leciona: “Com recurso à jurisprudência, encontramos, desde logo, situações nas quais a subcapitalização visou diretamente prejudicar credores. Assim: - RG 16-Nov.-1937: é contrário à boa-fé e aos bons costumes criar uma sociedade por quotas só com o objetivo de limitar a responsabilidade, concluir negócios com ele e agir à custa dos efectivos credores; - OLG Karlsruhe 13-Mai.-1977: a utilização propositada, perante um banco, duma sociedade subcapitalizada, gera responsabilidade por contrariedade aos bons costumes (§ 826 do BGB); - BGH 30-Nov.-1978: a manutenção duma sociedade subcapitalizada gera responsabilidade quando se actue directamente contra os bons costumes” – op. cit., p. 119.

37 Sobre o tema da teoria da desconconsideração e de sua positivação na legislação civil, remetemos o leitor ao nosso estudo “A teoria da desconconsideração da pessoa jurídica no novo Código Civil”, publicado na Revista de Direito Privado, vol. 10, abr/2002, p. 69-85. Não é diversa a forma como a questão da subcapitalização material é encaminhada no Direito Espanhol, pois, conforme informa Carmen Boldó Roda, “La infracapitalización material puede justificar la exigencia de la responsabilidad civil (y en su caso incluso penal) de los administradores y el levantamiento del velo de la persona jurídica de la sociedad, haciendo responder personalmente a los socios”. Op. cit., p. 422.

38 O poder de controle na sociedade anônima, atualizado por Calixto Salomão Filho, 5ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 450.

não é tomada como único motivo ensejador capaz de por si determinar a responsabilização dos sócios: *“La infracapitalización es sólo uno de los varios factores en los que se fundamenta la desestimación de la personalidad de la sociedad. Junto con la misma aparecen el fraude, la confusión de patrimonios, el incumplimiento de formalidades exigidas por el derecho societario, etcétera”*⁴³.

Dessa forma, se tomarmos como verdade que as funções atribuídas ao capital empresarial, no sentido de financiar a atividade e lastrear as pretensões econômicas dos credores, atuam como elementos de racionalização e legitimação da limitação de responsabilidade da entidade empresária, a lógica nos leva, naturalmente, à conclusão de que a disfunção do capital, decorrente da subcapitalização, por consequência, serve como motivo suficiente para a determinação da responsabilidade dos membros ou administradores da pessoa jurídica, relativizando-se, dessa forma, o clássico princípio da separação patrimonial entre a entidade e seus membros.

Visualizando-se a questão com maior apego ao direito positivo, verificamos que este permite a responsabilização pessoal dos sócios e administradores do ente personificado nos casos em que se verificar ocorrência de abuso da pessoa jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, conforme consagrado expressamente na dicção do artigo 50 da codificação civil⁴⁴.

43 *La responsabilidad de los socios por la infracapitalización de su sociedad*, 2ª ed., Navarra: Editorial Aranzadi, 2011, p. 242. A doutrinadora acrescenta: *“Sí encontramos referencias jurisprudenciales que recogen la infracapitalización como uno de los supuestos en que es aplicable la doctrina del levantamiento del velo, pero con un tratamiento insuficiente de la cuestión. Así la sentencia de la Audiencia Provincial de las Palmas de 16 de julio de 2009, ante la pretensión del demandante de reconocimiento del abuso por la demandada de la personalidad jurídica societaria ‘por infracapitalización de la sociedad, la confusión de patrimonios y los actos de fraude en perjuicio de los acreedores’, señala que ‘la infracapitalización es solamente un indicio de por sí insuficiente de dicho abuso’. La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 18 de octubre de 2007 también menciona la infracapitalización como supuesto de posible de aplicación de la doctrina sobre el levantamiento del velo. Y aun reconocimiento que el caso representa ‘una clara situación de infracapitalización’ añade que ‘lo fundamental es que no se ha probado que tal escasa capitalización tuviera por objeto defraudar a los acreedores’, elemento que la jurisprudencia exige para aplicación de esta doctrina”* (p. 243).

44 Nessa linha é a lição exposta por Gustavo Saad Diniz, ao afirmar: *“As causas indicadas pelo CC para o abuso da personalidade são o desvio de finalidade e a confusão patrimonial. Evidentemente que pelos seus requisitos, a subcapitalização material não é confusão patrimonial. Resta, raciocinar se o desvio de finalidade pode ser compreendido com o desvio de função da limitação da responsabilidade dos sócios, atrelando-o ao abuso em sentido objetivo”*. Op. cit., p. 150.

Estamos, aqui, frente a um conceito jurídico indeterminado que permitirá a construção de vinculação do ente personificado à finalidade pressuposta pelo ordenamento jurídico. Trata-se da visão funcional da pessoa jurídica, que exige a sua permanente ligação à função social. A criação de uma pessoa jurídica destinada à realização de inserções econômicas no mercado pressupõe seu comprometimento com a lógica negocial, no sentido de que a responsabilidade deve recair sobre aqueles que se beneficiam da atividade. O risco empresarial é do empresário, e por ele dever ser absorvido.

O desempenho de atividade no mercado, portanto, pressupõe que o agente esteja guarnecido de alicerce patrimonial que permita a sua atuação sem a criação de risco exagerado ou anormal para aqueles que com ele mantêm suas trocas negociais.

Atuar no mercado sem o devido lastro patrimonial que dê suporte às transações negociais representa clara e manifesta inversão da lógica das trocas econômicas, de forma que o risco que deveria ser suportado pelo ente empresarial acaba por ser repassado aos seus parceiros negociais. Cria-se, nessa linha, uma *disfunção* social, ou seja, uma *desfuncionalização* da pessoa jurídica.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul teve oportunidade de enfrentar a problemática da subcapitalização empresarial no julgamento do recurso de apelação nº 70010566529, em que consignou que *“o baixíssimo capital social, contrastando com a elevadíssima dívida, em tese caracteriza hipótese de desconconsideração da pessoa jurídica, que é outra forma de responsabilização dos sócios, seja pela subcapitalização, seja pelo uso abusivo da forma societária”*⁴⁵. O desembargador relator,

45 O acórdão foi assim ementado: *“Apelação Cível. Dívida de ICMS. Responsabilidade de administrador de sociedade e sócio. Distinção. 1. Responsabilidade na condição de sócio. Dissolução irregular. A dissolução irregular caracteriza responsabilidade de sócio, e não de administrador de sociedade. Tal abrange o total das obrigações sociais, uma vez que a dissolução, seja regular ou irregular, não é artifício para passar o calote em credor ou para quitar dívida sem pagamento. Ademais, nas circunstâncias do caso concreto, o baixíssimo capital social, contrastando com a elevadíssima dívida, em tese caracteriza hipótese de desconconsideração da pessoa jurídica, que é outra forma de responsabilização dos sócios, seja pela subcapitalização seja pelo uso abusivo da forma societária. 2. Responsabilidade na condição de administrador. Ato violador da lei. Havendo contemporaneidade com o lançamento e ainda se o imposto decorre de sonegação, inegável se ostenta a responsabilidade do administrador por ato violador da lei. 3. Apelação desacolhida, por maioria”* (Rel. Des. Irineu Mariani, 1ª Câ. Cível, j. em 07.12.2005).

no voto condutor do acórdão, fundamentou sua decisão sob o argumento de que “o limite é sempre o capital social, e varia conforme o tipo societário, podendo ser apenas pela sua parte ou pelo total, sendo este o caso da sociedade limitada, ou seja, cada sócio tem uma responsabilidade individual pela sua parte e outra coletiva pelo total do capital social. Corresponde a um seguro ou a uma fiança no limite do respectivo valor, que os sócios assinam perante os credores da sociedade. Tal garantia vigora durante toda a existência da sociedade, de modo que, havendo descapitalização, a obrigação ressurgirá automaticamente até o limite da perda”, concluindo: “Não é correto, pois, dizer que uma vez integralizado o capital social, cessam para sempre a responsabilidade dos sócios, pois, no caso de descapitalização, fenômeno bastante comum, pois na prática abre chance ao o calote (dívida que se não paga, podendo até ser contraída já com a intenção de não ser paga). Isso é grave, máxime operando-se pelo Poder Judiciário”⁴⁶.

Nesse sentido, a subcapitalização pode ser considerada como hipótese de desvio de finalidade da pessoa jurídica, autorizando, portanto, a aplicação da *disregard doctrine*.

Considerações finais

A problemática da subcapitalização no âmbito do Direito Empresarial ainda não ocupou o espaço devido no ambiente da doutrina nacional. Os diálogos jurídicos internos sobre o tema mostram-se bastante insipientes e terão que percorrer longo caminho até alcançar seu desejado amadurecimento.

46 Comentando o julgado, Gustavo Saad Diniz pondera: “Sob o ponto de vista acadêmico e da referibilidade da jurisprudência para a formação do pensamento jurídico, observa-se claramente que a subcapitalização material foi tratada no caso com três confusões dignas de apontamento: (a) responsabilidade civil pela insuficiência do capital social; (b) o capital social nominal insuficiente ou irrisório, mesmo sendo mera cifra contábil, serviu de fundamento para avaliação da conduta do administrador da sociedade; (c) os arts. 134, VII e 135, III, ambos do CTN, tratam especificamente de duas formas de responsabilização em matéria tributária que, essencialmente, estão atreladas à avaliação da conduta fraudulenta”. Op. cit., p. 145.

O capital empresarial é figura de especial importância para a dinâmica das entidades que atuam profissionalmente na área dos negócios, cabendo ao Direito atribuir-lhe adequado tratamento jurídico, no intuito de que suas funções sejam efetivamente cumpridas.

Nesse contexto, não há como deixar de reconhecer a necessidade de existência de mecanismos aptos a propiciar a efetivação da adequação do capital empresarial à atividade proposta pela pessoa jurídica empresária. Consciente dessa realidade, a atividade doutrinária e pretoria, de forma tímida, mas paulatina, vem inserindo nesse cenário a utilização da teoria da desconconsideração da personalidade jurídica como meio de tutela dos credores em face da ocorrência da subcapitalização. Partindo-se dos alicerces que permitiram a construção da *disregard doctrine*, o debate mostra-se válido e parece capaz de produzir bons frutos, munindo os parceiros negociais da entidade empresária de mais um instrumento de defesa de seus interesses legítimos.

Referências

ABREU, J. M. Coutinho de. Estudo de Direito das Sociedades, Coimbra: Almedina, 2007.

_____. Curso de Direito Comercial, vol. II, 4ª ed., Coimbra: Almedina, 2011.

BOSCO, Lucas Ramirez. *Responsabilidad por infracapitalización societaria*, Buenos Aires: Hammurabi, 2004.

CAPUTO, Leandro Javier. *Inoponibilidad de la personalidad jurídica societaria*, Buenos Aires: Editorial Astrea, 2006.

CARDOSO, Paulo Leonardo Vilela. O empresário individual de responsabilidade limitada, São Paulo: Saraiva, 2012.

CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. Tratado de Direito Comercial Brasileiro, 7ª ed., Vol. III, Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1963.

COMPARATO, Fábio Konder. O poder de controle na sociedade anônima, atualizado por Calixto Salomão Filho, 5ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2008.

CORDEIRO, António Menezes; O levantamento da personalidade coletiva no Direito Civil e Comercial, Coimbra: Almedina, 2000.

CORDEIRO, Pedro; A desconsideração da personalidade jurídica das sociedades comerciais, Lisboa: AFDL, 1989.

CORREIA, A. Ferrer. Lições de Direito Comercial, Lisboa, Lex, 1994.

DINIZ, Gustavo Saad. Subcapitalização societária: financiamento e responsabilidade, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

DOMINGUES, Paulo de Tarso. Do capital social: noção princípios e funções, Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 29.

DUARTE, Rui Pinto. A subcapitalização das sociedades no Direito Comercial, Fisco, nº 76/77, ano VIII, mar/abril de 1996, p. 55-64.

FERREIRA, Waldemar. Tratado de Direito Comercial, v. 3, São Paulo: Saraiva, 1961.

GARCIA, Ricardo Olivera. *La crisis del concepto de capital social*, R.D.C.O., ano 32, n. 187, jul-set/1999.

GOIKOETXEA, Rosa Otxoa-Errarte. *La responsabilidad de los socios por la infracapitalización de su sociedad*, 2ª ed., Navarra: Editorial Aranzadi, 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, vol 40, n. 2, 2014, p. 452-487.

LOBO, Jorge. Fraude à realidade e integralidade do capital social das sociedades anônima, Seleções Jurídicas: ADV Advocacia Dinâmica, abril de 1997.

OLIVERA, Nuri Rodriguez. *Capital y patrimonio*, Montevidéo: Fundación de Cultura Universitaria, 1998.

PENALVA SANTOS, Joaquim Antonio de Vizeu. Sociedade anônima, subcapitalização, desconsideração da personalidade jurídica da sociedade anônima, Revista EMERJ, n. 14, 2001.

PORTALE, Giuseppe. *Capitale sociale e società per azione sottocapitalizzata*, Rivista della Società, ano 35, 1991.

RIBEIRO, Maria de Fátima. A tutela dos credores da sociedade por quotas e a desconsideração da personalidade jurídica, Coimbra: Almedina, 2009.

RODA, Carmen Boldó. *Levantamiento del velo y persona jurídica en el Derecho Privado Español*, 2ª ed., Navarra: Aranzadi Editorial, 1997.

SALOMÃO FILHO, Calixto. O novo Direito Societário, São Paulo: Malheiros, 1998.

THOMPSON, Robert B. Piercing the corporate veil: an empirical study, Cornell Law Review, vol. 76, jul/1991, p. 1036-1073.

VERLY, Hérman. *Apuntes para una revisión del concepto de capital social (con especial referencia a la sociedad anónima)*. La Ley, 1997-A, p. 756.

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

_____ Considerações Sobre a Necessidade de Resgatar o Conceito de Capital Social: Análise da Crise (ou redefinição) da Noção de Capital Social. Revista Síntese Direito Empresarial, v. 42, p. 130-167, 2015.

ZORZI, Nadia. *L'abuso della personalità giuridica*, Padova: CEDAM, 2002.

LEGITIMIDADE DAS DECISÕES DOS TRIBUNAIS INTERNACIONAIS, ACEITABILIDADE RACIONAL E DIREITOS HUMANOS COMO CRITÉRIO DE RACIONALIDADE

GABRIEL SILVA DE SOUZA*

* Especializando em processo civil (UFRGS). Pesquisador do grupo de pesquisa Colisão de Direitos Fundamentais e argumentação (FMP).

Resumo

Em âmbito internacional, a necessidade de respeito aos direitos humanos é pauta permanente. O ponto de partida foi a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, abrindo espaço para que se desenvolvessem sistemas regionais de proteção a direitos humanos, com a instituição de tribunais internacionais, cuja função precípua é interpretar aquelas normas. Muitas vezes, o resultado dessa interpretação – portanto, da aplicação dos direitos humanos – implica ingerência sobre atos estatais, o que, por sua vez, levanta questionamentos quanto à legitimidade dessas decisões judiciais. Nesse ponto, a alta abstração dos enunciados normativos que reconhecem direitos humanos faz com que não existam critérios específicos quanto aos limites da atuação dos Tribunais Internacionais, bem como quanto ao conteúdo específico dessas previsões. Dessa forma, existe ampla área para aquilo que se chama de discursivamente possível, havendo, então, a necessidade de se estabelecerem critérios mínimos de correção dessas decisões, visto que não se pode negligenciar a necessidade, cada vez mais clara, de se resolverem disputas que envolvem a alegação de violação a direitos humanos. Portanto, busca-se responder em que medida os direitos humanos constituem razões suficientemente aptas a autorizar o desenvolvimento do Direito pelo intérprete. Isso denota uma análise da possibilidade de justificação racional das decisões jurídicas. A resposta aqui apresentada considera que os direitos humanos constituem condições de racionalidade, fazendo parte do conceito de aceitabilidade racional possível na sociedade atual.

Palavras-chave: Aceitabilidade racional. Desenvolvimento do Direito pelo intérprete. Direitos Humanos. Interpretação/aplicação do Direito. Justificação racional das decisões jurídicas.

Abstract

The respect for human rights is more and more an issue of ultimate necessity. The starting point was given through the creation of the 1948 Universal Declaration of Human Rights, making room for the development of regional systems of human rights protection, through the implementation of International Tribunals. The main duty of these organs is to interpret and apply norms of human rights acknowledged in International Treaties. However, this is no simple task, once a decision ruled by the Tribunal might interfere in acts of State. Therefore, this issue raises many questions about the legitimacy of these decisions. Given the high level of vagueness, a common characteristic of norms of human rights, there are no specific criteria for determining what exactly their content is and what precisely their implications are. Nevertheless, it is necessary to develop minimum criteria, in order to assess the rationality of a decision ruled by an International Tribunal. The main purpose of the present study is to analyse at what extant human rights constitute reason enough to justify the development of the Law through interpretation by International Tribunals of Human Rights. This implies an analysis of the possibility of rational justification of legal interpretation. The conclusion is that human rights are conditions for rationality, once they are part of the concept of rational acceptability possible in modern society.

Keywords: Human Rights. Legal interpretation. Legal justification. Rational acceptability.

Introdução

Atualmente, todo fenômeno jurídico é influenciado pelo movimento dos direitos humanos. O momento decisivo para tanto ocorreu com o final da Segunda Guerra Mundial, a partir da instituição das Nações Unidas. Nesse contexto, hoje todas as nações que se afirmam democráticas reconhecem direitos humanos, seja ao firmar tratados internacionais, seja ao estabelecer direitos fundamentais em suas Constituições. Portanto, direitos humanos e democracia são indissociáveis.

Concomitantemente à formulação de direitos humanos nos tratados internacionais, verifica-se a instituição de tribunais internacionais, cuja função precípua é interpretar aquelas disposições que estatuem direitos humanos, buscando resguardar a correta e efetiva aplicabilidade deles. Trata-se dos sistemas internacionais de proteção de direitos humanos. Como exemplos, a Corte Internacional de Justiça e o Tribunal Penal Internacional, caracterizadores do chamado sistema global de proteção, e os sistemas regionais de proteção: o europeu (Corte Europeia de Direitos Humanos), o americano (Corte Interamericana de Direitos Humanos) e o africano (Corte Africana dos Direitos Humanos e dos Povos).

Esses tribunais vêm ocupando papel central na problemática dos direitos humanos, visto que as decisões tomadas por eles estão delimitando as consequências práticas das previsões abstratas de tais direitos. Contudo, a passagem do que está previsto no tratado ao caso concreto não é algo automático, tampouco existe consenso unívoco de como isso ocorre. Além disso, pela simples leitura do texto que afirma um direito humano também não é possível saber exatamente que situações concretas, de fato, estão abarcadas nessa proteção.

Igualmente, essas decisões afetam diretamente a atuação dos Estados, pois seus atos é que são julgados por esses

tribunais¹. É esse, sem dúvida, um ponto muito sensível, pois dois elementos essenciais da sociedade internacional entram em tensão: de um lado, a necessidade de respeito à soberania dos atos de Estado, e, de outro, a necessária proteção efetiva aos direitos inerentes à pessoa. Efetivamente, a resposta a essa aparente tensão deve ser equilibrada, ou seja, precisa ocorrer a partir de um processo racional. De modo que a questão colocada é saber em que medida tais ingerências determinadas por esses tribunais estão autorizadas; isto é, em que medida os direitos humanos constituem razões suficientemente aptas a autorizar o desenvolvimento do Direito pelo intérprete.

Esse problema implica o questionamento da possibilidade de justificação racional da decisão jurídica pelo intérprete, levando a uma análise entre os direitos humanos e a justificação racional. O argumento aqui defendido é no sentido de que os direitos humanos integram o conceito daquilo que pode se chamar aceitabilidade racional, funcionando, então, como razões suficientes a permitir o desenvolvimento do Direito pelo intérprete, autorizando a ingerência de um tribunal internacional sobre atos de Estado.

O estudo aqui proposto toma como pressupostos teóricos (a) a distinção entre texto (proposição normativa) e norma, sendo esta última o resultado da construção pelo intérprete, bem como (b) a possibilidade de justificação racional da decisão jurídica por meio do intérprete². Esses dois pressupostos estão fundamentados nas chamadas teorias da argumentação jurídica, cujos estudos vêm se intensificando desde os anos 1970³, e na ideia de racionalidade comunicativa, especialmente trabalhada por Jürgen Habermas. A ideia de que é possível justificar racionalmente as decisões judiciais, como se percebe, é demasiado ampla, de forma que a essência do presente estudo se assenta

1 Por exemplo, no caso *Dudgeon vs. The UK* (Application nº 7.525/76), a Corte Europeia de Direitos Humanos decidiu que a legislação então em vigor na Irlanda do Norte ofendia o direito à proibição de violação da vida privada, previsto na Convenção Europeia de Direitos Humanos, ao criminalizar o cometimento de relações sexuais entre dois homens.

2 Cf. GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. *Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011

3 Cf. ATIENZA, Manuel. *Curso de argumentación jurídica*. Madrid: Trotta, 2013.

na apresentação dos conceitos de certeza jurídica e de aceitabilidade racional propostos por Aarnio e na compreensão dos direitos humanos como critérios de racionalidade, pautados na razoabilidade prática. É nisso em que se busca suporte para o argumento defendido.

Dessa forma, o presente estudo estrutura-se da seguinte maneira: primeiro, passa-se à delimitação conceitual da ideia de direitos humanos e da identificação do sistema internacional de proteção de direitos humanos (ponto 1). Em seguida, apresenta-se a ideia de aceitabilidade racional e seus pressupostos formulados por Aarnio (ponto 2). Por fim, passa-se a uma integração entre a ideia de aceitabilidade racional de Aarnio e a ideia de direitos humanos, concebendo os direitos humanos como eles mesmos constituindo critério de racionalidade (ponto 3), a fim de sustentar a conclusão de que os direitos humanos, por integrarem o conceito de aceitabilidade racional atual, funcionam como razões aptas a autorizar o desenvolvimento do Direito pelo intérprete. O que, por sua vez, significa que os Estados devem respeitá-los.

Direitos humanos e sistemas internacionais de proteção

Inicialmente, é necessário entender (I) o que significa a expressão direitos humanos e (II) qual é a vinculação das normas de direitos humanos. Uma das maneiras de compreender a primeira questão é entender que o reconhecimento expresso dos direitos humanos resulta de um processo de construção histórica e que há inerente relação entre esses direitos e a ideia de jusnaturalismo. No que diz respeito à segunda questão, aborda-se o tema das chamadas normas jus cogens. Em sequência, é importante compreender a lógica dos sistemas internacionais de proteção de direitos humanos.

Direitos humanos: conceito e vinculação

Segundo Luño, os direitos humanos constituem um conjunto de faculdades e instituições que, a cada momento histórico, concretizam as exigências de dignidade, de liberdade e de igualdade humanas, devendo ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos, tanto no âmbito internacional quanto no âmbito nacional⁴. Em sentido similar também é o entendimento de Bobbio, para quem os direitos do homem são direitos históricos, isto é, que se originam gradualmente ao longo da história, correspondendo a lutas sociais (originárias a partir de determinados carecimentos)⁵.

Dentro do raciocínio de Luño, é fundamental a associação entre direitos humanos e jusnaturalismo, havendo entre esses dois conceitos uma relação necessária. Nesse sentido, afirma que os estudos jusnaturalistas constituem a base de documentos que marcaram a emancipação de Estados ou a transição de regimes estatais, como é o caso da Declaração de Independência dos Estados Unidos de 1776 e da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789⁶⁷. Nesses documentos, utiliza-se a expressão direitos do homem, adotando-se preceitos de raiz jusnaturalista, como o estabelecido no primeiro documento citado, no sentido de que todos os homens são criados iguais, lhes sendo conferidos pelo Criador direitos inalienáveis, como o direito à vida, à liberdade e à busca da felicidade⁸.

Esse entendimento se mostra adequado e correto ao atual contexto das discussões sobre direitos humanos, pelas seguintes razões. (I) É perceptível a influência de preceitos jusnaturalistas pelos principais documentos que reconhecem direitos humanos, como é o caso da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948; veja-se, por exemplo, o que estabelece o artigo 1º: “Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São

4 LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. 6 ed. Madrid: Tecnos, 1999.

5 BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

6 No mesmo sentido, cf. AARNIO, Aulis. *Essays on the Doctrinal Study of Law*. Dordrecht: Springer, [2011]. (Law and Philosophy Library; 96). E-book.

7 LUÑO, Antonio Enrique Pérez. 1999.

8 LUÑO, Antonio Enrique Pérez. 1999.

dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”⁹. (II) O pressuposto de que as pessoas nascem com direitos inerentes à condição humana denota importante efeito no que diz respeito à proteção contra o arbítrio dos Estados: estabelece-se que cada indivíduo carrega consigo direitos inalienáveis, de modo que Estado nenhum pode a eles se sobrepor. Parece ser exatamente essa a razão de criação e de manutenção de uma Declaração Universal de Direitos Humanos.

Portanto, é possível compreender que os direitos humanos correspondem a exigências históricas, em constante desenvolvimento, havendo uma natureza progressiva na base da teoria dos direitos humanos, de forma que a concretização de um direito humano é um processo complexo, que se inicia com a declaração em âmbito internacional e se encerra com a aplicação pelos Estados. Esse caminho envolve muitos fatores e passos, sendo um deles a situação em que se questiona um ato de um Estado perante um tribunal internacional de justiça, com base em um tratado.

No que diz respeito à vinculação das normas de direitos humanos, as discussões mais atuais centram-se na questão das chamadas normas *jus cogens*. Trata-se de um instituto aceito do direito internacional, porém muito polêmico quanto à definição de seu conteúdo. Em síntese, são normas *jus cogens* todas aquelas normas que são consideradas tão essenciais que não podem ser derogadas por nenhuma outra norma jurídica¹⁰, não importando se esta última está prevista em tratados, no ordenamento interno do país ou como expressão de um costume internacional. Por essa razão é que as normas *jus cogens* também costumam ser chamadas de normas peremptórias (*peremptory norms*)^{11 12}.

Não há aqui espaço para aprofundar a temática, sendo suficiente para a proposta do presente estudo compreender que existe a ideia de que determinadas normas de direitos humanos são tão essenciais que devem ser observadas independentemente da vontade de determinado Estado.

Sistemas Internacionais de Proteção de Direitos Humanos

A previsão normativa de direitos humanos, como a posituação de qualquer outro direito, implica consequências práticas no que diz respeito à exigibilidade concreta da proteção conferida em abstrato. Inevitável é, portanto, que se recorra a tribunais. Seguindo essa lógica, os principais tratados de direitos humanos, além de disporem sobre as normas de direitos humanos, trazem mecanismos de proteção, por meio da criação de tribunais específicos para julgar as causas relativas à violação dos direitos humanos previstos, constituindo, assim, um sistema internacional de proteção. No plano mais amplo desse sistema, encontram-se a Corte Internacional de Justiça, criada pela Carta de São Francisco de 1945 (artigos 92-6), e o Tribunal Penal Internacional, criado na Conferência de Roma de 1998. Esses formam o denominado sistema global de proteção¹³. Além dele, existem os sistemas regionais, em especial o americano, o europeu e o africano. Piovesan argumenta que o sistema global e o sistema regional de proteção são complementares (não dicotômicos), inspirados pelos valores e princípios da DUDH de 1948, atuando em benefício dos indivíduos, uma vez que adotam o valor da primazia da pessoa humana¹⁴. No que diz respeito ao sistema americano, há a Corte Interamericana de Direitos Humanos, prevista na Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) e sediada em San José, a

9 UNITED NATIONS. *Universal Declaration of Human Rights*. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Introduction.aspx>>. Acesso em 27 jun 2015.

10 KOVAR, Jeffrey D. *International litigation: international law & resolution of international disputes*. In: SCHAFFER, Ellen G., SNYDER, Randall J. *Contemporary Practice of Public International Law*. Dobbs Ferry: Oceana Pub., ©1997.

11 KOVAR, Jeffrey D, 1997.

12 O artigo 53 da Convenção de Viena sobre os Tratados estatui que é nulo o tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com normas peremptórias (*jus cogens*) de direito internacional.

Igualmente, o dispositivo define que “para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza”. Portanto, a Convenção de Viena sobre os Tratados condiciona o caráter de norma peremptória ao consenso reconhecido pela comunidade internacional dos Estados. Dois exemplos muito aceitos de norma *jus cogens* são a proibição de escravidão e a proibição de genocídio.

13 PIOVESAN, Flavia. *Direitos humanos e justiça internacional*. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

14 *Ibidem*.

quem compete interpretar e aplicar as disposições constantes na referida Convenção, desde que os Estados-parte reconheçam a jurisdição da Corte, seja por declaração especial, seja por convenção especial (artigo 61, 3)¹⁵. Quanto ao sistema europeu, há a Convenção Europeia de Direitos Humanos e a Corte Europeia de Direitos Humanos, prevista no art. 19 e ss. da referida Convenção. Por fim, o sistema africano conta com a Corte Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, com sede em Addis Abeba e instituída pelo Protocolo à Carta Africana. Compete a essa Corte interpretar e aplicar a Carta, o Protocolo ou qualquer outro instrumento relevante de proteção de direitos humanos ratificado pelos Estados africanos (artigo 3º)¹⁶.

Como assinalado alhures, o estatuir abstrato de normas de direitos humanos e a possibilidade efetiva de discussão perante um tribunal de justiça implica a emergência de um novo problema, isto é, relativamente à interpretação daquelas disposições. Perceba-se que as partes levam aos tribunais demandas concretas, expressadas em atos objetivos e relacionados a sujeitos determinados, questionando se tais situações estão subsumidas nas previsões abstratas. Esse processo não é tranquilo, uma vez que envolve diversos interesses e posições, por vezes antagônicas, sendo exigidas desses tribunais soluções práticas. Dessa forma, procura-se, na sequência, verificar em que elementos esse processo interpretativo pode assentar-se.

A certeza jurídica e a aceitabilidade racional de Aarnio

O pensamento de Aarnio, essencialmente, concentra-se na defesa da validade axiológica das normas jurídicas. Isto é, os valores jogam papel central na formação, na interpretação e na aplicação do Direito, estando a validade axiológica assentada na ideia de aceitabilidade racional¹⁷. Para construir seu raciocí-

nio, ele define um conceito de certeza jurídica, apresenta outros pressupostos, e então define o seu conceito de aceitabilidade racional.

A premissa inicial tomada por Aarnio é a de que, em todas as discussões sobre a correção de determinada interpretação, é necessário tomar alguma posição quanto à teoria dos valores¹⁸. Também afirma que a credibilidade das decisões depende da fundamentação apresentada e que a decisão jurídica não é influenciada apenas pela letra da lei, mas também por outros fatores, de modo que deve haver equilíbrio entre eles. O objetivo é, então, aplicar o Direito de forma a obter aceitação geral¹⁹. Isto é, trata-se, pois, de aceitabilidade. Esta, por sua vez, incorpora aspectos jurídicos e extrajurídicos, de sorte que o enunciado que expressa algo sobre esse conceito não pode ser uma proposição normativa; deve ser um ponto de vista normativo, uma vez que incorpora juízos de valor²⁰.

Tendo isso por base, Aarnio entende que o conceito de certeza jurídica denota dois significados: um mais estrito e outro mais amplo. No primeiro, certeza jurídica reflete a ideia de que todo cidadão tem o direito de esperar proteção judicial; enquanto para o segundo, certeza jurídica compreende dois elementos substanciais: (I) que a decisão proferida pelo juiz não seja arbitrária e (II) que ela seja correta, devendo estar de acordo com o direito válido e em concordância com outras normas sociais não jurídicas²¹. Portanto, Aarnio procede a uma discussão sobre a correção das decisões jurídicas, sob o ponto de vista da sua concordância com o direito válido e com outras normas sociais que jogam papel relevante na análise do Direito.

Isso implica uma análise do conceito de validade das normas jurídicas. Segundo Aarnio, pode-se falar em três tipos de validade: sistêmica, eficácia e aceitabilidade²². Esses três fatores são analisados a seguir.

18 AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable: un tratado sobre la justificación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

19 Ibidem.

20 Ibidem.

21 Ibidem.

22 AARNIO, Aulis. 1991. O autor baseia-se na distinção de Wroblowski, no sentido de que pode se

15 Ibidem.

16 Ibidem.

17 Cf. AARNIO, Aulis. [2011].

- Validez sistêmica

A validade sistêmica diz respeito a critérios formais, de sorte que se pode avaliar a validade sistêmica interna e externa. Uma norma X detém validade sistêmica interna se ela deriva de uma norma ditada de acordo com a Constituição (sentido estrito). Em sentido amplo, essa norma X apresenta validade sistêmica interna se a validade jurídica da Constituição pode ser justificada a partir de uma norma fundamental²³ G (sentido amplo).

A validade sistêmica externa diz respeito à justificação da norma fundamental G. Nesse sentido, ela pode ser formalmente ou materialmente válida. A norma fundamental será formalmente válida se ela puder ser justificada a partir de uma norma G1, pautada em critérios sociais (fatos sociais, morais)²⁴ que legitimem a Constituição – isto é, a mera indicação desses critérios pode servir como justificativa. Já no sentido material, a norma fundamental somente está legitimada se determinadas questões materiais (de conteúdo) estão presentes. A diferenciação entre a validade sistêmica externa formal e material fica evidente com o exemplo do ordenamento jurídico nazista: sob o ponto de vista formal (inclusive no que concerne à validade sistêmica interna), está legitimado; contudo, no que diz respeito ao material, não, uma vez que se funda em razões imorais²⁵. O problema da validade sistêmica material externa relaciona-se com a questão da aceitabilidade (validade axiológica), tratada mais adiante.

- Eficácia (validade fática)

A discussão sobre a eficácia das normas jurídicas exige mais digressões²⁶, o que foge ao objeto do presente estudo. É suficiente adotar o entendimento de Aarnio no sentido de que uma fundamentação oferecida pela Ciência do Direito pode ocorrer independentemente da prática jurídica, a partir de uma

justificação axiológica²⁷. Aqui cabe destacar que o referido autor entende a teoria da argumentação como uma teoria crítica do Direito, em que se busca demonstrar quais normas devem ser aceitas pela comunidade jurídica²⁸.

- Aceitabilidade (validade axiológica)

A questão da validade axiológica detém papel essencial. Segundo Aarnio, ela é a mais significativa no que diz respeito à justificação e ocorre por meio da utilização de argumentos extrajurídicos, como a referência a um certo código de valores²⁹. Dessa forma, uma norma X pode ser formalmente válida (sistemicamente e eficaz), mas não ser aceita axiologicamente. Ou seja, ela deve corresponder a determinado código valorativo, para que possa ser completamente aceita. Mais adiante, verificar-se-á como isso ocorre.

Então, verifica-se do exposto que são possíveis perspectivas distintas quando se analisa a validade das normas jurídicas. Por exemplo, de maneira geral, os positivistas apenas adotam os critérios de validade formal (validade sistêmica interna e externa formal e eficácia), afastando a análise da validade axiológica³⁰. Os critérios extrajurídicos, que acabam influenciando o Direito, são desprezados. O que Aarnio busca destacar é que a validade axiológica joga papel decisivo na problemática da justificação das normas jurídicas, portanto, da sua correção.

Compreender as diferentes óticas da validade de uma norma jurídica é muito importante, uma vez que a concepção teórica adotada implica consequências práticas. Por exemplo, se se considera supérflua uma análise da validade axiológica, uma norma materialmente injusta pode acabar sendo considerada válida em uma decisão judicial. Uma concepção tal acaba, inclusive, impedindo que se desenvolva um debate efetivo sobre a correção material da norma em questão.

falar em uma validade sistêmica, em uma validade fática e em uma validade axiológica. Cf. WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Verification and Justification in the Legal Sciences. Rechtstheorie*. Beiheft 1, 1979.

23 A norma fundamental é o que legitima a Constituição.

24 PECZENIK, Alexander. On the Nature and Function of the Grundnorm. *Rechtstheorie*. Beiheft 2 apud AARNIO, Aulis, *Op. cit.*

25 *Ibidem*.

26 Por exemplo, uma análise das teorias do chamado realismo jurídico.

27 AARNIO, Aulis. 1991.

28 *Ibidem*.

29 *Ibidem*.

30 Um adepto disso é, por exemplo, Kelsen. Cf. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 7. ed. São Paulo: Martin Fontes, 2006.

Considerando-se, por conseguinte, a importância da validade axiológica, é necessário aclarar como é possível a sua justificação. O próximo passo no raciocínio de Aarnio é tratar sobre as fontes do direito, a partir da aceitação da utilização de razões materiais no contexto da argumentação jurídica.

Fontes do Direito

Para Aarnio, fonte do Direito equivale à razão de interpretação jurídica, de modo que são fontes do Direito todas as razões que, estando em conformidade com as regras geralmente aceitas pela comunidade jurídica, podem ser utilizadas na justificação normativa³¹. Seguindo a distinção formulada por Peczenik³², Aarnio entende que as distintas fontes do Direito podem ser distinguidas em razão da sua autoridade ou da sua importância material, considerando-se a sua força vinculante³³. Dessa forma, elas classificam-se da seguinte maneira:

- Fontes dotadas de autoridade. Nesse caso, seriam fortemente vinculantes os textos legais e o costume; debilmente vinculantes os chamados travaux préparatoires e os precedentes judiciais; e seriam fontes permitidas a dogmática jurídica, o direito estrangeiro, etc.
- Fontes materiais do Direito. Novamente com forte força vinculante o costume, e fontes permitidas os princípios gerais do direito, os princípios morais e os argumentos práticos.

Especialmente interessantes são as chamadas razões materiais. Conforme Aarnio, a importância de razões desse tipo reside no seu conteúdo, portanto, detêm importância material. Em contrapartida, as demais fontes encontram força na autoridade que gravita em torno delas, de modo que o conteúdo não é importante. Nesse sentido, um texto legal sempre terá força vinculante, ainda que seu conteúdo seja ambíguo, de modo que

uma justificação fundamentada nele é suficiente³⁴. O mesmo não ocorre com uma fonte material, ou seja, para que ela possa ser aceita, deve estar vinculada a algum texto legal ou deve levar o texto em consideração, no caso de ser necessária escolha entre mais de um texto³⁵. Quer dizer, a fonte material não subsiste por si só na justificação normativa³⁶.

Complementando a questão das fontes materiais, segundo Summers³⁷, elas são utilizadas como razões de correção ou como razões teleológicas. Assim, estão compreendidos no primeiro grupo os princípios gerais do Direito, os princípios morais juridicamente contextualizados e o costume vigente no país. Já o segundo grupo engloba os argumentos reais, pois dizem respeito às consequências reais de determinada interpretação.

Compreendido o fato de que razões materiais jogam papel relevante no processo de justificação, o próximo passo é entender como isso ocorre no discurso jurídico e qual seria, afinal, o significado de aceitabilidade racional. A primeira questão explica-se a partir da interpretação do ordenamento jurídico, e a segunda está relacionada com tudo o que foi exposto até então.

34 Ibidem.

35 AARNIO, Aulis. 1991. Isto é, na situação de ter de escolher entre textos legais conflitantes, pode-se alcançar uma solução fundamentada em uma fonte material. Contudo, os textos legais devem ser sempre levados em consideração.

36 Alexy também considera que razões materiais podem ser decisivas na justificação jurídica. Segundo esse autor, as razões materiais seriam demonstradas, essencialmente, por meio da utilização de argumentos teleológicos-objetivos e de argumentos práticos-gerais. Igualmente, Alexy também defende uma primazia prima facie para as razões dotadas de autoridade formal. Cf. ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundação jurídica*. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005.

37 SUMMERS, Robert S. The Types of Substantive Reasons: The Core of a Theory of Common Law Justification. *Cornell Law Review* 63 apud AARNIO, Aulis, Op. cit.

31 AARNIO, Aulis, 1991.

32 PECZENIK, Alexander. The Structure of a Legal System. *Rechtstheorie* 6, 1975 apud AARNIO, Aulis, 1991.

33 AARNIO, Aulis, Op. Cit.

Considerações sobre a interpretação jurídica e o conceito de aceitabilidade racional

Aarnio pontua que, diante de casos difíceis, há sempre um problema de definição do conteúdo do significado do Direito, ou seja, verificam-se diferentes pontos de vista interpretativos quanto a esse conteúdo, que poderiam ser aplicados à situação analisada³⁸. Essa situação delimita um problema de desacordo material, semântico³⁹. Nesse contexto, o objetivo da dogmática jurídica limita-se a lograr aceitabilidade racional, e não aceitação⁴⁰.

Para identificar um conteúdo semântico, é necessário que se proceda a valorações com base em fundamentos extrajurídicos, o que faz com que o critério de interpretação deva ser buscado parcialmente no código axiológico da sociedade⁴¹. Consequentemente, a definição do que seja considerado razoável depende de valores culturais e sociais⁴². Deve ser aqui considerado o fato de que a aceitação de normas jurídicas ocorre sempre sobre determinada base valorativa, existente na comunidade jurídica⁴³.

Especificamente no que diz respeito ao conceito de aceitabilidade racional, Aarnio entende que ele está conectado com o conteúdo material da interpretação, ou seja, o seu resultado, e não com o processo interpretativo em si, de forma que, para a ocorrência de aceitabilidade racional, é necessário que o resultado da interpretação corresponda ao conhecimento e ao sistema de valores da comunidade jurídica. Trata-se, em última análise, de uma aceitabilidade axiológica⁴⁴.

Portanto, a justificação jurídica necessariamente compreende a consideração de argumentos jurídicos, empíricos e morais, sobretudo, nos casos difíceis. Dessa forma, o intérprete deve encontrar equilíbrio entre esses elementos distintos,

considerando, no processo justificatório, os princípios gerais de racionalidade comunicativa e os específicos da interpretação jurídica, como o argumento por analogia⁴⁵. Esse regramento constitui o núcleo metodológico da justificação jurídica⁴⁶.

Diante do exposto, é natural que se indague como exatamente é possível uma identificação tal dos valores, do conteúdo axiológico, presente em dada comunidade. Segundo Aarnio, isso é possível a partir de uma análise cultural⁴⁷. Nesse sentido, primeiramente, o autor entende que a exigência de racionalidade está imbuída na cultura ocidental, e isso compreende, igualmente, uma exigência de coerência, elemento necessário do conceito de racionalidade presente nessa cultura⁴⁸.

Especificamente quanto à justificação das valorações, argumenta o referido autor que a cadeia justificatória somente pode se dar até certo limite, isto é, em determinado momento, chega-se a um ponto em que não mais é possível a justificação racional⁴⁹. Contudo, a demonstração da cadeia justificatória utilizada tem crucial importância, pois assim as partes em debate expõem as suas opiniões, sendo capazes de encontrar a causa última de desacordo⁵⁰.

No entanto, permanecem lacunas quanto à questão dos valores em si. Isto é, como é possível fugir de versões absolutas, radicais, ou de um relativismo tal que cada membro da sociedade comportaria uma opinião particular sobre o significado de cada valor? Nesse ponto, Aarnio defende uma espécie de relativismo axiológico moderado⁵¹.

Sua premissa essencial é o fato de que, na prática social, os sistemas de valores não são criados autonomamente pelos indivíduos ou por um grupo. É necessário que se trabalhe com um único sistema de valores dominante, por questões lógicas⁵². Em

38 AARNIO, Aulis, 1991.

39 Ibidem.

40 Ibidem.

41 AARNIO, Aulis, 1991.

42 Ibidem.

43 Ibidem.

44 Ibidem.

45 Ibidem.

46 Ibidem.

47 Ibidem.

48 Ibidem.

49 Ibidem.

50 AARNIO, Aulis, 1991.

51 Ibidem.

52 Ibidem.

uma sociedade democrática, deve ser possível um controle público dos juízos morais⁵³, destacando-se que esse controle deve corresponder a princípios de racionalidade⁵⁴. O que fundamenta esse raciocínio é a consideração de que, em uma dada sociedade, os diferentes indivíduos convivem sob uma forma de vida comum⁵⁵. É por essa razão que é possível haver intersubjetividade dos valores⁵⁶. Seria isso o que entende Aarnio como sendo o relativismo axiológico moderado, aceitando que isso não implica arbitrariedade, uma vez que a própria forma de vida exige intersubjetividade, de sorte que se verificam traços comuns entre as pessoas, pois elas se comunicam e, conseqüentemente, interagem entre si⁵⁷. Aarnio defende uma espécie de cooperação entre os indivíduos, de modo que não é possível, em uma sociedade democrática, que cada pessoa detenha o seu próprio código de valores ou que somente se baseie na sua intuição para justificar juízos morais. Pelo contrário, a vida social requer a participação em formas de atividades conjuntas, de sorte que seja possível controlar publicamente os juízos de valor de uma pessoa. Esse controle deve observar os critérios de racionalidade o mais precisamente possível⁵⁸.

Conclui, então, o autor que a expectativa de certeza jurídica somente se encontra satisfeita quando uma decisão se enquadra no ordenamento jurídico, o discurso jurídico ocorre de maneira racional e há correspondência com o código de valores dominante. Dessa forma, o conceito de aceitabilidade racional, para além de ser considerado mero ideal, passa a valer como princípio prático, orientando o intérprete na busca da interpretação mais adequada⁵⁹.

Portanto, para Aarnio, a racionalidade do discurso jurídico (e, assim, da interpretação jurídica) corresponde à observân-

cia aos princípios da racionalidade comunicativa, às regras e princípios específicos da interpretação jurídica e a uma fundamentação substancial pautada no código de valores dominante e aceito pela comunidade jurídica, visto que, ao adotar um relativismo axiológico moderado, é possível identificar um mundo de vida comum compartilhado pelos indivíduos – intersubjetividade dos valores.

Os direitos humanos como critério de racionalidade

O argumento defendido no presente estudo é o de que os direitos humanos constituem razões suficientemente aptas a autorizar o desenvolvimento do Direito pelo intérprete. Ele se fundamenta nos critérios de racionalidade de um procedimento justificatório e no critério de que os direitos humanos constituem, eles próprios, condições de racionalidade.

Por se tratar de decisão jurídica, a decisão fundamentada em direitos humanos proferida por um tribunal internacional deve satisfazer os critérios de racionalidade comunicativa e os critérios específicos da interpretação jurídica, refletidos, essencialmente, no fato de que o discurso jurídico é influenciado por questões de autoridade formal (como a legislação, os precedentes, etc.). A peculiaridade desse tipo de decisão reside justamente no fato de se tratar de direitos humanos e de ser proferida por um tribunal internacional. Como visto anteriormente, além dos critérios formais de racionalidade, para que seja possível a aceitabilidade racional, é preciso que haja adequada fundamentação substancial (axiológica), visto que critérios valorativos também influenciam a aplicação do Direito.

Antes de especificar melhor essa ideia, deve-se considerar que um tribunal internacional está vinculado pelo correspondente tratado e que sua principal função é justamente interpretar direitos humanos, quer dizer, verificar se os Estados vinculados pelo tratado estão cumprindo aqueles direitos. Portanto,

53 Isto é, daqueles que detenham implicações públicas.

54 Ibidem.

55 Ibidem.

56 Ibidem.

57 Ibidem. Essa ideia é semelhante ao que defende Habermas, no sentido de que o discurso deve dar-se sob um mundo de vida comum aos participantes. Cf. HABERMAS, Jürgen. *Verdade e justificação*: ensaios filosóficos. São Paulo: Loyola, 2004.

58 AULIS, Aarnio, 1991.

59 AARNIO, Aulis. 1991.

a autoridade a que ele está vinculado é, essencialmente, uma autoridade material, substancial, de forma que sua decisão será legítima se estiver correta substancialmente (validade axiológica). Igualmente, conforme visto, essa correção é possível a partir da adoção de um relativismo axiológico moderado, ou seja, é possível identificar um mundo de vida objetivo comum. É exatamente nesse contexto que se encaixam os direitos humanos.

Os direitos humanos como critério de racionalidade

Os direitos humanos são o reflexo de valores aceitos na sociedade atual, o que faz com que a sua justificação seja, necessariamente, uma justificação moral⁶⁰. Relembre-se o ensino de Luño de que os direitos humanos necessariamente detêm uma fundamentação jusnaturalista – são valores essenciais dos seres humanos.

Nesse sentido, é valioso o entendimento de Finnis quanto a uma teoria do direito natural. Segundo esse autor, o principal objetivo é identificar as condições fundamentais da razoabilidade prática (practical reasonableness) relativamente aos valores essenciais dos seres humanos, de forma que o Direito é derivado de princípios imutáveis (unchanging principles), cuja força se asenta na sua racionalidade (reasonableness)⁶¹. Nesse contexto, o autor identifica oito requisitos básicos: (I) um plano coerente de vida, (II) ausência de preferências arbitrárias por valores, (III) ausência de preferências arbitrárias por pessoas, (IV) desprendimento e compromisso, (V) eficiência dentro dos limites do bom senso, (VI) respeito por cada valor básico em cada ato, (VII) o bem comum, (VIII) seguir os ditames da própria consciência. O produto de todos esses requisitos somados é a moralidade⁶². Para o presente estudo, importam fundamentalmente o sexto e o sétimo requisitos.

60 Alexy entende que os direitos humanos são direitos morais, ou seja, somente cabe validade moral a eles, de modo que a sua existência depende da sua fundamentabilidade. E o que é fundamentável é correto. Cf. ALEXY, Robert. Um conceito não-positivista de direitos fundamentais. In: HECK, Luís Afonso (Org.). *Direitos fundamentais, teoria dos princípios e argumentação*. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre: 2015.

61 FINNIS, John. *Natural law and natural rights*. Oxford: Clarendon Press, c.1980. xv.

62 Ibidem.

O respeito por cada valor básico em cada ato implica que não são racionais atos que simplesmente comportam uma afronta a bens básicos de outros. Ou seja, para que se possa agir racionalmente, deve-se respeitar cada valor básico em cada ação que se tome⁶³. Além disso, Finnis entende que esse requisito é o que fundamenta a estrita inviolabilidade dos direitos humanos⁶⁴. Dessa forma, o assassinato, desde que não em uma situação de legítima defesa, não está justificado, uma vez que a vida é um valor básico.

Quanto ao bem comum, o seu significado é o de que é racional favorecer e promover o bem comum da comunidade⁶⁵. Ainda, segundo Finnis, a manutenção dos direitos humanos constitui componente fundamental do bem comum⁶⁶. Logo, pode-se concluir que respeitar os direitos humanos é agir racionalmente, então, os direitos humanos são requisitos do agir racional e componentes da própria ideia de moralidade. O autor acentua que os valores básicos não são meras abstrações, mas aspectos do bem-estar de indivíduos de carne e osso⁶⁷. Ou seja, destaca a importância do respeito aos valores básicos dos seres humanos.

Portanto, percebe-se que respeitar os direitos humanos significa agir de modo racional. Essa racionalidade é bastante clara se se reflete acerca do próprio sistema internacional de proteção de direitos humanos. Veja-se, o sistema reconhece tanto um documento que assegura direitos humanos quanto um tribunal competente para interpretar e averiguar se há ou não violação a esses direitos. Então, por uma questão de coerência, uma violação de direitos humanos não pode ser aceita, em decorrência da lógica do próprio sistema. Do contrário, por que existiriam tantos documentos reconhecendo a importância dos direitos humanos, senão para ser implementados e respeitados? Fins meramente retóricos não são racionais.

63 Ibidem.

64 FINNIS, John. 1980.

65 Ibidem.

66 Ibidem.

67 Ibidem. No original: "the basic values are not mere abstractions; they are aspects of the real well-being of flesh-and-blood individuals". p. 225.

Evidentemente que as dificuldades quanto a esse raciocínio ocorrem exatamente quando há um problema concreto, de delimitação dos limites e significado do conteúdo de um direito humano. Sabe-se que respeitar direitos humanos é racional. Contudo, como exatamente isso ocorre? É esse o fim último da problematização aqui estudada. Não há como chegar a uma resposta fechada, uma vez que se trata de questão necessariamente aberta⁶⁸. No entanto, é possível identificar fatores que contribuem para a maior racionalidade possível nessa busca.

Primeiramente, os tribunais internacionais têm legitimidade para decidir questões de direitos humanos, visto que isso decorre do próprio sistema internacional de proteção de direitos humanos. Assim, a sua legitimidade é assente não em uma autoridade formal, mas sim na correção material de suas decisões.

Para que possa estar correta uma decisão, ela deve ser racional. Para tanto, deve atender a critérios de racionalidade comunicativa – que assegurem o mais fortemente possível a lisura do procedimento discursivo⁶⁹ –, a critérios específicos do discurso jurídico (uma vez que a interpretação do Direito é limitada, essencialmente, pela lei, pelos precedentes, pela dogmática institucionalmente organizada e pelas regras processuais)⁷⁰ e deve estar substancialmente justificada segundo o código axiológico dominante.

É precisamente no último ponto que reside a abertura do problema objeto deste estudo. Quanto a isso, é possível entender que os direitos humanos fazem parte do código axiológico dominante na sociedade de hoje, visto que a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 é aceita pela maioria das nações do planeta, que reconhecem as Nações Unidas. Portanto, é indiscutível o fato de que os direitos humanos devem ser respeitados, dado o seu caráter moral, isto é, de preservação dos valores básicos dos seres humanos e a importância que detém para a sociedade de hoje. Dessa forma, deve-se buscar

desenvolver critérios racionais específicos que digam respeito à aplicação e à concretização dos direitos humanos.

Um passo importante nesse sentido é compreender que a autoridade formal não é suficiente para justificar uma medida tomada por um Estado. Aqui entra o problema da soberania, isto é, alega-se frequentemente que um tribunal internacional acabaria ingerindo sobre a soberania de um Estado, ao impor que ele aja de determinada maneira. Dessa forma, o argumento que simplesmente diz que a medida X adotada por um Estado Z é legítima, pois esse Estado tem soberania para tanto, é um argumento puramente formal. Quanto a isso, verificou-se que razões materiais são decisivas para uma aplicação racional do Direito, de modo que o Estado tem a responsabilidade de promover o bem-estar dos cidadãos.

Por tudo o que foi exposto, é adequado defender que é possível, por meio da interpretação/aplicação das normas jurídicas fundamentalmente justificadas, o desenvolvimento do Direito. Nesse sentido, os direitos humanos, por integrarem o conceito de aceitabilidade racional atual, funcionam como razões aptas a autorizar o desenvolvimento do Direito pelo intérprete. O que, por sua vez, significa que os Estados devem respeitá-los.

68 Relembre-se aqui o entendimento de que os direitos humanos estão em constante desenvolvimento.

69 Cf. HABERMAS, Jürgen. *Racionalidade e comunicação*. Lisboa: Edições 70, 2002.

70 ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundação jurídica*. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005.

Conclusão

Se as premissas apresentadas estão corretas, é possível concluir que um tribunal internacional é um agente que contribui com a promoção e o desenvolvimento dos direitos humanos, apesar de não ser o único ator desse processo. Deve-se compreender que não é o tribunal em si, sozinho, o grupo de juristas, que dita o conteúdo dos direitos humanos. No processo discursivo acabam sendo refletidas as opiniões relevantes presentes em toda a sociedade, de modo que se torna viável um controle público de juízos morais, a partir de critérios de racionalidade discursiva, em termos do discurso em si e do discurso jurídico especificamente. Portanto, a questão de respeito aos direitos humanos não deve ser vista como essencialmente política. Pode-se afirmar que eles são reconhecidos, ao menos formalmente, pela maioria das nações do planeta (não somente as de cultura ocidental). Assim, observá-los passa a ser uma questão de coerência e, por conseguinte, um critério de racionalidade. Logo, respeitar os direitos humanos é agir racionalmente.

O caminho mais adequado moralmente é o desenvolvimento e a cada vez maior implementação desses direitos. Considerando-se o momento atual da experiência humana, pode-se afirmar que já se vislumbra algum avanço, uma vez que, ao menos formalmente, a maioria das nações reconhece a importância do respeito aos direitos humanos e já se observa maior implementação deles, ainda que tímida, principalmente no que diz respeito às nações em desenvolvimento. A estrada, no entanto, é longa e deve ser sempre pautada pela racionalidade, e não pela arbitrariedade, seja ela qual for, visto que o reconhecimento e a afirmação de direitos humanos constituem uma luta da qual que participam diversos atores, competindo aos teóricos, essencialmente, analisar e buscar estabelecer as bases racionais desse processo.

Referências

- AARNIO, Aulis. *Essays on the Doctrinal Study of Law*. Dordrecht: Springer, [2011]. (Law and Philosophy Library; 96). E-book.
- ___ *Lo racional como razonable: un tratado sobre la justificación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundação jurídica*. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005.
- ___ *Um conceito não-positivista de direitos fundamentais*. In: HECK, Luís Afonso (Org.). *Direitos fundamentais, teoria dos princípios e argumentação*. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre: 2015.
- ATIENZA, Manuel. *Curso de argumentación jurídica*. Madrid: Trota, 2013.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- COUNCIL OF EUROPE. European Court of Human Rights. Case of Dudgeon v. The United Kingdom (Application no. 7525/76). Strasbourg, 22 oct. 1981. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57473>>. Acesso em: 20 fev. 2015.
- FINNIS, John. *Natural law and natural rights*. Oxford: Clarendon Press, c.1980. xv.
- GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. *Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011
- HABERMAS, Jürgen. *Racionalidade e comunicação*. Lisboa: Edições 70, 2002.
- ___ *Verdade e justificação: ensaios filosóficos*. São Paulo: Loyola, 2004.
- KOVAR, Jeffrey D. *International litigation: international law & resolution of international disputes*. In: SCHAFFER, Ellen G.,

SNYDER, Randall J. *Contemporary Practice of Public International Law*. Dobbs Ferry: Oceana Pub., ©1997.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. 6 ed. Madrid: Tecnos, 1999.

PIOVESAN, Flavia. *Direitos humanos e justiça internacional*. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

UNITED NATIONS. *Universal Declaration of Human Rights*. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Introduction.aspx>>. Acesso em 27 jun 2015.

_____. *Vienna Convention on the law of treaties*. 1980. Disponível em: <<https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201155/volume-1155-I-18232-English.pdf>>. Acesso em: 27 jun 2015.

O CÓDIGO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR COMO NORMA PRINCIPIOLÓGICA NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS*

GERMANO HENRIQUE ROEWER**

* Eixo Temático: Tutelas à Efetivação de Direitos Transindividuais - Proteção do Consumidor como Garantia Fundamental

** Mestrando pela Fundação Escola do Ministério Público (2016). Especialista em Direito Civil e Processo Civil pelo Instituto de Desenvolvimento Cultural (IDC) (2007). Graduado em Direito pela Universidade de Cruz Alta (Unicruz) (2003). Advogado e juiz leigo – Juizado Especial da Comarca de Gravataí/RS. E-mail: roeweradv@gmail.com

Resumo

O trabalho, utilizando-se do método dedutivo por meio de pesquisas bibliográficas, aborda a natureza principiológica do Código de Proteção e Defesa do Consumidor em relação às demais normas que regulam as relações contratuais, em face das garantias protetivas da Constituição Federal e seus efeitos irradiantes ao ordenamento infraconstitucional e a evolução na interpretação das responsabilidades entre comerciantes, produtores e fornecedores frente ao consumidor e a este equiparado. Ainda, faz-se uma análise tópica dos mesmos efeitos irradiantes, além de permitir uma ponderação na análise contratual entre os envolvidos diretamente na relação contratual (relação planimétrica) criando uma responsabilização tridimensional entre os integrantes da cadeia de consumo, o que até então não existia em nosso ordenamento jurídico.

Palavras-chave: Garantia constitucional; contratos após o CDC; proteção contratual do CDC.

Abstract:

Summary: This paper, using the deductive method, through literature searches, presents the operators of the right, addresses the principled nature of Consumer Protection and Defense Code in relation to other rules regulating contractual relations in view of the protective guarantees of the Constitution and its irradiant effects to infraconstitucional planning and developments in the interpretation of responsibilities between traders, producers and suppliers opposite to the consumer and this treated. Still, it is a topical analysis of the same irradiant effects and enables a balance in the contractual analysis of the directly involved in the contractual relationship (planimetric relation) also creates a three-dimensional accountability among members of the chain of consumption, which until then did not exist in our legal system.

Keywords: Constitutional Guarantee; Contracts After the CDC; Contractual Protection of the CDC.

Introdução

Este artigo trata dos efeitos irradiantes da Constituição Federal de 1988 na criação do diploma consumerista (Lei 8.078/1990), em decorrência de sua previsão protetiva, além de sua especialidade normativa, justificando o desequilíbrio na forma de tratamento entre as partes (princípio da igualdade material¹) e a sua prevalência nas relações envolvendo consumidores² e fornecedores de produtos ou serviços.

Antes de qualquer responsabilização com base no Código de Defesa do Consumidor, deve-se considerar toda relação contratual típica que envolve o instituto, até por não existir consumo sem a aquisição de produto ou serviço que se traduz, obrigatoriamente, na contratação expressa como tácita (adesão), salvo nos casos de acidente de consumo, que seguem uma dinâmica diferenciada.

Assim, a responsabilização decorrente do Código consumerista precede a existência contratual, que deverá, via de regra, trazer elementos suficientes para a caracterização dos atores sociais, de um lado o contratante (consumidor³), de outro o contratado (fornecedor, produtor ou prestador de serviços⁴), para depois se falar na responsabilização objetiva.

1 O princípio da igualdade pressupõe que as pessoas colocadas em situações diferentes sejam tratadas de forma desigual: "Dar tratamento isonômico às partes significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades" (NERY JUNIOR, 2010, p. 42).

2 Nas palavras de José Geraldo Brito Filomeno (2005, p. 17): "Embora se fale das necessidades dos consumidores e do respeito à sua dignidade, saúde e segurança, proteção de seus interesses econômicos, melhoria da sua vida, já que sem dúvida são eles a partes vulnerável no mercado de consumo, justificando-se destarte um tratamento desigual para partes manifestamente desiguais, por outro lado se cuida de compatibilizar a mencionada tutela com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, viabilizando-se os princípios da ordem econômica a de que trata o art. 170 da Constituição Federal".

3 Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

4 Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

Garantia constitucional na proteção dos direitos do consumidor

O artigo 5º, inciso XXXII⁵, da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), na condição de preceito fundamental, prevê a obrigação do Estado de promover a defesa do consumidor em todos os sentidos, novamente reproduzida no art. 170, inciso V⁶, também da Constituição. Na relação contratual, não é diferente: o consumo é o princípio e o fim de muitos produtos e serviços, interagindo plenamente com as finalidades vistas anteriormente na forma de objetivos da República Federativa do Brasil.

Dentre as promoções do Estado para assegurar os direitos do consumidor, houve a edição de uma dezena de leis, decretos e portarias⁷, sempre visando a atualização do código protetivo frente as mudanças mercadológicas extremamente voláteis e volúveis, ainda mais vivendo em um período histórico marcado pelo consumismo desenfreado e pela facilitação de acesso ao mercado por meio das mídias sociais e compras via internet.

5 Art. 5º da Constituição Federal do Brasil: " Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

...
XXXII – o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor"

6 Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

...
V - defesa do consumidor;

7 - Prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica: Leis n. 8.884, de 11-06-1994; - A Lei n. 8.078 de 11 de setembro de 1990, dispõe sobre a proteção do consumidor (Código de Proteção e Defesa do Consumidor), e o Decreto n. 2.181, de 20-03-1997, dispõe sobre a organização do - Sistema Nacional de Defesa do Consumidor – SNDC, e estabelece normas gerais de aplicação das sanções administrativas previstas na Lei n. 8.078/90.

- Portaria n. 4, de 13-03-1998: Cláusulas abusivas consideradas nulas de pleno direito.

- Portaria n. 3, de 19-03-1999: Cláusulas abusivas consideradas nulas de pleno direito.

- Portaria n. 3, de 15-03-2001: Cláusulas abusivas consideradas nulas de pleno direito.

- Decreto n. 5.903, de 20 de setembro de 2006: Regulamenta a Lei no 10.962, de 11 de outubro de 2004, e a Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990.

- Decreto n. 6.523, de 31 de julho de 2008: Regulamenta a Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990, para fixar normas gerais sobre o Serviço de Atendimento ao Consumidor - SAC.

- Decreto n. 7.962, de 15 de março de 2013: Regulamenta a Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990, para dispor sobre a contratação no comércio eletrônico.

Assim, analisando a importância conferida pela Magna Carta à proteção da relação de consumo, pode-se prever que a sobreposição constitucional sobre o Direito Civil, mais especificamente ordenando a criação do Código de Defesa do Consumidor, modificou plenamente a estrutura e o modo de encarar a relação contratual.

A exigibilidade dos contratos após o Código de Proteção e Defesa do Consumidor

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, dois anos mais tarde, foi efetivado o primeiro código que orienta a relação entre fornecedor e consumidor, denominado Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90). Esse ordenamento veio com o ideário de reduzir as redundantes disparidades entre frágeis consumidores e gigantescas corporações na relação de consumo de bens e serviços.

Cláudia Lima Marques (2010, p. 210) aduz:

A nova concepção de contrato é uma concepção social deste instrumento jurídico, para a qual não só o momento da manifestação da vontade (consenso) importa, mas onde também e principalmente os efeitos do contrato na sociedade serão levados em conta e onde a condição social e econômica das pessoas nele envolvidas ganha em importância. Nas palavras visionárias de Morin *l'homme n'apparaît plus comme la seule efficiente du droit, mais il devient la cause finale*. À procura do equilíbrio contratual, na sociedade de consumo moderna, o direito destacará o papel da lei como limitadora e como verdadeira legitimadora da autonomia da vontade. A lei passará a proteger determinados interesses sociais, valorizando a confiança depositada no vínculo, as expectativas e a boa-fé das partes contratantes.

Desse modo, há interferência declarada do Estado na relação privada com o objetivo de fiscalizar, proteger e reequilibrar a relação entre consumidor e fornecedor.

É uma nova concepção de contrato no Estado social em que a vontade perde a condição de elemento nuclear, surgindo

em seu lugar elemento estranho às partes mas básico para a sociedade como um todo, com o intuito de relativizar o antigo dogma da autonomia da vontade face às novas preocupações de ordem social, com imposição de um novo paradigma, o princípio da boa-fé objetiva (MARQUES, 2010, p. 211).

Pela primeira vez na história contratual, fixa-se um dispositivo legal que limita a autonomia de contratar nos parâmetros da boa-fé objetiva, ou seja, o negócio jurídico, para ser perfeito, deverá ser lúcido, no qual as partes tenham plena ciência do objeto e das obrigações a que estão se submetendo.

Conforme dispõe o artigo 46 da Lei n. 8.078/90:

Os contratos que regulam a relação de consumo não obrigam os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de sentido e alcance.

Nelson Nery Júnior (2010, p. 485) traduz de forma categórica o que prevê o artigo 46 da Lei n. 8.078/90:

Este dispositivo é a projeção, sob o ponto de vista prático, do direito básico do consumidor à informação adequada sobre os produtos e serviços, em toda sua extensão (qualidade, quantidade, conteúdo, riscos que apresentam etc...). O fornecedor deverá ter a cautela de oferecer oportunidade ao consumidor para que, antes de concluir o contrato de consumo, tome conhecimento do conteúdo do contrato, com todas as implicações consequenciais daquela contratação no que respeita aos deveres e direitos de ambos os contratantes, bem como das sanções por eventual inadimplemento de alguma prestação a ser assumida no contrato. Não sendo dada essa oportunidade ao consumidor, as prestações por ele assumidas no contrato, sejam prestações que envolvam obrigações de dar como fazer e não fazer, não o obrigam. Dar oportunidade de tomar conhecimento do conteúdo do contrato não significa dizer para o consumidor ler as cláusulas do contrato de comum acordo ou as cláusulas contratuais gerais do futuro contrato de adesão. Significa, isto sim, fazer com que tome conhecimento efetivo do conteúdo do contrato. Não satisfaz a regra do artigo sob análise a mera cognoscibilidade das bases do contrato, pois o sentido teleológico e finalístico da norma indica dever o fornecedor dar

efetivo conhecimento ao consumidor de todos os direitos e deveres que correrão do contrato.

Entende-se que, com a vigência do Código de Defesa do Consumidor, houve modificação substancial na antiga interpretação da autonomia da vontade, perfeitamente explicada pela própria evolução nas formas de contratar. Por exemplo, no contrato de adesão ou pré-impresso, é sabido que não há como modificar as cláusulas, deixando o consumidor, apesar de ciente das eventuais abusividades cometidas pelo contratado, à mercê de aceitar seus termos caso pretenda a aquisição de determinado produto ou serviço.

Portanto, analisando friamente o contrato de adesão, ele está revestido de todos os requisitos exigidos para a sua efetivação, ou seja, capacidade das partes, objeto lícito, valor econômico, livre concordância entre as partes, prazo e forma de pagamento, mas intrinsecamente poderá conter vícios na formação da vontade. O contrato, na realidade, não foi discutido livremente entre os contratantes e poderá apresentar certos indícios de oneração excessiva. Nesse caso, tem-se perfeitamente uma mitigação do princípio da igualdade e da boa-fé⁸.

Destarte, é importante ressaltar que hoje falamos com naturalidade no princípio da boa-fé e na relativização do *pacta sunt servanda* (os pactos devem ser observados/respeitados) e do *rebus sic stantibus* (estando assim as coisas), os quais foram incorporados à Lei n. 10.406/2002 (Código Civil). Entretanto, já faziam parte dos princípios norteadores do Código de Defesa e Proteção ao Consumidor, ainda que implicitamente, com publicação no ano de 1990. Dessa forma, o CDC foi precursor da relativização da obrigação contratual, desde de que esta obedecesse aos princípios delineados pela normativa.

8 Conforme Cláudia Lima Marques (2010, p. 107), a boa-fé objetiva significa, portanto, uma atuação “refletida”, uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses das partes. A imposição, pela nova teoria contratual, do princípio geral de boa-fé objetiva na formação e execução das obrigações obteve como primeiro resultado – e, talvez, ainda o menos conhecido e aceito pelos juristas – a modificação no modo de visualizar estaticamente a relação contratual.

Especificamente, fixa-se a teoria clássica de Savigny⁹, pela qual a mera expressão da vontade do contratante é insuficiente para a plena validade contratual, ou seja, não basta a simples anuência revestida das formalidades legais para ser considerado negócio jurídico perfeito.

Com a nova concepção de contrato, o princípio da boa-fé vai muito além da mera intenção no momento de contratar. Ele surge durante a negociação e se materializa nos termos que constituem as obrigações do contrato.

Portanto, uma propaganda mal elaborada, omitindo questões consideráveis em relação ao produto ou serviço a ser consumido, é suficiente para considerar a possibilidade de vício contratual a parte contratante não tinha ciência de determinada nocividade que o produto ou serviço poderá lhe acarretar. Nesse caso, pode-se considerar a responsabilidade do fornecedor por vício de qualidade, ferindo profundamente a boa-fé que se espera na relação de consumo.

O artigo 12 da Lei 8.078/90 prevê que o contratado, no caso o fornecedor, assume, em relação ao consumidor, a obrigatoriedade de pôr e expor o produto ou serviço no mercado de consumo sem quaisquer omissões ou defeitos, limitando a autonomia¹⁰ e as responsabilidades do fornecedor.

A explanação anterior mostra claramente a tamanha revolução que a Lei 8.078/90 trouxe para a concepção de contrato. Não bastam mais os velhos requisitos formais que o acompanharam desde seu nascimento. Hoje a volubilidade do Direito fez com que o ordenamento transcendesse a mera vontade ob-

9 Assim, na concepção clássica de Savigny, segundo Cláudia Lima Marques (2010, p. 107), a vontade interna deveria prevalecer sobre a vontade declarada, na chamada Teoria da Confiança. Enquanto, a *Willenstheorie* de Savigny valoriza o dogma da vontade, como criadora e única legitimadora do vínculo, peca por desconsiderar a necessidade de segurança das relações jurídicas.

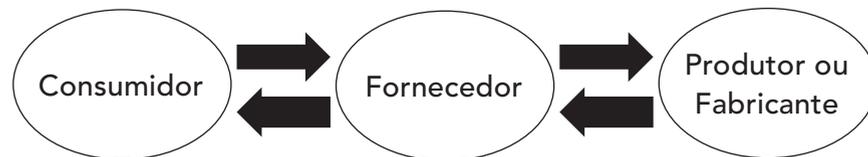
10 Na concepção de Eduardo Gabriel SAAD (1998, p. 196-197): “Uma das provas desse fenômeno é dada por este Código ao definir a responsabilidade do fornecedor de bens ou serviços. Impõe restrições à autonomia contratual, como, por exemplo, a de proclamar a nulidade de eventual cláusula de não-indenizar. Duas são as formas dessa responsabilidade: a) por vícios de qualidade ou de quantidade dos bens ou serviços; b) pelos danos que tais vícios causem aos consumidores. O artigo aqui em estudo tem, por objeto a reparação dos danos decorrentes dos vícios de qualidade. A responsabilidade do fornecedor não obedece, estritamente, ao que contém no artigo 159 do Código Civil; o Código de Defesa do Consumidor não exige a demonstração subjetiva da culpa. De outra parte, na configuração da responsabilidade da empresa (do fornecedor), não mais se aplica às relações de consumo o preceito no art. 1523 do Código Civil: define-se sua responsabilidade pelo consumidor se ela concorreu para o dano por culpa ou negligência de sua parte”.

jetiva, ou seja, a incitação ao consumo provém de vários modos, passando pela propaganda até a apresentação do produto, e um defeito nesses veículos vicia a vontade subjetiva, o entendimento de responsabilidade e a noção de obrigação.

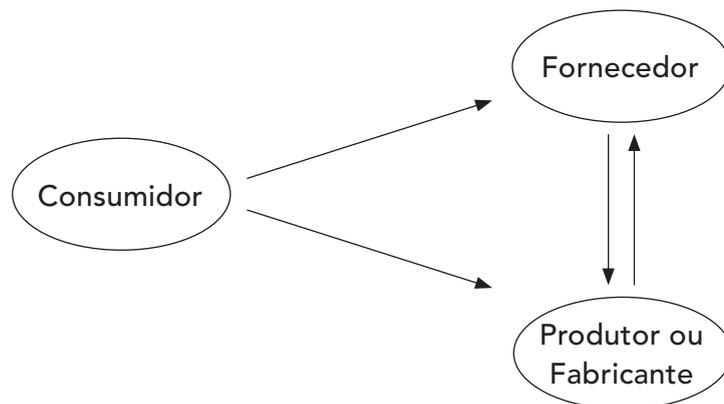
O contrato também passa a ser tridimensional: importa não mais só a relação entre contratante e contratado, mas também o objeto, a forma como esse foi exposto, a vontade subjetiva, o livre acordo, a discussão de cláusulas e a responsabilidade solidária entre produtor e fornecedor, ou seja, tudo que está à volta importa e influência na validade e na dogmática do instrumento contratual.

Assim, pode-se ver claramente a diferença de relações contratuais antes do Código de Defesa do Consumidor e após a sua implementação:

1) A visão da responsabilidade contratual antes do Código de Defesa do Consumidor:



2) A visão da responsabilidade contratual depois do Código de Defesa do Consumidor, com base no caput do art. 18 da Lei 8.078/90¹¹:



11 Art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com a indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.

A partir dos demonstrativos acima, é notório que houve relevante modificação no cenário de responsabilidade entre as partes na relação de consumo.

Quanto ao demonstrativo número 1, percebe-se que a relação entre consumidor e fornecedor (contratante e contratado) opera-se em um plano em que há sucessões de ações subsidiárias de um contra o outro, dentro de cada relação particular.

E em relação ao demonstrativo número 2, é mister poder optar contra quem o consumidor poderá ingressar em juízo, em caso de necessidade, inclusive contra terceiro que não fez parte diretamente da relação direta de compra e venda¹².

Neste sentido, o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul¹³ já conheceu da matéria e afastou a alegação de ilegitimidade passiva arguida pelo comerciante a pretexto de não participar da produção ou fabricação do bem defeituoso, o que não retira a sua responsabilidade quanto aos vícios e defeitos dos bens vendidos em seu estabelecimento, reconhecendo a relação direta e solidária entre os participantes da cadeia produtiva e o comerciante.

Cabe ressaltar que a responsabilidade passiva solidária entre comerciante e produtor não se estende na mesma intensidade aos danos decorrentes do fato do produto ou serviço, os quais vêm definidos nos arts. 12 a 17 da Lei 8.078/90, posto

12 Art. 13 do CDC. O comerciante é igualmente responsável, nos termos do artigo anterior, quando:

I - o fabricante, o construtor, o produtor ou o importador não puderem ser identificados;

II - o produto for fornecido sem identificação clara do seu fabricante, produtor, construtor ou importador;

III - não conservar adequadamente os produtos perecíveis.

Parágrafo único. Aquela que efetivar o pagamento ao prejudicado poderá exercer o direito de regresso contra os demais responsáveis, segundo sua participação na causação do evento danoso.

13 ILEGITIMIDADE PASSIVA. INOCORRENTE. Ré que na condição de comerciante, em defesa, alegou ser ilegítima para figurar o pólo passivo da demanda, por não se envolver no processo de produção, funcionamento e fabricação. Contudo, não é possível admitir a sua ilegitimidade passiva, pois responde solidariamente com seu fabricante sobre vícios e defeitos nos produtos. (Art. 18 do CDC). Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis, respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam, ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com as indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitada as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas. Mantida a sentença de parcial procedência da ação. NEGARAM PROVIMENTO AO APELO. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70047638465, Décima Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Nelson José Gonzaga, Julgado em 21/06/2012).

que estão mais afetos à natureza reparatória pelos danos ocasionados pelo produto do que ao mero defeito que os torne impróprios para consumo, o que é caso dos art. 18 a 25 do CDC. Desse modo, é a primeira vez que um estranho à relação contratual pode ser responsabilizado diretamente por vícios apresentados no bem de consumo, com o passar de sua utilização, dentro do prazo de garantia estipulado pelo fornecedor (prazo contratual), além do prazo legal¹⁴.

Proteção contratual do Código de Defesa do Consumidor

Na vanguarda do Direito, o Código de Defesa do Consumidor assume o papel de tutelar a relação entre fornecedor e consumidor, como já explanado anteriormente.

Nos artigos 46 a 50¹⁵, a Lei n. 8.078/90 cuidou de expor as garantias básicas do direito de contratar, prevalecendo o inte-

¹⁴ Art. 26 da Lei 8.078/90. O direito de reclamar pelos vícios aparentes ou de fácil constatação caduca em:

I - trinta dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produto não duráveis;

II - noventa dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produto duráveis.

§1.º Inicia-se a contagem do prazo decadencial a partir da entrega efetiva do produto ou do término da execução dos serviços.

§2.º Obstat a decadência:

I - a reclamação comprovadamente formulada pelo consumidor perante o fornecedor de produtos e serviços até a resposta negativa correspondente, que deve ser transmitida de forma inequívoca;

II - (Vetado);

III - a instauração de inquérito civil, até seu encerramento.

§ 3.º Tratando-se de vício oculto, o prazo decadencial inicia-se no momento em que fica evidenciado o defeito.

¹⁵ Art. 46 da Lei n. 8.078/90. Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance.

Art. 47 da Lei n. 8.078/90. As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.

Art. 48 da Lei 8.078/90. As declarações de vontade constantes de escritos particulares, recibos e pré-contratos relativos às relações de consumo vinculam o fornecedor, ensejando inclusive execução específica, nos termos do art. 84 e parágrafos.

Art. 49 da Lei 8.078/90. O consumidor pode desistir do contrato, no prazo de 7 dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produto e serviço ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio.

resse do consumidor favorecido pela sua debilidade econômica frente ao fornecedor, esse quase sempre ente jurídico de boas condições financeiras.

Eduardo Gabriel Saad (1998, p. 376) explana que:

Ao longo de seus 9 artigos (46 a 55), é constante o interesse do legislador em amparar o consumidor contra quaisquer artifícios que lhe sejam prejudiciais. Nesta parte do Código de Defesa do Consumidor é que se percebe como efetivamente são coisas do passado os dogmas do liberalismo que inspiraram os sistemas legais que se estruturaram ao longo do século XIX. Então, o culto do princípio *pacta sunt servanda* tinha um quê de sagrado. No século XX, fizeram-se sentir, no mais alto grau de intensidade, os efeitos da Revolução Industrial. Manifestaram-se eles, em toda a sua virulência, depois da Primeira e Segunda Guerras Mundiais (1914-1918 e 1937-1945). Verificou-se em definitivo, que a autonomia da vontade se mostrava incapaz de melhorar a situação do consumidor, resultante das seguintes causas: a) a liberdade contratual, muitas vezes, fica reduzida à adesão a um contrato preestabelecido, não se lhe oferecendo nenhuma outra opção; b) a livre concorrência, mais eficaz em sua proteção em relação aos fornecedores, permite, sem embargo, numerosas práticas que atentam contra os interesses econômicos dos consumidores, ou fazem perigar, por sua agressividade, a liberdade de consentimento destes últimos; c) o princípio da igualdade é muitas vezes fictício devido a existência de cláusulas contratuais impostas pelos fornecedores, cujo conteúdo é abusivo ou desproporcionado; d) o consumidor se encontra com graves problemas de prova na hora de demonstrar o caráter defeituoso do bem adquirido ou o comportamento abusivo do fornecedor (GARCIA, 1994, p. 22).

Parágrafo único. Se o consumidor exercitar o direito de arrependimento previsto neste artigo, os valores pagos, a qualquer título, durante o prazo de reflexão, serão devolvidos, de imediato, monetariamente atualizados.

Art. 50 da Lei 8.078/90. A garantia contratual é complementar à legal e será conferida mediante termo escrito.

Parágrafo único. O termo de garantia ou equivalente deve ser padronizado e esclarecer, de maneira adequada, em que consiste a mesma garantia, bem como a forma, o prazo e o lugar em que pode ser exercitada e os ônus a cargo do consumidor, devendo ser-lhe entregue, devidamente preenchido pelo fornecedor, no ato do fornecimento, acompanhado de manual de instrução, de instalação e uso de produto em linguagem didática, com ilustrações.

O texto acima reflete a realidade com que os doutrinadores se preocuparam no momento da feitura do ordenamento. Várias são as formas como os mais afortunados na relação contratual (fornecedores) podem ludibriar e perverter o fundamento da livre contratação.

Na visão tradicional, a força obrigatória do contrato teria fundamento na vontade das partes, de onde nasceriam obrigações e direitos para cada um dos participantes e se justificaria a busca pela tutela jurisdicional.

A nova concepção de contrato faz com que a lei reserve espaço para a autonomia da vontade, para a autorregulamentação dos interesses privados, cabendo a ela legitimar o vínculo contratual e protegê-lo. Já a vontade continua essencial à formação dos negócios jurídicos, mas sua importância e força diminuiram, levando à relativização da noção de força obrigatória e intangibilidade do conteúdo do contrato (MARQUES, 2010).

Nelson Nery Júnior (2010, p. 443) fundamenta:

O Código de Defesa do Consumidor, por outro lado, é lei principiológica. Não é analítica, mas sintética. Nem seria de boa técnica legislativa aprovar-se lei de relações de consumo que regulamentasse cada divisão do setor produtivo (automóveis, cosméticos, eletroeletrônicos, vestuário etc.). Optou-se por aprovar lei que contivesse preceitos gerais, que fixasse os princípios fundamentais das relações de consumo. É isto que significa ser uma lei principiológica. Todas as demais leis que se destinarem, de forma específica, a regular determinado setor das relações de consumo deverão submeter-se aos preceitos gerais da lei principiológica.

Assim, o princípio clássico de que o contrato não pode ser modificado ou suprimido senão por meio de uma nova manifestação de vontade das partes contratantes sofre limitações (incisos IV e V do art. 6º do CDC)¹⁶, permitindo que os magistrados realizem um controle do conteúdo do contrato, suprimindo

16 Art. 6º. São direitos básicos do consumidor:

IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;

V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;

as cláusulas abusivas e substituídas pela norma legal supletiva (art. 51 do CDC).

No mesmo sentido, assim como houve a incorporação no Código Civil¹⁷, a teoria da imprevisão teve sede no inciso V do art. 6º do CDC, que enfraqueceu a chamada força vinculativa do contrato.

Dessa forma, com a evolução das relações obrigacionais e dos meios de sua realização, modernizados pelos novos contratos eletrônicos, nada mais adequado para este momento histórico do que a implementação de uma norma aberta, flexível e interpretativa, norteadora e irradiadora de preceitos protetivos para as presentes e futuras relações de consumo.

Considerações finais

Seguindo essa linha de raciocínio, afirma-se que os legisladores, pensando nas disparidades entre as partes no contrato de consumo e não raras vezes com vício de consentimento por parte do consumidor hipossuficiente, regularam a forma de dispor o direito de contratar de modo geral, pois, como acima descrito, o Código de Defesa do Consumidor é principiológico.

A autonomia da vontade fica condicionada à liberdade normativa e não há possibilidade de discriminação de sua abrangência em face da diversidade de produtos e serviços dispostos no mercado de consumo, deixando para o magistrado a liberdade de decidir sobre o que entender de Direito, com base nos princípios norteadores complementares do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, acompanhado da regra insculpida no ordenamento civilista e demais diplomas legais.

Portanto, a Lei 8.078/90 realmente trouxe mudanças de grande magnitude no que hoje conhecemos como contrato, e mais, graças aos efeitos irradiantes, serve de base para constan-

17 Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

tes modificações em outros ordenamentos, tal como o próprio Código Civil de 2002, além de permitir sua aplicação nas novas relações jurídicas decorrentes dos meios eletrônicos, sem a necessidade de legislação específica para a sua aplicação imediata.

Referências

- GRINOVER, Ada Pellegrini. **Código Brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 8º ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. 1162p.
- BRASIL. **Código de Proteção e Defesa do Consumidor** (1990). Lei 8.078/90. PLANALTO: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 15 maio de 2016.
- BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. PLANALTO: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 maio de 2016.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. V. 3- Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- FILOMENO, José Geraldo Brito. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado** pelos Autores do Anteprojeto. [et al.]. 8ª ed. rev. ampl. e atual., Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 2004
- GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. **Código Brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 8ªed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.
- GRINOVER, Ada Pelligrini. **Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto 10ª Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2010.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Forense, 2010.

NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**. V.3. São Paulo: Saraiva, 2009.

SAAD, Eduardo Gabriel. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: LTR, 1998.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Disponível no site: <www.tjrs.jus.br> . Acesso em: 20 abr. 2016.

O EFETIVO CONTROLE SOCIAL COMO FORMA DE EVITAR PRÁTICAS CORRUPTIVAS NA REALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS*

ROGÉRIO GESTA LEAL**
CAROLINE FOCKINK RITT***

* Eixo Temático: Transparência e participação na gestão pública.

** Desembargador do TJRS, doutor em Direito. Prof. titular da UNISC, UNOESC, Università Tùlio Ascarelli (Roma Trè), Universidad de La Coruña (Espanha) e Universidad de Buenos Aires.

*** Doutoranda em Direito na UNISC, professora de Direito Penal, pesquisadora do Grupo de Pesquisa Estado, Administração Pública e Sociedade PPGD da UNISC.

Resumo

O presente artigo científico pretende demonstrar a importância do efetivo controle social na realização das políticas públicas, para, assim, evitar que, na realização dessas, ocorram práticas corruptivas. No presente, foram definidas as políticas públicas, seus atores, sua formulação e seus ciclos. Definiu-se, também, a corrupção, abordando alguns de seus efeitos negativos na sociedade. Relacionou-se a corrupção, que ocorre na realização das políticas públicas, como um fator que contribui para o aumento da desigualdade social. Para evitar que ocorram práticas corruptivas, chega-se à conclusão de que o efetivo controle social é a melhor forma de combatê-la, ou ao menos de controlá-la.

Palavras-chave: controle social, corrupção, políticas públicas.

Abstract

This research paper aims to demonstrate the importance of effective social control in the implementation of public policies, thus avoiding that the achievement of these, occur corrupting practices. At present, public policies were defined, its actors, its formulation and its cycles. It sets up also, corruption, addressing some of its negative effects on society. Related to corruption, which is in the conduct of public policy, as a factor contributing to the increase in social inequality. To prevent corrupting practices, one comes to the conclusion that effective social control is the best way to fight it, or at least control it.

Keywords: social control, corruption, public policy.

Introdução

O presente artigo científico pretende responder ao questionamento: pode a participação social ser considerada um instrumento eficaz e importante para a prevenção e o combate das práticas corruptivas que ocorrerem na realização das políticas públicas?

Pretende-se analisar a importância da participação social, formas que podem ocorrer, e efetivo controle social como uma maneira de evitar e denunciar práticas corruptivas que ocorrem na realização das políticas públicas. Este é um tema muito pertinente e atual em nossa realidade nacional, qual seja, o de práticas de corrupção e seus efeitos negativos, principalmente na realização de políticas públicas.

Os principais objetivos são de compreender o que são as políticas públicas, desde sua conceituação, atores sociais, ciclos, formulação. Da mesma forma, visa compreender o que é corrupção e os efeitos negativos que traz quando ocorre na realização de políticas públicas, por meio do desvio de recursos e da não prestação de contas desses, o que contribui para o aumento da desigualdade social.

Ressalta-se, finalmente, a importância da efetiva participação social como forma de controle, fiscalização, participação na realização das políticas públicas. A Constituição Federal foi um importante marco para que pudesse ocorrer esse tipo de controle e efetiva participação social, por meio de conselhos, canais de denúncia e obrigatoriedade de transparência e prestação de contas por parte dos gestores públicos.

O método adotado no presente artigo científico foi o bibliográfico. Procurou-se trazer, ainda, as devidas conceituações, problematizações e discussões com relação a esse tema tão atual na nossa realidade.

Concorda-se que uma das possibilidades para melhorar essa situação é o desenvolvimento de um efetivo controle social das políticas públicas, tanto na sua formulação como na sua im-

plementação, ou seja, durante todo seu ciclo. O efetivo controle social é, pois, a melhor forma de combater a corrupção, ou ao menos de controlá-la.

Definição, atores, formulação e ciclos das políticas públicas

Necessário abordar, para fins de melhor compreensão do objetivo do presente artigo científico, o que é considerado política pública. Observa-se que não há uma única, nem melhor, definição sobre o que seja política pública. Pode ser definida como um conjunto de ações do governo que irão produzir efeitos específicos, como sendo a soma das atividades dos governos, que agem diretamente ou por delegação, e que, com isso, irão influenciar a vida dos cidadãos, ou seja, "o que o governo escolhe fazer ou não fazer" (SOUZA, 2006, 24).

Em termos político-administrativos, o desenvolvimento de uma sociedade, na atualidade, resulta de decisões que são formuladas e implementadas por governos de Estados, em suas instâncias nacionais, subnacionais e supranacionais, conjuntamente com as demais forças da sociedade, sobretudo as forças de mercado. Ou seja, toda ação de mudança praticada na sociedade por força de lei ou por regulação pública é política pública, independentemente de serem públicos ou privados os seus agentes implementadores (HEIDEMANN, 2014, p. 29-33).

As políticas públicas são diretrizes, princípios norteadores de ação do poder público. Definem as regras e os procedimentos para as relações entre poder público e sociedade, mediações entre atores da sociedade e do Estado. Podem ser definidas como as políticas explicitadas, sistematizadas ou formuladas em documentos (leis, programas, linhas de financiamentos) que orientam ações que normalmente envolvem aplicações de recursos públicos (TEIXEIRA, 2002, grifos originais).

Tanto o Estado Social, como qualquer outra forma de concepção de Estado: capitalista, liberal ou social, atua por meio de

políticas públicas, o que significa acrescentar que a prestação positiva do Estado se destina a garantir o exercício dos direitos fundamentais individuais. Tratando-se de prestações colocadas a serviço das pessoas, o Estado preocupa-se com a prestação não somente daqueles serviços, mas também de outros. Observam-se, por exemplo, políticas de fomento industrial, de energia, de transportes, que não se fundamentam, necessariamente, na realização de direitos fundamentais sociais, mas se inserem em uma política de desenvolvimento, possibilitando elevação do nível e da qualidade de vida da população. Não deixam, no entanto, de representar um objetivo para o Estado Constitucional contemporâneo. (LIBERATI, 2013, p. 85)

Para tanto, o Estado necessita desenvolver uma série de ações e atuar diretamente em diferentes áreas, tais como saúde, educação, meio ambiente. E, para atingir esses resultados em diversas áreas e promover o bem-estar da sociedade, os governos utilizam-se das chamadas *políticas públicas*, que podem ser definidas como o conjunto de decisões e ações do governo voltadas para a solução de problemas apresentados pela sociedade (LOPES, B.; AMARAL, J. N.; WAHRENDORFF, R. 2008, p. 5).

A política pública define-se como uma diretriz elaborada para enfrentar um problema público. Ela apresenta dois elementos fundamentais: a intencionalidade pública e a resposta a um problema público. Ou seja, a razão para o estabelecimento de uma política pública é o tratamento ou a resolução de um problema entendido como relevante, de forma coletiva (SECCHI, 2014, p. 2).

O Estado passa a exercer uma presença visível, prática e direta na vida social, sobretudo por meio do uso do planejamento, que pressupõe políticas previamente definidas tanto de alcance geral como de alcance ou impacto setorial (HEIDEMANN, 2014, p. 30).

A atuação estatal direciona sua atividade para a satisfação das necessidades e dos direitos das pessoas, que têm assegurada, no texto constitucional, a proteção da dignidade, da liberdade, da intimidade e de outros direitos subjetivos, individuais e coletivos. Tais direitos somente poderão ser exercidos

pelos indivíduos se o Estado prestar os serviços referentes aos direitos equivalentes. A atividade prestacional do Estado deve, em primeiro lugar, ser fixada pela lei, em homenagem ao princípio da legalidade. Então, o Estado, para desenvolver as atividades e os serviços públicos, o faz por intermédio de atores, pessoas, organizações e instituições encarregados de prover as pessoas de todos os direitos previstos no texto constitucional (LIBERATI, 2013, p. 82).

Além disso, por mais óbvio que possa parecer, as políticas públicas são “públicas”, e não privadas ou apenas coletivas. A sua dimensão pública é dada não pelo tamanho do agregado social sobre o qual incidem, mas pelo seu caráter “imperativo”. Isso significa que uma das suas características centrais é o fato de que são decisões e ações revestidas da autoridade soberana do poder público.

Quem são os atores das políticas públicas?

O Estado, para desenvolver as atividades e os serviços públicos, age por meio de atores, pessoas, organizações e instituições encarregados de prover as pessoas de todos os direitos previstos no texto constitucional. Esses atores que, na maioria das vezes, são identificados pelos governantes, devem cumprir o disposto nas leis e instituir programas e ações destinados à satisfação da integralidade dos direitos individuais, coletivos e difusos (LIBERATI, 2013, p. 82-83).

As demandas da sociedade são apresentadas aos dirigentes públicos por meio de grupos organizados, no que se denomina de *sociedade civil organizada* (SCO), a qual inclui sindicatos, entidades de representação empresarial, associações de moradores, associações patronais e ONGs em geral. Esses são definidos como *atores das políticas públicas*, ou seja, grupos que integram o sistema político, apresentando reivindicações ou executando ações que serão transformadas em políticas públicas (LOPES; AMARAL; e WAHRENDORFF, 2008, p. 6-8).

Pode-se dizer que as políticas públicas são desenhadas por *atores políticos* que, ao exercer suas funções, mobilizam os

recursos que são necessários para realizá-las. Os atores políticos podem ser individuais ou coletivos e públicos ou privados. Privados são aqueles que têm poder para influenciar na formatação de políticas públicas quando pressionam o governo a tomar determinadas ações. Por exemplo, consumidores, empresários, trabalhadores, servidores públicos, a mídia, entidades do terceiro setor. Públicos são os que têm, de fato, o poder de decidir políticas. Entre esses, que estão diretamente envolvidos na produção e na execução de políticas públicas, estão os gestores públicos, os juizes, os parlamentares, os políticos (membros do Executivo), além das organizações e instituições de governo e internacionais. Os políticos exercem suas respectivas funções públicas (mandatos eletivos) de acordo com o cálculo eleitoral e partidário (RODRIGUES, 2011, p. 21-22).

A implementação das políticas públicas está concentrada nas mãos dos gestores e daqueles que fazem o seu acompanhamento, monitoramento ou controle interno. Mas, nessa fase, ou seja, fase da implementação, indivíduos de natureza privada também podem realizar tarefas consideradas importantes para que determinada política pública “saia do papel” (RODRIGUES, 2011, p. 22).

Formulação de políticas públicas

Com relação à formulação das políticas públicas, podemos afirmar que uma das características da sociedade contemporânea é justamente a sua diversidade, tanto em termos de idade, religião, etnia, língua, renda, profissão, como de ideias, valores, interesses e aspirações. Ao mesmo tempo, os recursos para atender a todas as demandas da sociedade e a seus diversos grupos são limitados ou escassos. Como consequência, os bens e serviços públicos desejados pelos diversos indivíduos transformam-se em motivo de disputa. Assim, para aumentar as possibilidades de êxito na competição, indivíduos que têm os mesmos objetivos tendem a se unir, formando grupos (LOPES; AMARAL; e WAHRENDORFF, 2008, p. 6-7).

Compreendidas as diversas demandas e expectativas da sociedade, será feita a seleção de prioridades para, em seguida, serem oferecidas as respostas. Observa-se que as respostas nunca atenderão às expectativas de todos os grupos. Alguns grupos serão contemplados, outros não. Para os grupos contemplados, o governo terá de formular e desenvolver ações para buscar atender a suas expectativas, integral ou parcialmente. Quando o governo busca atender às principais (na sua percepção) demandas recebidas, diz-se que ele está voltado para o interesse público (ou seja, para o interesse da sociedade). Ao atuar na direção do interesse público, o governo busca maximizar o bem-estar social (LOPES; AMARAL; e WAHRENDORFF, 2008, p. 7).

A formação das propostas ocorre por meio da participação dos diversos atores sociais, que têm diferentes interesses e lutam para que ocorra a inclusão de suas questões determinadas na agenda pública (CARVALHO, 2003, p. 50).

A origem normativa da política pública, mesmo que resulte da iniciativa legislativa do governo, Poder Executivo, é o Poder Legislativo. No sistema constitucional brasileiro, as políticas públicas mais comumente se expressam por meio de leis. Veja-se, a propósito, o artigo 165 da Constituição de 1988, que define os orçamentos públicos como instrumentos de fixação das “diretrizes, objetivos e metas” (§ 1º), além das “prioridades” (§ 2º) da administração pública. O mesmo artigo fala também em “planos e programas”, confirmando a multiplicidade de formas que podem assumir as políticas públicas (BUCCI, 1997)

Ciclo das políticas públicas

As políticas públicas traduzem, no seu processo de elaboração e implantação e, sobretudo, em seus resultados, formas de exercício do poder político, envolvendo a distribuição e redistribuição de poder, o papel do conflito social nos processos de decisão, a repartição de custos e benefícios sociais. Como o poder é uma relação social que envolve vários atores com projetos e interesses diferenciados e até contraditórios, há necessidade de mediações sociais e institucionais, para que se possa obter

um mínimo de consenso e, assim, as políticas públicas possam ser legitimadas e obter eficácia (TEIXEIRA, 2002)

No *ciclo político*, são comuns a todas as propostas de políticas públicas¹ as seguintes fases:

- **Formulação:** geralmente é a mídia ou outras formas de comunicação que acabam contribuindo para que um problema determinado passe a ter relevância política. Então é preciso escolher qual será a mais apropriada entre as várias alternativas de ação que foram apresentadas. Geralmente o programa de ação recai sobre problemas sociais que estão ocorrendo e que são apontados pelos atores sociais mais participativos e com maior força política.
- **Implementação:** é a realização das propostas das políticas públicas definidas como prioridade. Realização das políticas propostas pelos mais influentes atores sociais e tidas como prioritárias, pois é necessário estabelecer prioridade diante de recursos públicos cada vez mais escassos.
- **Controle do impacto das políticas:** apreciam-se os programas já implantados, quanto a seus impactos já efetivos. Questionam-se quais foram seus impactos, efeitos colaterais indesejados, para assim poder avaliar as consequências para a ação e para programas futuros.
- **A avaliação** pode trazer duas consequências específicas: diante de uma avaliação positiva, com os objetivos do programa alcançados: deve ser estabelecida sua continuidade; diante de uma avaliação negativa, deve ser iniciado um novo ciclo, nova elaboração de um programa político, ou a modificação do programa anteriormente

¹ Klaus Frey também conceitua mais duas dimensões com relação à política: *polity*: como dimensão institucional, que se refere ao sistema político, como também quanto à estrutura institucional; *politics*: que define e analisa a política em sua dimensão processual. Refere-se especificamente ao processo político, que geralmente é conflituoso, quando no estabelecimento de quais são as políticas públicas prioritárias e a partir de quais pressupostos é que são estabelecidas. FREY, Klaus. Políticas Públicas: um debate conceitual e reflexões referentes à prática da análise de políticas públicas no Brasil. p. 226-228.

proposto e implementado. O controle do impacto não tem de ser realizado, necessariamente, no final do processo político, devendo acompanhar as diversas fases do processo, conduzindo a adaptações permanentes do programa, para, assim, proporcionar que a política seja continuamente reformulada (FREY, 1997)

Melhor observando, quanto à formulação de políticas públicas, esse processo, necessariamente, envolve a identificação e a inclusão de determinadas questões na agenda política para que, posteriormente, ocorra sua regulação como política pública.

O controle social na execução das políticas públicas

Controle social pode ser definido como a participação da sociedade no acompanhamento e na verificação da execução das políticas públicas, avaliando objetivos, processo e resultados. É a capacidade que tem a sociedade organizada de atuar nas políticas públicas, em conjunto com o Estado, para estabelecer suas necessidades, interesses e controlar a execução dessas políticas (DEMOCRACIA E CONTROLE SOCIAL, 2016)

Para que seja possível fiscalizar a ação do Estado, observa-se que a primeira atitude que se deve reforçar é que a população busque informações oficiais sobre a execução das políticas públicas. Isso poderá ocorrer por meio de acesso a *sites* oficiais na internet – por exemplo, o da Presidência da República, do Ministério da Educação, da Controladoria-Geral da União. Também considerada outra atitude correta é acompanhar a execução das políticas no estado ou município respectivo, solicitando ao Executivo local as informações necessárias. Ressalta-se que a participação em conselhos de controle social favorece a efetiva e eficiente fiscalização das ações do Estado (DEMOCRACIA E CONTROLE SOCIAL, 2016)

O controle social somente será possível quando as pessoas compreenderem a importância de participar socialmente, quando se tornam sujeitos de nossa própria história, que sejam atuantes e capazes de orientar e fiscalizar as ações do Estado, este compreendido como poder público em geral (DEMOCRACIA E CONTROLE SOCIAL. 2016)

As mudanças políticas no Brasil, principalmente no campo das políticas públicas, a partir da redemocratização, foram provocadas por dois eventos importantes: a Constituição Federal de 1988 e a reforma do aparelho do Estado na década de 90. Esses dois acontecimentos ajudaram a transformar as ações e as práticas políticas brasileiras, dando ênfase maior à efetividade e à democratização da gestão pública. Foram criados mecanismos de participação popular nas políticas públicas, tais como conselhos municipais e consultas públicas, mas também mecanismos de controle como a Advocacia Geral da União (AGU), a Controladoria-Geral da União (CGU), a Lei de Responsabilidade Fiscal e, mais recentemente, a Lei de Acesso à Informação, que obriga que o Estado, em todas as suas esferas, disponibilize informações ao cidadão brasileiro. Todas essas ações podem ser resumidas em mecanismos de *accountability* que passaram a integrar a dinâmica política (PENTEADO; ARAÚJO; SANTOS, 2012)

Há uma rede potencial de capital social que pode ser incentivada ou mesmo criada por políticas públicas, visando ao empoderamento das populações excluídas para que possam interferir nas decisões públicas, melhorar a qualidade de vida e otimizar os efeitos das políticas públicas. O resgate do vigor de um tecido social esgarçado depende fundamentalmente da promoção da cooperação, da distribuição de bens, da auto-organização e da dignidade. Exige, por sua vez, esforço de promoção do associativismo político para gerar novas práticas que provoquem mudança na cultura política local, aumentando o espaço democrático nas decisões públicas, por meio da ampliação da participação social, colaboração e mobilização dos atores locais para promover o desenvolvimento (FERRAREZI, 2003)

A presença cada vez mais ativa da sociedade civil nas questões de interesse geral torna a publicização fundamental. As políticas públicas tratam de recursos públicos diretamente ou via renúncia fiscal (isenções), ou de regular relações que envolvem interesses públicos. Elas se realizam em um campo extremamente contraditório no qual se entrecruzam interesses e visões de mundo conflitantes e em que os limites entre público e privado são de difícil demarcação. Daí a necessidade do debate público, da transparência, da sua elaboração em espaços públicos e não nos gabinetes governamentais (TEIXEIRA, 2002)

E isso, principalmente, para que as práticas corruptivas, de desvios de recursos públicos ou superfaturamento de obras públicas possam de fato ser evitadas e, quando ocorrerem, denunciadas. A realização de políticas públicas visa sempre atender interesses da população, principalmente aquelas mais afetadas pelas desigualdades sociais.

As políticas públicas visam responder a demandas principalmente dos setores marginalizados da sociedade, considerados como vulneráveis. Essas demandas são interpretadas por aqueles que ocupam o poder, mas influenciadas por uma agenda que se cria na sociedade civil pela pressão e mobilização social. Visam ampliar e efetivar direitos de cidadania, também gestados nas lutas sociais, e passam a ser reconhecidos institucionalmente. Outras políticas objetivam promover o desenvolvimento, criando alternativas de geração de emprego e renda como forma compensatória dos ajustes criados por outras políticas de cunho mais estratégico (econômicas) (TEIXEIRA, 2002)

Ainda outras políticas são necessárias para regular conflitos entre os diversos atores sociais que, mesmo hegemônicos, têm contradições de interesses que não se resolvem por si mesmas ou pelo mercado e necessitam de mediação. Os objetivos das políticas têm referência valorativa e exprimem as opções e visões de mundo daqueles que controlam o poder, mesmo que, para sua legitimação, necessitem contemplar certos interesses de segmentos sociais dominados, dependendo assim da sua capacidade de organização e negociação (TEIXEIRA, 2002)

Uma das críticas a essa esfera pública ampliada aponta as dificuldades de superar os marcos do clientelismo, patrimonialismo e corporativismo que ainda se encontram presentes nas políticas públicas. Por outro lado, convém considerar o oposto: é justamente ampliando os espaços para discussão e definição do interesse público e empoderando os cidadãos que será possível mudar práticas políticas conservadoras. O empoderamento surge como forma de distribuição de capital social. Trata-se de novo elemento na equação que, ao menos, vislumbra a igualdade. Isso implica propor uma sociedade assentada em outra base, a da cooperação. No Brasil, ainda há longo caminho a percorrer nas pesquisas sobre a inter-relação entre os tipos de capital social, descobrir de que modo podem ser úteis para aumentar a efetividade das políticas públicas e qual é a combinação que possibilita isso (FERRAREZI, 2003)

A participação configura a possibilidade de os cidadãos representarem papel relevante no processo de dinamização da sociedade, assim como o exercício de um controle mais permanente, e consistente, da coisa pública pelos usuários, sustentado pelo acesso à informação sobre o funcionamento do governo (JACOBI, 2012)

Ainda com relação à corrupção, tão presente em nossa sociedade e na realização e execução de políticas públicas: para que não ocorra ou, ao menos, seja minimizada, o caminho mais acertado na atualidade é o do controle social.

Antes de adentrar nesse aspecto, necessário, sem possibilidade de esgotar o referido assunto, definir o que é a corrupção.

O fenômeno da corrupção: definições e suas consequências negativas

Sem pretensão ou possibilidade de esgotar o assunto, pode-se dizer que a corrupção é um fenômeno social que surge e se desenvolve em proporção semelhante ao meio e conforme os interesses entre os componentes de um agrupamento.

O que é corrupção? Estudantes do assunto oferecem definições diferentes. A palavra corrupção tem história de sig-

nificados e conotações singularmente diferentes. Cientistas políticos e filósofos destacam sua presença na política ou no Estado, traduzindo-a em esforços para garantir a riqueza ou o poder por meio ilegais, ou seja, lucros privados à custa de gastos públicos (HARRISON; e HUNTINGTON, 2002, p. 173).

O termo corrupção, desse modo, passou a significar o ato de desvirtuamento ou de degradação 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, p. 37).

Observa Leal (2013, p. 82) que não há, na tradição do pensamento político ocidental, consenso sobre o que vem a ser a corrupção. Não há 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.

A corrupção não pode ser considerada 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 definidas como corruptas ou corruptoras não são idênticas, sofrem uma variação significativa. Ou seja, o fenômeno da corrupção tem uma dimensão legal, histórica e cultural que não pode ser negligenciada quando se pretende estudá-la (BEZERRA, 1995, p. 12).

Também necessário ressaltar, para finalizar esta análise, que, para haver corrupção, é necessário um ambiente propício para que ela ocorra, ou seja, não há corrupção sem uma cultura de corrupção. Ela exige o endosso, a concordância, mesmo que tácita, do seu entorno, tendo bons níveis de aceitação social e institucional. É cultura que cresce nos costumes que a reproduzem, e que têm, por sua vez, natureza política destacada (LEAL, 2013, p. 82).

Um governo que é mais fraco, débil, permitirá um grau elevado de conduta monopolítica e um grau elevado de corrupção política, no sentido de o poder político ser dominado por interesses particulares (ETZIONI, 2007, p. 277).

Um alto nível de corrupção certamente diminui a cooperação social e enfraquece a capacidade do Estado de implementar políticas públicas importantes. A presença de altos níveis de corrupção representa alto nível de comportamentos “rentistas”, que têm como principal efeito o de destruir a riqueza na busca por redistribuição de recursos, o que acaba empobrecendo a sociedade (ALENCAR e JÚNIOR, GICO, 2011)

Provas sólidas documentaram o efeito deletério da corrupção em muitos aspectos do desenvolvimento econômico. As pesquisas indicam que altos níveis de corrupção reduzem significativamente as taxas de crescimento do PIB. Análises demonstram que uma queda de 2,4 no índice de corrupção (em uma escala de 1 a 10) está associada a um aumento de 4% na taxa de crescimento da renda *per capita*. O efeito da corrupção no crescimento resulta de níveis reduzidos de investimentos. A corrupção pode também interferir no crescimento econômico, porque reduz os gastos públicos em educação (HARRISON e HUNTINGTON, 2002, p. 176).

Pesquisa sugere que os governos afetados pela corrupção gastam relativamente mais dinheiro em itens que facilitam a obtenção do suborno. Os corruptos do serviço público são capazes de transferir os gastos governamentais para as áreas em que podem obter propinas com mais eficiência. Projetos grandes, difíceis de administrar, como aeroportos ou estradas, facilitam a fraude (HARRISON e HUNTINGTON, 2002, p. 176).

Outra pesquisa vincula a corrupção à desigualdade de renda. Estudos feitos em vários países revelaram relação muito forte entre corrupção, desigualdade de renda e pobreza. Quanto pior a posição de um país no índice de corrupção, maior é a probabilidade que tenha grande desigualdade de renda. Um aumento de 0,78 na taxa de crescimento da corrupção está ligado ao grande declínio na taxa de crescimento da renda entre

os pobres – 7,8 pontos percentuais por ano (HARRISON e HUNTINGTON, 2002, p. 176).

A corrupção instala-se, assim, como um canal de evasão de recursos do erário, e atua como barreiras que impedem atividades prestacionais do Estado, pois toda espécie de serviço público, na sua execução, necessita de recursos. Desse efeito perverso resulta inevitável a afirmação de que à corrupção se associa a grave violação a um direito fundamental, ou seja, o direito à boa administração pública (SABELLA, 2014)

Observa-se que, no Brasil, a corrupção não mereceu, até agora, estudos dirigidos por rigor metodológico e profundidade crítica. Registra-se, na academia, grande e nítida confusão entre causas e efeitos, além de inexistir clareza na compreensão de que se trata de um processo e de arraigada realidade cultural. A corrupção, estando muito presente, com raízes profundas, no funcionamento estatal, e constituindo-se em duto de desvio de recursos públicos, viola o direito fundamental à boa administração pública e frustra o regular adimplemento dos deveres prestacionais do Estado (SABELLA, 2014)

A importância do controle social na execução das políticas públicas para combater práticas corruptivas

As políticas públicas devem atender, em princípio, dois objetivos essenciais: resolver realmente problemas sociais e ser instrumento de controle popular. Procurando atingir esses propósitos em um mundo globalizado, as estruturas e os processos do Estado têm sido continuamente transformados. Velhas formas centralizadoras vêm sendo substituídas por novas formas de gestão pública, caracterizadas por estratégias de governança compartilhada. Essas novas formas, longe de ser instrumentos de comando e controle operados pelas instituições formais, podem ser mais eficazes na formulação e implementação de políticas públicas, mediante a atuação em rede; portanto, oferecem

elementos potenciais para promover uma melhor governança (DELGADO; TRIANA; SAYAGO; 2013)

O controle social de políticas públicas passou a ser, pós-Constituição de 1988, uma temática tanto dos debates acadêmicos como também nos espaços das instituições de implementação de políticas públicas e em vários outros espaços da sociedade civil. Incorpora, assim, para si a ideia de exercer o controle do Estado sobre os processos de desenvolvimento de políticas como mecanismo de materializar direitos que já foram garantidos no plano formal. Ressalta-se que, ao lado dessa preocupação, emerge outra questão: a corrupção. Ela tem interferido em diversos setores da sociedade, ganhando enorme dimensão devido aos desrespeitos aos direitos de cidadania e à deslegitimação do Estado como mediador dos interesses das pessoas (MATOS; e FERREIRA, 2013)

O exercício do controle social pelo chamado mecanismo de *accountability* democrático é um desafio presente na sociedade brasileira atual. Conforme ressaltado pelas autoras Teresa Matos e Maria Ferreira, nossa sociedade ainda é fortemente marcada pela ideologia neoliberal, mas com histórico de avanços na conquista da democracia e da cidadania. Foi com a Constituição de 1988 que a sociedade brasileira passou a ser regulada por regras democráticas. Nesse cenário, fruto da mobilização e pressão da sociedade, o controle social herdado do patrimonialismo perde espaço para a prática do chamado controle social das ações públicas, por meio da participação da sociedade civil, que conquista a condição de direito garantido constitucionalmente (MATOS; e FERREIRA, 2013)

O exercício do controle social, então, remete, de forma necessária e indissociável, ao esforço de se construírem e ampliarem espaços públicos que favoreçam a participação ativa da sociedade civil.

O conceito de participação é o de atuação ativa dos sujeitos políticos nos processos decisórios, apresentando-se como um dos mecanismos que aprimoram a democracia e a capacitam para se constituir como espaço de transformação da sociedade. Tal implica a realização de um projeto político transformador

que promova o protagonismo e a capacidade de intervenção da sociedade civil na gestão pública (MATOS; e FERREIRA, 2013)

No Brasil não temos uma cultura acadêmica, é muito limitada a reflexão dos juristas a respeito da dimensão jurídica do controle social e da participação nas políticas públicas no Brasil. O direito administrativo, por exemplo, pode ser visto como mecanismo de disciplina, forma de procedimentalização e de regulação da participação substantiva, bem como da mobilização de atores mais ou menos organizados na formulação, implementação e avaliação de políticas públicas. Tal deveria ser mais tematizado por juristas, acadêmicos ou práticos.

Da mesma forma, o Direito que estrutura e regula formas de prestação de contas e transparência (*accountability*) dessas políticas pode obrigar quem as opera a justificar e motivar as decisões relativas à definição de prioridades, à seleção de meios, à formulação de planos de execução, à alocação de recursos e a outras formas consideradas de interesse público. É considerado, então, que a falta dessa formação acadêmica, a falta de consciência desse papel profissional, faz com que aumente o risco de maior opacidade, de menor participação e de menos mobilização de atores sociais, principalmente dos grupos que são menos organizados, em políticas públicas (COUTINHO, 2010)

A realização desses objetivos-fim exige que se estimulem a participação e o controle popular, e, ainda, que se aproveite o amplo acervo de meios e de poderes instrumentais disponibilizados pelo sistema normativo, como os termos de compromisso, as audiências públicas e as recomendações (SABELLA, 2014)

A democracia pressupõe oposição política, liberdade de imprensa e judiciário independente. Ela fomenta, potencialmente, poderosos mecanismos de redução da corrupção. Em uma democracia, um partido dominante ou um governo que deixe de fazer reformas se arrisca a perder as eleições (HARRISON e HUNTINGTON, 2002, p. 185).

Conforme já ressaltado no presente artigo científico, o acompanhamento é o controle social a ser exercido na utilização dos recursos para a execução e realização das políticas públicas.

Esses recursos são públicos e devem ser fiscalizados, ressaltando-se também a importância da prestação de contas, elementos fundamentais para a transparência no uso desses recursos.

Conclusões

O presente artigo científico pretendeu demonstrar a importância do efetivo controle social, quando propostas e realizadas as políticas públicas, como forma de evitar, denunciar e punir práticas corruptivas que ocorrem na realização dessas políticas.

O presente artigo trouxe, em um primeiro momento, a definição das políticas públicas, o que são e os principais traços característicos, conforme abordagem e ensinamentos de alguns autores. Passou-se pela conceituação, definição de políticas públicas, com abordagem de atores, sobre como ocorre a sua formulação e também como se desenvolvem os seus ciclos.

Posteriormente, foi apresentada a definição/conceituação de corrupção e seus efeitos negativos na sociedade. Relacionou-se a corrupção, que ocorre em qualquer ciclo das políticas públicas, como um fator que contribui, e muito, para o aumento da desigualdade social.

Analisou-se a relação entre políticas públicas e as práticas corruptivas, e como tais práticas comprometem valores e desviam objetivos, e, enfim, acabam fomentando a desigualdade social. Um país em que a corrupção grassa apresenta pouco crescimento econômico e, conseqüentemente, maior desigualdade social.

Quando tais práticas acontecem, produzem efeitos nefastos, principalmente o de aumentar a desigualdade social e o de trazer grande dificuldade ao Estado para cumprir suas atribuições e obrigações por meio das políticas públicas propostas.

Pensando na melhor solução para tal situação, chega-se à conclusão de que o efetivo controle social das políticas públicas, tanto na sua formulação como na sua implementação, ou seja,

durante todo o seu ciclo, é a melhor forma de combatê-la, ou ao menos de controlá-la.

A democracia, em que pesem as críticas que muitas vezes recebe, em última análise é que permite o controle social, por intermédio de uma sociedade que conta com liberdade de imprensa, liberdade de associação, abertura para canais de denúncias e Poder Judiciário e Ministério Público como instituições independentes.

Ressaltamos que a Constituição Federal de 1988 foi um importante marco de participação social, de políticas públicas e de sua fiscalização. Da mesma forma, trouxe a necessidade de publicização dos atos dos gestores públicos e a transparência de suas ações no trato com os recursos públicos. Incluiu também a possibilidade de criação de organizações sociais, de conselhos e de acesso à informação com relação à gestão pública.

O efetivo controle social é, conforme já ressaltado, a melhor forma de combater a corrupção, ou ao menos controlá-la. E tal só é possível porque se vive em um ambiente democrático: em uma sociedade que tem liberdade de imprensa, liberdade de associação, abertura para canais de denúncias, além de um Poder Judiciário e de um Ministério Público independentes. Própria do regime democrático, essa participação social e o controle pela sociedade têm contribuído para que não ocorram, ou para que sejam minimizadas, práticas corruptivas quando da realização de políticas públicas.

Essas conquistas são próprias do regime democrático, que abre essa possibilidade de participação social e de controle pela sociedade, para que não ocorram práticas corruptivas quando da realização de políticas públicas.

Referências

- ALENCAR, Carlos Higino Ribeiro de; GICO JÚNIOR, Ivo. *Corrupção e Judiciário: A (in) eficácia do sistema judicial no combate à corrupção*. Revista Direito GV, SÃO PAULO 7(1) | P. 075-098 | JAN-JUN 2011. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v7n1/a05v7n1.pdf>. Acesso em 20 jun. 2015.
- BEZERRA, Marcos Otávio. *Corrupção: um estudo sobre o poder público e as relações pessoais no Brasil*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará: ANPOCS, 1995.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. *Políticas públicas e direito administrativo*, Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 34 n. 133 jan./mar. 1997, p. 89-90. Disponível em: <www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/198/r133-10.PDF?...4>. Acesso em: 10 de jun. 2015.
- CARVALHO, Alysso (Org.). *Políticas Públicas*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2003.
- COUTINHO, Diogo R., *O direito nas políticas públicas*. 2010 Disponível em: http://www.cebrap.org.br/v2/files/upload/biblioteca_virtual/item_766/14_05_12_16O_direito_nas_politicas_publicas_FINAL.pdf. Acesso em: 20 jun. 2015.
- DELGADO, Andrés Burgos; TRIANA, Diana Rocío Rodríguez; SAYAGO, Doris Aleida Villamizar. *A perspectiva relacional das redes sociais no contexto das políticas públicas participativas*, 2013, p. 1. Centro de Desenvolvimento Sustentável – Universidade de Brasília (CDS/UnB), Brasil Módulo “C”, Campus Darcy Ribeiro - Gleba A - Asa Norte. CEP 70904-970 – Brasília – Distrito Federal. Disponível em: <<http://www.eumed.net/rev/cccs/24/redes-sociais.html>>. Acesso em: 16 de jun. 2015.
- DEMOCRACIA E CONTROLE SOCIAL. Disponível em: Consciência Política. Site dedicado à informação e estudos políticos. Disponível em: <<http://www.portalconscienciapolitica.com.br/ciber-democracia/democracia-participativa/controle-social/>>. Acesso em: 06. jun. 2016.
- ETZIONI, Amitai. *La dimensión moral – Hacia una nueva economía*. Ediciones Palabra, Madrid, 2007.
- FERRAREZI, Elisabete. *Capital social: conceitos e contribuições às políticas públicas*. Revista do Serviço Público Ano 54 Número 4 Out-Dez 2003 p. 18. Disponível em: http://www.enap.gov.br/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=2616. Acesso em 06 de jul. 2015.
- FREY, Klaus. *Políticas Públicas: um debate conceitual e reflexões referentes à prática da análise de políticas públicas no Brasil*. 1997. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/pub/ppp>>. Acesso em: 05 jul. 2015.
- HARRISON, Lawrence; HUNTINGTON, Samuel, P. *A cultura importa*. Rio de Janeiro: Record, 2002.
- HEIDEMANN, Franciso G. Do sonho do progresso às políticas de desenvolvimento. In: HEIDEMAN; SALM, (org). *Políticas Públicas e desenvolvimento: bases epistemológicas e modelos de análise*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 3ª ed. 2014.
- JACOBI, Pedro. *Políticas públicas: uma agenda de questões e indagações no contexto da transição*. 2012. Disponível em: <http://unuhospedagem.com.br/revista/rbeur/index.php/anais/article/view/1453> . Acesso em. 05 de jul. 2015.
- LEAL, Rogério Gesta. *Patologias corruptivas nas relações ente Estado, administração pública e sociedade: causas, consequências e tratamentos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2013.
- LIBERATI, Wilson Donizeti. *Políticas Públicas no Estado Constitucional*. São Paulo, Atlas, 2013.
- LOPES, B.; AMARAL, J. N.; WAHRENDORFF, R.. *Políticas Públicas: conceitos e práticas*. Belo Horizonte: Sebrae, 2008.
- MATOS, Teresa Cristina Coêlho; FERREIRA, Maria D’Alva M., *Controle Social de Políticas Públicas e combate à corrupção: o que há de novo no cenário brasileiro?* 2013. Disponível em: <<http://www.joinpp.ufma.br/jornadas/joinpp2013/JornadaEixo2013/anais-eixo3-estadolutassociaisepoliticapubl>>

icas/pdf/controlesocialdepoliticaspUBLICASECOMBATEACOUPCAO.pdf.>Acesso em: 07 jun. 2015.

PENTEADO, Cláudio Luis de Camargo. ARAÚJO, Rafael de Paula Aguiar.; SANTOS, Marcelo Burgos Pimentel dos. *Sociedade Civil e Políticas Públicas: o uso da internet pela Rede Nossa São Paulo na articulação política*. 2012. Disponível em: http://www.anpocs.org/portal/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=7821&Itemid=76. Acesso em: 05. Jun. 2016.

RODRIGUES, Marta Maria Assumpção. *Políticas Públicas*. São Paulo: Publifolha, 2011.

SABELLA .Walter Paulo *Ministério Público, combate à corrupção e controle das políticas públicas* 2014. Disponível em: <http://www.justitia.com.br/artigos/b29529.pdf>. Acesso em: 21 jun. 2015.

SECCHI, Leonardo. *Políticas Públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos*. 2. Ed. São Paulo: Cengage Learning, 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.

SOUZA, Celina. *Políticas Públicas: uma revisão da literatura. Sociologias*, Porto Alegre, ano 8, nº 16, jul./dez. 2006.

TEIXEIRA, Elenaldo Celso. *O Papel das Políticas Públicas no Desenvolvimento Local e na Transformação da Realidade*. 2002. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/dados/cursos/aatr2/a_pdf/03_aatr_pp_papel.pdf> . Acesso em: 19 mar. de 2015.

O MÍNIMO EXISTENCIAL E A CAPACIDADE CONTRIBUTIVA

CARLOS AUGUSTO PEIXOTO REIS*
JANINE ROSI FALEIRO**

* Mestrando em Direito pela Fundação do Ministério Público do RS, procurador da Fazenda Nacional. E-mail: carlos.reis@pgfn.gov.br

** Mestranda em Direito pela Fundação do Ministério Público do RS, promotora de Justiça. E-mail: jrfaleiro@mprs.mp.br

Resumo

Este artigo aborda o tema da dignidade da pessoa humana, seu histórico, conceito e importância para o operador do direito. A partir disso, analisa a questão do mínimo existencial, suas interligações com princípios constitucionais, direitos fundamentais e com o conceito de justiça social. Sabe-se, entretanto, que a concretização do mínimo existencial exige do Estado recursos humanos e materiais, para que possa alcançar e garantir para a sociedade este direito fundamental (mínimo existencial). Esses recursos são buscados pelo Estado por meio da cobrança de tributos. Entretanto, o ente público, partindo do conceito de justiça fiscal, tem de estabelecer critérios “justos” e respeitar princípios constitucionais (capacidade contributiva). O método de abordagem é o dialético, e a técnica de pesquisa, bibliográfica.

Palavras-chave: dignidade. Mínimo existencial. Justiça Social. Tributação.

Abstract

This paper addresses the topic of human person dignity, its history, concept, and importance for the law operator. From that, it analyses the question of the minimum existential, its interrelation with constitutional principles, fundamental rights, and the concept of social justice. It is known, however, that the implementation of the existential minimum requires human and material resources from the State in order to achieve and grant the society with these fundamental rights (minimum existential). Such resources are searched by the State through the collection of tributes. Although, public entity, from the concept of fiscal justice, has to set “fair” criteria and respect constitutional principles (contributory ability). The method of approach is the dialectic and the technique of bibliographical research.

Keywords: dignity. Minimum existential. Social Justice. Tributation.

Introdução

Invoca-se frequentemente, no mundo jurídico, o princípio da dignidade da pessoa humana, e seu conseqüente núcleo essencial, o mínimo existencial, que, para alguns autores, se refere não somente ao mínimo vital, mas vai além, incorporando o necessário para agregar qualidade de vida ao cidadão. O princípio da dignidade da pessoa humana deita raízes ainda na era clássica, sendo reconhecido há muito pelo Direito Natural.

Diante da importância, ainda, nos dias de hoje, desse fundamento do Estado Democrático de Direito, é que se dedica a ele este breve estudo, no qual se abordará, rapidamente, uma análise histórica do seu surgimento, como era visto na era clássica, pelos cristãos e grandes pensadores, fazendo-se paralelo de como esse princípio se interliga e se conecta com os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988.

Decorre dele, sendo reconhecido como seu núcleo essencial, o chamado mínimo existencial, sendo que diversos direitos fundamentais também com ele comungam, tendo em seu interior uma parcela desse mínimo existencial.

Feito esse pequeno passeio pelos princípios acima referidos, analisamos, também de maneira breve, os deveres do Estado diante do reconhecimento da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial. Aliás, nem mesmo se pode falar em reconhecimento, por determinada ordem jurídica, desse princípio, já que é ele intrínseco à pessoa humana, sendo qualidade inerente ao homem.

Portanto, o Estado, tendo a tarefa de realizar, concretizar e efetivar esses princípios, bem como os seus conseqüentes direitos fundamentais, necessita de recursos para alcançar tal finalidade. Faz-se, neste trabalho, uma análise acerca da problemática envolvendo o mínimo existencial interligado com a tributação e a capacidade contributiva.

Nesse contexto, o artigo analisa a obrigação estatal de garantir o mínimo existencial, a obrigação da sociedade e a ca-

pacidade contributiva, e esta se coloca em duas posições: em contraponto e, ao mesmo tempo, em convergência de ideias, tendo como base de argumentação o conceito de "justiça fiscal".

O método de abordagem é o dialético, e a técnica de pesquisa empregada é a bibliográfica.

A dignidade da pessoa humana

A dignidade da pessoa humana é uma expressão de conteúdo materialmente aberto, vago e indeterminado, de difícil conceituação. É atributo do ser humano, pelo só fato de sua condição humana, inerente a toda e qualquer pessoa. Não pode ser alienada ou renunciada, nem mesmo concedida por uma ordem jurídica, já que condição intrínseca ao indivíduo (ser humano).

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu, no art. 1º, III, que:

A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana.

Com tal previsão, observa-se que a dignidade da pessoa humana, prevista no Título I – dos Princípios Fundamentais –, foi tratada pela nossa Carta Magna como princípio fundamental do Estado Democrático de Direito, portanto como norma fundamental.

E assim não poderia deixar de ser, já que a dignidade da pessoa humana, como já se disse, é a razão de ser do Estado Democrático de Direito, sendo que todo e qualquer direito fundamental decorre dela e com ela se conecta. Há uma conexão entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, que na nossa Constituição Federal estão basicamente previstos no art. 5º, mas também em outras partes do texto.

Ingo Wolfgang Sarlet (2006) faz uma retrospectiva histórica a respeito desse princípio, dizendo que essa ideia de valor intrínseco a qualquer ser humano tem origem tanto no pensamento clássico como no cristão.

Explica o mesmo autor que se observam, tanto no Velho como no Novo Testamento, referências de que o homem foi criado à imagem e semelhança de Deus, diante do que o cristianismo teria extraído a consequência de que o ser humano “é dotado de um valor próprio e que lhe é intrínseco, não podendo ser transformado em mero objeto ou instrumento” (SARLET, 2006).

Segundo Sarlet (2006), a dignidade da pessoa humana já era referenciada no pensamento filosófico e político da Antiguidade clássica, e estava vinculada à posição social ocupada pelo indivíduo e seu grau de reconhecimento pelos demais membros da comunidade, daí falar-se em pessoa mais digna ou menos digna. Já no período estoico, a dignidade era reconhecida como uma qualidade que, por ser inerente ao ser humano, o distinguia das demais criaturas, sendo que todos os seres humanos eram dotados da mesma dignidade, noção intimamente ligada à liberdade pessoal de cada indivíduo – todos os seres humanos são iguais em dignidade (SARLET, 2006).

Para o autor acima, desde a Idade Média, Tomás de Aquino, “partindo da racionalidade como qualidade peculiar inerente ao ser humano, advogou ser essa qualidade que lhe possibilita construir de forma livre e independente sua própria existência e destino” (SARLET, 2006, p. 31). Segundo Sarlet (2006), Tomás de Aquino pensava que a dignidade encontrava o seu fundamento na circunstância de que o ser humano havia sido criado à imagem e semelhança de Deus e também na sua capacidade de autodeterminação, pelo que, por força dessa dignidade, o homem, sendo livre, existe em função de sua própria vontade.

Ainda para Sarlet (2006), é importante destacar que o espanhol Francisco de Vitória, ainda no século XVI, sustentava que os índios, em função do direito natural e em decorrência de sua natureza humana, eram livres e iguais, pelo que deveriam ser respeitados como sujeito de direitos. Ainda, que, no âmbito do

pensamento jusnaturalista dos sécs. XVII e XVIII, essa noção de igualdade de todos os homens em relação a dignidade e liberdade havia sido mantida.

Para Sarlet (2006, p. 32/33), nessa época se destaca o pensamento do filósofo Immanuel Kant, cuja concepção de dignidade parte da autonomia ética do ser humano, além de sustentar que o ser humano não pode ser tratado como objeto.

É o entendimento do autor que Kant sinala que a

autonomia da vontade, entendida como a faculdade de determinar a si mesmo e agir em conformidade com a representação de certas leis, é um atributo encontrado apenas nos seres racionais, constituindo-se no fundamento da dignidade da pessoa humana” (2006, p. 33). espaço simples

Nesse sentido, Immanuel Kant (2007, p. 67/68) assevera que:

A vontade é concebida como faculdade de se determinar a si mesmo a agir em conformidade com a representação de certas leis. E uma tal faculdade só pode encontrar em seres racionais.

(...)

Admitindo, porém, que haja uma coisa cuja existência em si mesma tenha um valor absoluto e que, como fim em si mesmo, passa a ser a base de leis determinadas, nessa coisa e só nela é que estará a base de um possível imperativo categórico, quer dizer de uma lei prática.

Ora eu digo: - O homem e, duma maneira geral, todo o ser racional, existe como fim em si mesmo, não só como meio para uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele se sempre de ser considerado simultaneamente como fim.

Para Kant, a pessoa humana é um fim em si mesmo, e não um meio, razão pela qual se repudia toda e qualquer espécie de coisificação e instrumentalização do ser humano, sendo, nesse sentido, o teor de seu segundo imperativo categórico: “Age de tal maneira que uses a humanidade tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como

fim e nunca simplesmente como meio” (2007, p. 69). Para ele, pessoas têm dignidade, e coisas, preço.

Todavia, Hegel, citado por Sarlet (2010, p. 36), sustentava que “a dignidade constitui uma qualidade a ser conquistada, de tal sorte que o ser humano não nasce digno, mas adquire a dignidade a partir do momento em que adquire sua condição de cidadão”.

Para Sarlet (2006), é no pensamento de Kant que a doutrina jurídica majoritária identifica as bases dos fundamentos e conceitos da dignidade da pessoa humana.

Logo, constata-se que a Constituição Federal de 1988, já em seu limiar, andou bem ao reconhecer a dignidade da pessoa humana como valor fundante da ordem jurídico-constitucional, pois que é desse princípio que decorre todo e qualquer direito fundamental, sendo que o Estado somente existe para atendimento das necessidades dos seres humanos.

Nas palavras de Sarlet (2006, p. 38), “o homem, em virtude tão-somente de sua condição humana e independentemente de qualquer outra circunstância, é titular de direitos que devem ser reconhecidos e respeitados por seus semelhantes e pelo Estado”.

Para Sarlet (2006), dignidade da pessoa humana não encontra conceito fixo, estando em constante construção e desenvolvimento. Para ele, é ela inalienável e irrenunciável, sendo tanto limite como tarefa dos poderes estatais e da comunidade, tendo dimensão defensiva (negativa) e dimensão prestacional (positiva):

Como tarefa (prestação) imposta ao Estado, a dignidade da pessoa reclama que este guie suas ações tanto no sentido de preservar a dignidade existente, quanto objetivando a promoção da dignidade, criando condições que possibilitem o pleno exercício e fruição da dignidade. (SARLET, 2006, p. 47).

Ou seja, Sarlet assevera que é algo que pertence a cada um e a todos, não podendo ser perdido ou alienado, pois “deixando de existir não haveria mais limite a ser respeitado”.

Portanto, para ele, a dignidade da pessoa humana estaria “atingida sempre que o indivíduo fosse rebaixado a objeto, a mero instrumento, tratado como uma coisa, sempre que a pessoa venha a ser descaracterizada e desconsiderada como sujeito de direitos”. Prossegue dizendo que “onde não houver respeito pela vida, integridade física ou moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde a liberdade e autonomia, a igualdade e os direitos fundamentais não forem reconhecidos, estar-se-á diante da violação dessa dignidade” (SARLET, 2006, p. 59). Diante disso, Sarlet define como dignidade da pessoa humana:

a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e considerado por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste contexto, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato degradante e desumano como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunidade com os demais seres humanos. (SARLET, 2006, p. 60).

Na história da humanidade, vimos e ainda vemos constantes violações a esse valor fundamental. Em uma história bem próxima, basta lembrar os abusos e arbitrariedades cometidos pelo nacional-socialismo na Alemanha, antes e durante a Segunda Guerra Mundial, praticados contra os judeus. Naquela época, os nazistas tratavam os judeus como coisas, retirando-lhes seus bens, violando sua integridade física e retirando-lhes, inclusive, a própria vida.

Apesar da previsão constitucional, esse princípio é reiteradamente violado ainda nos dias de hoje, faltando-lhe efetividade.

Diante disso, surge a necessidade de intervenção do jurista para que esse princípio fundamental seja concretizado, sendo que, atualmente, usa-se muito a teoria do mínimo existencial, dentre outras, para concretização desse princípio fundamental, razão pela qual sobre ela se exporá brevemente.

O mínimo existencial

Segundo Torres, a Teoria do Mínimo Existencial é um sub-sistema da Teoria dos Direitos Fundamentais e está intimamente ligada à moral, inclusive porque os direitos fundamentais se vinculam aos princípios morais ou aos direitos morais (TORRES, 2009, p. 25-28). Tal direito, no entanto, não foi expressamente consagrado pelo nosso constituinte, mas encontra fundamento direto no direito à vida e no dever do Estado de prover as condições mínimas para uma vida com dignidade (SARLET, 2007, p. 108). Andreas Krell (2002, p. 62) opina no sentido de que a teoria do mínimo existencial foi pouco discutida na doutrina constitucional brasileira e ainda não foi adotada com suas consequências na jurisprudência do país.

Quanto às características do mínimo existencial, tem-se que são as mesmas dos direitos da liberdade:

[...] é pré-constitucional, posto que inerente à pessoa humana; constitui direito público subjetivo do cidadão, não sendo outorgado pela ordem jurídica, mas condicionando-a; tem validade erga omnes, aproximando-se do conceito e das consequências do estado de necessidade; não se esgota no elenco do art. 5º da Constituição nem em catálogo preexistente; é dotado de historicidade, variando de acordo com o contexto social, é indefinível, aparecendo sob a forma de cláusulas gerais e de tipos indeterminados e universal, no sentido de que toca a todos os homens, independentemente de suas nacionalidades ou das classes sociais e econômicas a que pertençam; é negativo, pois exhibe o status negativus que protege o cidadão contra a constrição do Estado ou de terceiros; cria também o status positivus libertatis, que gera a obrigação de entrega de prestações estatais individuais para a garantia da liberdade e das suas condições essenciais; postula garantias institucionais e processuais que provocam custos gerais para o Estado; é plenamente justificável; independe de complementação legislativa, tendo eficácia imediata. (TORRES, 2009, p.39-40).

Ana Paula de Barcellos acredita que “o chamado mínimo existencial, formado pelas condições materiais básicas para a existência, corresponde a uma fração nuclear da dignidade da

pessoa humana à qual se deve reconhecer a eficácia jurídica positiva ou simétrica” (BARCELLOS, 2002, p. 278). Para a autora, o mínimo existencial compõe-se de quatro elementos, sendo três materiais e um instrumental: “a educação fundamental, a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à justiça”. Barcellos considera tais elementos o “núcleo da dignidade da pessoa humana a que se reconhece eficácia jurídica positiva e, a fortiori, o status de direito subjetivo exigível diante do Poder Judiciário” (BARCELLOS, 2002, p. 258).

Verifica-se, assim que a decorrente da dignidade da pessoa humana, o mínimo existencial é outra expressão de conceito vago, aberto e indeterminado. Alguns doutrinadores, como Ingo Wolfgang Sarlet, distinguem mínimo existencial de mínimo vital.

Trata-se, na verdade, de um direito fundamental não expressamente previsto na Constituição Federal de 1988, mas implicitamente reconhecido em decorrência do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, assim como do direito à vida. Está implícito em muitos direitos e princípios fundamentais, como os da liberdade, igualdade e segurança.

Segundo Soraya Santos Lopes (2012, p. 1), “existencial é relativo à vida ou à experiência concreta, podendo ser confundido com vital: vital é essencial, fundamental, capital”. Prossegue ela, mais adiante, dizendo que “essencial é aquilo que não pode não ser. Entendemos que sob esta ótica, o essencial se identifica com o mínimo existencial” (LOPES, 2002, p. 1).

Para ela, é importante que se estabeleça uma definição do que seja mínimo existencial no caso concreto, sob pena de “derivar todo o discurso jurídico para a reserva do possível”. Sustenta, ainda, que o Poder Público não poderá invocar a cláusula da reserva do possível quando, na aplicação, houver o comprometimento do núcleo base do mínimo existencial.

Ingo Wolfgang Sarlet (2010, p. 10), como já se disse, distingue mínimo existencial de mínimo vital. Para ele,

não pode ser confundido com o que se tem chamado de mínimo vital ou um mínimo de sobrevivência física em condições, de vez que este último diz com a garantia da vida humana, sem necessariamente abranger as condições para

uma sobrevivência física em condições dignas, portanto de uma vida com certa qualidade.

Ricardo Lobo Torres (1990, p. 42) advoga que “há um direito as condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto da intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas”.

Para esse jurista, o mínimo existencial “constitui um direito fundamental, posto que sem ele cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais de liberdade” (TORRES, 1990, p. 69).

Sustenta que o mínimo existencial se fundamenta nas condições para o exercício da liberdade, que, por seu turno, se expressam no princípio da igualdade, na proclamação do respeito à dignidade humana, na cláusula do Estado Social de Direito e em inúmeras outras classificações constitucionais ligadas aos direitos fundamentais.

O direito às condições mínimas de existência digna, incluindo-se entre os direitos da liberdade não se confunde com os direitos econômicos e sociais ou com os chamados direitos fundamentais sociais, posto que estes se apoiam na ideia de justiça social. (TORRES, 1990, p. 70).

Sarlet (2010) lembra que o mínimo existencial teve a primeira importante elaboração na Alemanha, em 1950, sendo que o primeiro a sustentar “o reconhecimento de um direito à garantia positiva dos recursos mínimos para uma existência digna foi o publicista Otto Bachof” (citado por SARLET, 2010, p. 8), para quem o princípio da dignidade da pessoa humana “não reclama apenas a garantia da liberdade, mas também um mínimo de segurança social”. Relembra Sarlet (2010), ainda, que o Tribunal Administrativo da Alemanha, assim como o Tribunal Constitucional Federal, reconheceram “um direito fundamental a condições mínimas para uma existência digna”.

Para esse autor (SARLET, 2010, p. 9):

a garantia efetiva de uma existência digna abrange mais do que a garantia da mera sobrevivência física, situando-se, portanto, além do limite da pobreza absoluta. Sustenta-se, neste sentido, que se uma vida sem alternativas não corres-

ponde às exigências da dignidade humana, a vida humana não pode ser reduzida a mera existência.

Segundo esse autor, é impossível estabelecer de modo taxativo quais seriam os elementos nucleares do mínimo existencial, “no sentido de um rol fechado de posições subjetivas (direitos subjetivos) negativos e positivos correspondentes ao mínimo existencial”.

Para esse autor o reconhecimento de um direito ao mínimo existencial constitui, ao mesmo tempo, “condição e limite para a democracia”. Sustenta que, no que concerne à legislação constitucional, como limite do legislador, “a garantia do mínimo existencial se integra, no contendo do Estado Constitucional, ao conjunto do que já designou (Dworkin) de trunfos contra a maioria”.

Com efeito, o mínimo existencial, como já se disse, é considerado direito fundamental, decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana. A garantia do mínimo existencial na verdade nada mais é do que direito não apenas a viver, sobrevivendo, mas também a viver dignamente, ou seja, ter uma vida boa, com condições mínimas de dignidade – que inclui proteção aos direitos individuais e a uma vida em condições materiais mínimas de existência.

O mínimo existencial tem sido largamente reconhecido pela doutrina e jurisprudência, tendo expressão/dimensão positiva (a prestações estatais) e outra expressão/dimensão negativa (direitos de defesa), sendo invocado nas mais diversas áreas do direito.

Nesse sentido, Ricardo Lobo Torres (1990, p. 75) sustenta que

O mínimo existencial é direito protegido negativamente contra a intervenção do Estado e garantido positivamente pelas prestações estatais.

O status negativus do mínimo existencial se afirma principalmente através de imunidades fiscais (o mínimo indispensável à habitação, vestuário e alimentação de pessoas de restrita capacidade econômica, do imposto de Renda sobre o mínimo necessário à subsistência do declarante e de seus

dependentes, das instituições assistenciais e filantrópicas), que nada tem que ver com a ideia de justiça ou com o princípio da capacidade contributiva.

O status positivus libertatis compreende as prestações estatais obrigatórias e necessárias ao mínimo existencial (prestações de serviço não oneradas por taxas, subvenções, auxílios financeiros, entrega de bens públicos independente de contraprestação financeira). Não se confunde com o status positivus socialis, fundado na ideia de Justiça Social, que só é garantido sob a reserva do possível ou na conformidade da autorização orçamentária.”.

Já para Sayonara Santos Lopes (2012, p. 16/21):

entendemos que saúde, educação fundamental e alimentação são necessidades básicas do ser humano e estão intrinsecamente ligadas ao status positivus libertatis.

(...)

Em verdade qualquer indivíduo necessita destes direitos que são interdependentes e devem ser satisfeitos em conjunto para que se alcance o mínimo existencial, núcleo da dignidade da pessoa humana, ainda que de forma progressiva.

(...)

A discussão em torno do que seja mínimo não deve ser confundida com a definição daquilo que seja possível, principalmente quando o referencial não é um país plenamente desenvolvido. Transferir a definição do mínimo para aquilo que é possível é permanecer omissos e alheios às reais condições da população que (sobre)vive abaixo da linha da pobreza.

Como se vê, esse direito ou garantia fundamental exige posição negativa por parte do Estado, decorrente da liberdade do indivíduo, contra qualquer tipo de constrangimento deste, assim como exige tarefa ou prestação estatal necessária a garantir esse mínimo existencial, podendo, também, ser invocado nas relações entre particulares (eficácia horizontal).

Concretização do mínimo existencial e capacidade contributiva

Como é sabido (e até instintivamente sentido por todos), a concretização do mínimo existencial exige que o Estado disponha de recursos humanos e materiais.

A sociedade brasileira apresenta dois sentimentos, aparentemente, antagônicos: se por um lado existe um sentimento consensuado e concordado de que deve o Estado efetivar o mínimo existencial, por outro também há um sentimento de que quanto menos pagar tributo será melhor.

Esse sentimento é bem sintetizado na fala do ex-presidente do Banco Central Gustavo Franco “Todos querem mais investimentos sociais, mas ninguém quer pagar mais impostos”, extraída do livro do professor Fabio Giambiagi (2011, p. 245).

A Constituição Federal de 1988 trouxe, como uma de suas características, ser uma Constituição do Estado Social, ou seja, ela é mais que um texto de organização do Estado (organização dos poderes, competências, etc.); pretende concretizar direitos sociais básicos.

Dirley da Cunha Junior (2011, p. 141), ensina que nossa Constituição é, sem dúvida “social”, “dirigente”, “compromissária”, “promissora” e “aberta ao futuro”, alinhando-se com o conceito de Constituição constitucionalmente adequada aqui apresentado, haja vista que ela não é mero instrumento de governo que fixa competências e ordena processos, mas sim, para além disso, um plano normativo global que anuncia metas, fins e programas a serem realizados pelo Estado e pela sociedade.

O Estado aqui não apenas concedeu direitos básicos, mas também se tornou implantador e garantidor de tais direitos.

Os recursos estatais são finitos e têm de fazer frente a todas as exigências da sociedade (inclusive garantir o mínimo existencial).

Paulo Bonavides (2016, p. 381), também preocupado com a questão, leciona que:

Até onde irá contudo na prática essa garantia, até onde haverá condições materiais propícias para traduzir em realidade o programa de direitos básicos formalmente postos na Constituição, não se pode dizer com certeza. É muito cedo para antecipar conclusões, mas não é tarde para asseverar que, pela latitude daqueles direitos e pela precariedade dos recursos estatais disponíveis, sobretudo limitados, já se armam os pressupostos de uma procelosa crise. Crise constitucional, que não é senão a própria crise constituinte do Estado e da Sociedade brasileira, na sua versão mais arrasadora e culminante desde que implantamos neste País a república há cem anos.

A Lei 4.320/64, no art. 9º, genericamente falando, estabelece que o Estado tem como principal fonte de obtenção de recursos a cobrança de tributos.

Nesse ponto, visualiza-se uma questão cultural (notadamente nos países latinos): em regra, as pessoas encaram o pagamento de tributos como algo ruim.

Aos poucos essa visão vem se alterando. Como bem menciona o professor Leandro Paulsen, a tributação, em Estados democráticos e sociais, é instrumento da sociedade para a consecução dos seus próprios objetivos. Pagar tributo não é mais uma submissão ao Estado, tampouco um mal necessário. É, isto sim, dever fundamental de toda pessoa que integra uma sociedade e que, por isso, tem responsabilidade pela sua organização e manutenção (PAULSEN, 2013, p. 18-19).

Alguns doutrinadores já mencionam o “dever fundamental de pagar impostos”, tendo em vista que se trata do principal meio de obtenção de recursos por parte do Estado, como mencionamos acima.

Para Gilmar Ferreira Mendes (2011, p. 1476-1477):

(...) Um texto constitucional como o nosso, pródigo na concessão de direitos sociais e na promessa de prestações estatais aos cidadãos, deve oferecer ao Estado instrumentos suficientes para que possa fazer frente às inevitáveis despesas que a efetivação dos direitos sociais requer. O tributo é esse instrumento.

Considera-se, portanto, a existência de um dever fundamental de pagar impostos, tal como proposto pelo portu-

guês José Casalta Nabais. No caso da Constituição Federal de 1988, tal dever viria expresso no §1º do art. 145, da Constituição, em que se lê: “§1º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte”. Sob esse marco constitucional, parece possível partir da colmatação da lacuna inicial relativa à explicitação de um óbvio dever fundamental de pagar impostos à superação da lacuna ainda mais grave consistente em haver-se obscurecido o imperativo de equidade e isonomia na distribuição dos ônus da tributação.

Este último ponto é decisivo e elimina, por completo, a descrição individualista da oposição supostamente aporética entre cidadão e Estado. Cuida-se da circunstância de que o imperativo normativo e mesmo factual de financiamento do Estado fiscalmente responsável pela vis central da tributação instaura entre agentes privados um conflito ineliminável: a disputa acerca do modelo institucional de distribuição dos custos de financiamento das políticas públicas. Existe um inegável conflito entre os cidadãos e agentes privados no sentido de transferir para os demais concidadãos o ônus da tributação, furtando-se, tanto quanto possível, de tal encargo. Ao disciplinar de maneira isonômica, segundo a capacidade econômica do contribuinte, a distribuição dos ônus tributários e operar por meio da fiscalização tributária para conferir efetividade a esse objetivo, o Estado está verdadeiramente a prestar aos cidadãos a função de árbitro de um conflito ineliminável entre agentes privados.

A partir dessa constatação do ministro Gilmar Mendes, temos que nos debruçar sobre a questão da capacidade contributiva como fomentadora da justiça fiscal e ao mesmo tempo financiadora das políticas públicas destinadas à concretização do mínimo existencial, não nos esquecendo do direito dos contribuintes.

Imagine-se dois exemplos de um mínimo existencial: direito à educação fundamental e média e direito a assistência médica.

Esses dois exemplos exigem que o Ministério da Educação e o Ministério da Saúde tenham dotação orçamentária para enfrentar e alcançar o mínimo existencial à população.

O orçamento é custeado por toda a sociedade e, principalmente, pelo pagamento de tributos que toda a sociedade faz.

Toda a sociedade tem de contribuir de forma igual?

Essa parece ser a pergunta singela, todavia, vamos abordar a complexidade que está por trás dessa questão.

Humberto Ávila (2012, p. 432), com enfoque na defesa da sociedade, mencionando Luciano Amaro, diz que: Como os impostos devem ser graduados segundo a capacidade econômica dos contribuintes, eles não podem aniquilar essa capacidade econômica, no sentido de não permitir que o sujeito passivo possa ter a possibilidade de desenvolver sua existência digna (art. 1º), sua livre iniciativa (art. 170, *caput*), o livre exercício de atividade econômica (art. 170, parágrafo único) e sua propriedade privada (art. 5º, *caput*, e 170, II).

Continuando, Humberto Ávila (2012, p. 432) afirma que o princípio da igualdade é mais amplo que o princípio da capacidade contributiva. Este, como será demonstrado, constitui a concretização setorial específica do princípio da igualdade, no caso das normas tributárias primariamente criadoras de encargos. O âmbito de aplicação do princípio da igualdade é, todavia, mais extenso que o do princípio da capacidade contributiva, porque o princípio da igualdade tanto se aplica para aquelas normas que têm por finalidade primária a criação de encargos (subtração de valores) quanto para aquelas que têm por finalidade primária a alteração de comportamentos (afetação dos direitos de liberdade). A eficácia modificativa de comportamentos (*Gestaltungswirkung*) deve ter constitucionalidade medida pela compatibilidade com os direitos fundamentais a serem devidamente aplicados mediante o emprego do postulado da razoabilidade, da concordância prática e da proporcionalidade. O Princípio da igualdade pode fundamentar a obrigatoriedade de comportamentos variados que não mantêm vinculação com a capacidade contributiva.

Diante disso, não temos como deixar de lembrar do princípio “genérico” de igualdade trazido pelo art. 5º da Constituição Federal: “Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (...)”.

Já no Direito Tributário, o princípio da igualdade vem positivado no art. 150, II, da Constituição, nos seguintes termos:

“Art. 150 – Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao DF e aos Municípios:

II – Instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente (...)

Da análise do artigo 150, nos vem a ideia de que a carga tributária tem de ser distribuída de forma equânime, ou seja, os economicamente mais fracos (pobres e classe média) têm de contribuir com o que podem, e a classe mais abastada deve contribuir mais, tendo em vista a maior capacidade econômica.

Será que é essa nossa realidade?

Para melhor responder a essa pergunta, é necessária uma análise sobre o princípio da Capacidade Contributiva (art. 145, §1º, da CF/88), a partir de duas perspectivas:

a. Capacidade contributiva a partir do mínimo existencial

A partir da ideia de dignidade da pessoa, qual seria a renda que garantiria um “mínimo vital”? O art. 7º, inciso IV, da Constituição traz um norte para a análise, informando que o salário mínimo tem de ser capaz de atender a necessidades vitais básicas da pessoa e de sua família.

Para Alfredo Augusto Becker (2008, p. 454), a renda ou capital presumido devem ser em valor acima do mínimo indispensável para a subsistência do cidadão, garantindo-lhe o mínimo existencial.

O salário mínimo nacional, em 2016, está fixado em R\$ 880,00. Os estados também fixam seus salários mínimos estaduais. Por outro lado, o Executivo federal enviou projeto de lei

alterando a tabela do Imposto de Renda e fixando como valor isento o importe de R\$ 1.999,18¹.

Em outras palavras, o Estado entende que o valor de R\$ 1.999,18 é intangível pela tributação. Só existirá capacidade contributiva para quem aferir riqueza maior que o valor acima citado, ou seja, esse valor materializa a ideia do mínimo vital para o contribuinte/cidadão.

Concordando com essa tese, Vieira Andrade (1976, p. 388) menciona que, nesse contexto, nos parece que se poderá afirmar, pelo menos, o direito à não tributação do rendimento necessário ao mínimo de existência – não apenas porque se trata de prestação jurídica que se traduz em prestação de fato negativa (embora envolva custo econômico), mas também porque representa, logicamente, o mínimo dos mínimos.

b. Capacidade contributiva para a garantia do mínimo existencial por parte do Estado

Como visto acima, no Brasil o Estado não apenas concedeu direitos básicos, mas também se tornou implantador e garantidor deles; todavia, necessita de recursos oriundos da tributação.

Por outro lado, também tem-se presente a ideia de justiça fiscal, pela qual todos (pessoas físicas e jurídicas) devem contribuir com o Estado, para que este possa fazer frente a todas as despesas necessárias para garantir um mínimo existencial aos cidadãos; todavia, essa contribuição deve ser realizada considerando a força econômica de cada contribuinte, ou seja, considerando sua capacidade contributiva.

Para Paulo de Barros Carvalho (2016, p. 178), a capacidade contributiva do sujeito passivo sempre foi o padrão de referência básico para aferir-se o impacto da carga tributária e o critério comum dos juízos de valor sobre o cabimento e a proporção do expediente impositivo. Mensurar a possibilidade econômica de contribuir para o erário com o pagamento de tributos é o gran-

de desafio de quantos lidam com esse delicado instrumento de satisfação dos interesses públicos e o modo como é avaliado o grau de refinamento dos vários sistemas de direito tributário.

Aprofundando o tema, Leandro Pausem (2015, p. 49) afirma que a maior parte da doutrina diz tratar-se de um princípio de sobredireito ou metajurídico, que deve orientar o exercício da tributação independentemente de constar expressamente da Constituição. Decorre desse princípio, basicamente, que o Estado deve exigir que as pessoas contribuam para as despesas públicas na medida da sua capacidade para construir, de maneira que nada deve ser exigido de quem só tem para a sua própria subsistência; a carga tributária deve variar segundo as demonstrações de riqueza e, independentemente disso, a tributação não pode implicar confisco para ninguém. Os extremos dessa formulação (preservação do mínimo vital e vedação de confisco) se aplicam a todas as espécies tributárias.

Pode-se citar o caso da Lei 8.821/89, do estado do Rio Grande do Sul, que, no art. 18, estabeleceu alíquotas progressivas para o ITCD (Imposto sobre a Transmissão *Causa Mortis* e Doação). Havia a alegação de inconstitucionalidade do artigo, tendo como centro do debate a aplicação do princípio da capacidade contributiva. O STF acabou entendendo, por maioria, pela constitucionalidade da lei gaúcha. Segundo a ementa:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. LEI ESTADUAL: PROGRESSIVIDADE DE ALÍQUOTA DE IMPOSTO SOBRE TRANSMISSÃO CAUSA MORTIS E DOAÇÃO DE BENS E DIREITOS. CONSTITUCIONALIDADE. ART. 145, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. PRINCÍPIO DA IGUALDADE MATERIAL TRIBUTÁRIA. OBSERVÂNCIA DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO. (RE 562045 / RS, Relator(a) Min. CÁRMEN LÚCIA. Dje 27/11/2013).

Como se vê, trata-se de complexa decisão política do Estado, que, por meio do Legislativo, tem de criar legislação que, ao mesmo tempo, garanta recursos ao Estado, a fim de que este enfrente e implante políticas públicas, e garanta o princípio aqui

¹ Disponível em: <fonte: <http://idg.receita.fazenda.gov.br/noticias/ascom/2016/maio/governo-enca-minha-ao-congresso-projeto-que-altera-legislacao-de-imposto-de-renda>> Acesso em: 12/06/2016.

abordado (capacidade contributiva), sob esses dois enfoques acima trabalhados.

Considerações finais

De todo o exposto, observa-se que o homem, pelo simples fato de ser humano, dotado de dignidade, é a razão de ser do Estado Democrático de Direito. Este ente (Estado), ao contrário do homem, não tem um fim em si mesmo, mas é um meio para atendimento das necessidades do ser humano e existe para a concretização dessas necessidades, garantindo a todos uma vida digna e um mínimo existencial.

De outro lado, o tão invocado mínimo existencial, que não tem conteúdo fechado e definitivo, podendo ser modificado no tempo e espaço, precisa ser realizado e concretizado, seja por meio de ações negativas por parte do Estado, seja via prestações positivas, garantindo aos seus cidadãos uma vida minimamente boa.

Para tanto, o Estado necessita de condições materiais e humanas para efetivação de seu dever. E o faz por meio da arrecadação de tributos.

Diante disso é que se tem como aliado também o princípio da capacidade contributiva, no sentido de ser tanto fomentador da justiça fiscal e financiador das políticas públicas, como garantidor desse mínimo existencial e da dignidade da pessoa humana.

Inobstante, é, pois, sob esse viés, que se tem como atendido o princípio da igualdade material, pois que daqueles que tenham maior capacidade de contribuir para as despesas públicas deve ser exigido mais, ao passo que nada deve ser exigido de quem só tem para a sua própria subsistência, variando, portanto, a carga tributária.

Tais extremos levam a garantir a dignidade da pessoa humana e preservar o mínimo vital, efetivando-se os direitos fundamentais e o próprio Estado Democrático de Direito.

Referências

- ANDRADE, Viera (1987). *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976.2.* ed. Coimbra: Almedina, ano 1987.
- ÁVILA, Humberto. (2012). *Sistema Constitucional Tributário.* São Paulo: Saraiva, 2012.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.* Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BERTONCELLO, K. R. *Superendividamento do consumidor - mínimo existencial - casos concretos.* São Paulo, SP: Revista do Tribunais Ltda, 2015.
- BONAVIDES, Paulo.. *Curso de Direito Constitucional.* cidade: Malheiros, 2016.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário.* São Paulo: Saraiva, 2016.
- CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional Cidade: Jus Podium, 2011.*
- GIAMBIAGE, Fabio, (2011). *Finanças Públicas Teoria e Prática no Brasil.* Ed. Campus, 2011.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes. 70 Textos Filosóficos* (pp. 1-120). Lisboa: Edições 70 Ltda, 2007.
- KRELL, Andreas Joachim. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um Direito Constitucional "Comparado".* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.
- LOPES, S. S.. *O direito ao mínimo existencial no caso concreto. Biblioteca Digital Fórum de Direito Público , 74, 2012.*
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional.* São Paulo: Saraiva.2011.
- PAULSEN, Leandro.. *Curso de Direito Tributário completo.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

_____. *Direito Tributário Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARLET, I. W. *Constitucionalismo e Democracia: breves notas sobre a garantia do mínimo existencial e os limites materiais da atuação do legislador, com destaque para o caso da Alemanha*. *Ajuris*, 37, 74-94, 2010.

_____. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

TORRES, R. L. O Mínimo existencial e os direitos fundamentais. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, 42, 69/77, 1990.

_____. *O Direito ao Mínimo Existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*, vol. III; os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*. Ed. São Paulo: Saraiva, 1972.

O PAPEL DA REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA NA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À MORADIA*

GUILHERME AUGUSTO FACCENDA**

* Eixo temático da sustentabilidade urbana: institutos e mecanismos

** Graduado em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Especialista em Direito Notarial e Registral pela Faculdade Meridional (IMED) e em Direito Público pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Mestrando em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Advogado. E-mail: guilhermefaccenda@gmail.com

Resumo

O presente artigo tem como escopo uma breve análise da regularização fundiária, instrumento de política urbana, apresentando seu caráter disciplinar transversal – pois é afeta a diversos ramos do direito, tanto público como privado – e, principalmente, a necessidade de harmonização da interpretação de seus institutos regulamentadores e procedimentos, utilizando uma interpretação principiológica que atenda às necessidades e riquezas do mundo dos fatos. É reconhecidamente um tema ainda em desenvolvimento, e seu objetivo básico é a garantia de um desenvolvimento urbano sustentável e equânime, provedor do direito social à moradia, especialmente para a população de baixa renda e em situação de residência irregular e informal.

Palavras-chave: Função social da Propriedade; Moradia; Regularização Fundiária.

Abstract

This article aims to make a brief analysis of land regularization, an instrument of urban policy, with its cross-disciplinary traits - because related to various branches of law, public and private – and especially the need for harmonization of the interpretation of regulatory institutions and procedures, using an interpretation based on principles, that fits the needs and variety of the real world. Admittedly a theme still under development, its basic objective is to guarantee a sustainable and equitable urban development, social rights to housing, especially for the low-income population under irregular and informal residential status.

Keywords: Housing; Regularization; Social function of property.

Introdução

O objetivo do presente trabalho é a análise da regularização fundiária, que surge como forma de efetivação de preceitos constitucionais fundamentais. É inegável que a temática da regularização fundiária engloba assuntos pertinentes a outras áreas do conhecimento, tais como arquitetura, urbanismo, engenharia, e certamente suscita muitas controvérsias a respeito de políticas públicas. Entretanto, a delimitação desta breve pesquisa será no sentido de abranger os aspectos jurídicos do tema, em especial os direitos e deveres positivados pela legislação pátria, sua sistematização e seus fundamentos constitucionais de validade, sempre em busca de uma forma de concretização destes.

A relevância do tema é flagrante, diante da realidade urbana brasileira. O direito social à moradia foi integrado ao artigo 6º da Constituição Federal por meio da Emenda número 26/00. No entanto, já era reconhecido como direito humano desde 1948, pelo artigo 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Nesse cenário, a regularização fundiária surge como proposta de instrumento de efetivação desses direitos. José Afonso da Silva vai além, referindo que o direito à moradia constava de previsão originária da Constituição Federal de 1988, pois, no artigo 23, estabelecia ser competência comum dos entes federados a promoção de programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento (SILVA, 2013, p. 318). Ainda, defende que a moradia deve garantir uma série de outros direitos (como dignidade, saúde e intimidade) sob pena de ser um “direito empobrecido” (SILVA, 2013, p. 318).

Como os demais direitos fundamentais, o direito social à moradia abrange um complexo de posições jurídicas objetivas e subjetivas, de natureza negativa (direito de defesa) e positiva (direito a prestações). Na condição de direito de defesa (negativo), o direito à moradia impede que a pessoa seja privada arbitrariamente e sem alternativas de uma moradia digna, por ato do Estado ou de outros particulares. (...) Por sua vez, em termos de efetivação da dimensão prestacional do direito à moradia, importa mencionar o Es-

tatuto da Cidade (Lei n. 10.257, de 10-07-2001), cuja principal meta é dar efetividade às diretrizes constitucionais sobre política urbana, estando a contribuir para a difusão de um verdadeiro direito à cidade. (SARLET; CANOTILHO et al., 2013, p. 2013, p. 295).

Na realidade brasileira atual, muitos carecem do direito à moradia, o que acarreta inexorável reflexo em outros direitos, como o direito à saúde, à segurança, quando não à própria dignidade humana. Ainda, muitas moradias decorrem de expansão urbana desordenada, igualmente incapazes de oferecer vida digna (a chamada “favelização” da cidade). No Brasil, segundo o censo de 2010 do IBGE1 (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), mais de 84% da população vivem em áreas urbanas, e esse número tende apenas a crescer. Ainda, segundo a referida autarquia, em 2013 constatou-se que, dos 5.570 municípios do Brasil, apenas 2.780 contam com plano diretor2, 2.476 têm legislação sobre ZEIS3 (averbando-se que a ZEIS é Zona Especial de Interesse Social, parcela de área urbana instituída pelo plano diretor ou definida por outra lei municipal, destinada predominantemente à moradia de população de baixa renda e sujeita a regras específicas de parcelamento, uso e ocupação do solo); 3.125 dispõem de legislação sobre parcelamento do solo4, e 1.485 contam com legislação sobre estudo de impacto de vizinhança5.

De modo geral, esses dados não representam um cenário positivo. Apesar de a Lei 11.977 fazer referência a todos os entes políticos, o Estatuto da Cidade, como bem recorda Carvalho Filho, determina ao município o protagonismo de implantar e executar projetos urbanísticos, não se permitindo inércia do administrador municipal em relação à ordem urbanística, desenvolvimento urbano e bem-estar dos habitantes de seu território,

1 Disponível em: http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv64529_cap6.pdf. Acesso em 09 de abril de 2015.

2 Disponível em ftp://ftp.ibge.gov.br/Perfil_Municipios/2013/pdf/tab13.pdf. Acesso em 03 de junho de 2015.

3 Disponível em ftp://ftp.ibge.gov.br/Perfil_Municipios/2013/pdf/tab16.pdf. Acesso em 03 de junho de 2015.

4 Idem, Ibidem.

5 Idem, Ibidem.

inclusive com o poder de suplementar as legislações da União e dos estados no que for cabível, por questões de interesse local (CARVALHO FILHO, 2013, p. 24).

No pensar de Marcelo Neves (CANOTILHO et al., 2013, p. 101), tanto a legislação simbólica como a constitucionalização simbólica caracterizam-se pela ausência de concretização, conquanto representem um papel político relevante. A Lei de Parcelamento do Solo urbano existe desde 1979, porém, um simples olhar à realidade demonstra que suas diretrizes não vêm surtindo efeitos. Assim, surgem propostas de soluções no âmbito legislativo (Lei 11.977/09) e administrativo (Provimento nº 21/11 da CGJ/RS), buscando efetivar direitos sociais de maneira ordenada.

De forma acertada e precisa, Francisco Eduardo Loureiro inicia seus comentários ao Livro III da Parte Especial do Código Civil ressaltando que o direito das coisas passa por uma crise. Um dos motivos dela seria o anacronismo principiológico dos institutos; segundo o autor, “o direito das coisas ainda encontra-se ancorado em princípios oitocentistas, como a tipicidade, a propriedade como direito subjetivo absoluto e instituição monolítica” (PELUSO, 2013, p. 1126). O autor aponta atraso em relação a outras áreas jurídicas, a exemplo do direito das obrigações, que há muito adotou a boa-fé objetiva, a justiça contratual e a função social do contrato como parâmetros, e do direito de família, com a igualdade entre filhos, entre cônjuges e a proteção integral à criança e ao adolescente⁶. O raciocínio e a conclusão do autor vêm ao encontro dos fundamentos da necessidade da regularização fundiária. Grande parte da crise dos direitos reais tem causa na falta de ponderação sobre o conflito entre estrutura e função. Norberto Bobbio, nos anos 1970, publicou obra intitulada “Dalla struttura alla funzione”, na qual o autor explica, em apertada síntese, que o direito se dedicou excessivamente ao estudo de estruturas, por influência de Hans Kelsen.

⁶ Recentemente a Emenda Constitucional nº 65/10 estendeu a proteção integral constitucional para o denominado “jovem”, cuja idade, segundo o Estatuto da Juventude, vai dos 15 aos 29. Não passa sem crítica a opção do Poder Constituinte Derivado Reformador, pois, se todos são prioridade, ninguém verdadeiramente o é.

Reconhecendo-se a grandiosidade do desafio de prover moradias, ainda assim não se pode esquecer que já em 1968 o francês Henri Lefebvre idealizou uma perspectiva ainda mais impactante: o direito à cidade. As necessidades do mundo urbanizado abrangem todas as estruturas que a cidade deve oferecer, englobando aspectos econômicos, culturais, dentre outros (LEFEBVRE, 2011, p. 105), certamente não terminando na garantia de uma residência. Sob essas premissas é que se adequa a análise da regularização fundiária.

Conceito e abrangência

Ensina Rômulo Russo Júnior (GUERRA; BENACCHIO, 2011, p. 160) que apenas uma usucapião não é capaz de equacionar a questão urbana e ambiental, razão pela qual o procedimento de regularização fundiária apresenta-se mais amplo e complexo do que as formas de titulação estudadas – com as devidas ressalvas e temperamentos feitos em relação aos instrumentos urbanísticos, se corretamente utilizados.

A regularização fundiária tem conceito amplo e abrangente, instituído pelo artigo 467 da Lei 11.977/09. Nas palavras de José dos Santos Carvalho Filho:

O alvo do dispositivo é a parte da comunidade menos favorecida quanto à renda familiar e ao status econômico em geral. A precária situação econômica das pessoas, que normalmente se agrupam em conglomerados sem qualquer condição digna de vida não pode ser obstáculo à ação urbanística do Poder Público. Tal situação, ao revés, reclama muito maior atenção por parte das autoridades públicas, que devem encetar todos os esforços para proporcionar a essas pessoas um mínimo que seja de conforto e de bem-estar, e para isso é necessário que se adotem algumas providências no campo urbanístico. (CARVALHO FILHO, 2013, p. 70).

⁷ O artigo 46 estabelece que “a regularização fundiária consiste no conjunto de medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais que visam à regularização de assentamentos irregulares e à titulação de seus ocupantes, de modo a garantir o direito social à moradia, o pleno desenvolvimento das funções sociais da propriedade urbana e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado”.

Em seu primeiro capítulo, é criado o programa governamental intitulado “Programa Minha Casa, Minha Vida”, com a finalidade de propiciar incentivos à aquisição de unidades habitacionais (ou de requalificar as existentes), tanto em imóveis rurais como nos urbanos. Geralmente a Lei 11.977 é referida com a denominação de Programa Minha Casa, Minha Vida, do capítulo I. Ocorre que, na verdade, suas inovações jurídicas mais impactantes estão localizadas nos capítulos II e III, os quais têm aplicação mais ampla que o referido programa governamental.

O Programa Minha Casa Minha Vida, do Governo Federal, se destina ao custeio de moradia à população de baixa renda. A regularização fundiária, portanto, prevista nesse diploma legal, está ligada ao Programa citado, a fim de viabilizar a titulação da propriedade imobiliária à população carente do país, por meio de um sistema gestor de caráter público cuja função é gerir os recursos financeiros (...). (PAIVA, 2014, p. 343).

O capítulo II traz normas de registro eletrônico e de emolumentos relativos a registros *lato sensu* realizados com base nessa lei. O registro eletrônico aos poucos vem sendo implantado no Brasil. Apesar de uma normativa nacional para os Registros de Imóveis ainda estar em fases de debates, o CNJ (Conselho Nacional de Justiça) já criou, por meio dos provimentos de número 18 e 38, respectivamente, a CENSEC (Central Notarial de Serviços Eletrônicos Compartilhados) e o CRC (Central de Informações do Registro Civil). Ambos buscam uma interligação das serventias entre si, a sociedade e o Poder Público. Walter Ceneviva refere-se a esse capítulo como sendo o “primeiro de uma série de erros legislativos” (CENEVIVA, 2010, p. 717), pois essas normas são estranhas à ideia geral da lei – seria necessária normatização própria e apartada, por questões de sistematização e de coerência. Todavia, inegável que a modernização e a utilização de meios de comunicação mais céleres apenas irão contribuir para a eficácia dos instrumentos de criação de moradias.

O capítulo III, composto pelos artigos 46 até 71-A, intitulado “Da Regularização Fundiária de Assentamentos Urbanos”, é, sem dúvida, o mais importante para o tema aqui tratado.

Seus artigos trazem as normas gerais a serem observadas para a regularização fundiária. Por fim, o capítulo IV apresenta as disposições finais, com importantes modificações em outras leis, bem como regras de direito material e processual.

Causa certa estranheza o fato de a Lei 11.977 advir de uma medida provisória (número 459/09), pois a urbanização desordenada já é problema de raízes históricas no Brasil, conquanto em alguns locais exista a “relevância e urgência” que a Constituição Federal exige para a edição dessa modalidade normativa. Conforme bem explicita Eduardo Arruda Augusto, a grande e rápida demanda por moradias em centros urbanos, causada por população em busca de emprego e meios de sobrevivência, estimulou a burla à lei do parcelamento do solo urbano (AUGUSTO, 2013, p. 417). A Lei 6.766 enumera diversos requisitos (o que é de se esperar, pois moradias urbanas adequadas devem atender às mais diversas demandas de uma vida digna, como água, eletricidade, iluminação, saneamento, etc.), e sua concretização requer investimentos infraestruturais. “No final, o prejuízo maior é da própria sociedade, uma vez que acaba sobrando para o Poder Público municipal suprir as deficiências de uma comunidade que foi instalada de forma irresponsável pela especulação imobiliária” (Op. Cit.). Em uma visão globalizada, o fenômeno da rápida urbanização atinge a todos os países. Segundo o último relatório da ONU, cerca de 54% da população mundial atualmente vivem em zona urbana; a expectativa é que esse número suba para 70% até 2050⁸. Como já demonstrado na introdução, o Brasil segue o mesmo padrão.

Por mais que se argumente que apenas grandes centros urbanos apresentam favelização em escala expressiva, municípios menores também devem contar com política urbana compatível. Se suas propriedades imobiliárias se desenvolverem à margem do Registro de Imóveis, a transferência desses bens restará impossibilitada. O surgimento de loteamentos clandestinos, além de não oferecer qualquer garantia de disponibilidade

8 Disponível em <http://www.un.org/en/development/desa/population/theme/urbanization/index.shtml>. Acesso em 09 de abril de 2015.

de um imóvel, possivelmente descumprirá regras ambientais e urbanísticas.

O motivo de se realizar esta abordagem abrangente é delimitar a aplicação do instituto em comento. A regularização fundiária do capítulo III da Lei 11.977 não se aplica apenas a áreas favelizadas de populosos centros urbanos (apesar de se dar nestas sua efetivação mais impactante, perceptível e urgente). É plenamente possível sua utilização para legalizar o registro de loteamentos irregulares já implantados. Essas peculiaridades geram a possibilidade de se falar em espécies de regularização fundiária, o que será estudado no item seguinte.

Observe-se que, no próprio conceito de regularização fundiária, não está presente a necessidade de habitação preponderante por população de baixa renda – o que não significa que estes não devam ter prioridade no tocante a políticas públicas, consoante a máxima de igualdade aristotélica de tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades. Ao mesmo tempo, também faz jus a instrumentos de regularização a parte da população que, a despeito de não carecer de equipamentos urbanos e comunitários, habita lotes de titulação irregular ou inverídica.

Integra, outrossim, o conceito de regularização fundiária a ideia de “assentamento irregular”. Pela própria lei, são as ocupações inseridas em parcelamentos informais ou irregulares, localizadas em áreas urbanas públicas ou privadas, utilizadas predominantemente para fins de moradia. Essa noção também independe da condição financeira, social ou econômica de seus habitantes.

Em outras palavras, é estreme de dúvidas o fato de que a carência de moradia digna afeta quase exclusivamente a população carente. Todavia, é bem verdade que as classes mais altas da sociedade muitas vezes buscam formatar a cidade em seu benefício, e talvez o exemplo mais impactante sejam os condomínios fechados de lotes, áreas cercadas que buscam formar uma cidade isolada dentro de uma cidade (HARVEY, 2012, p.

67). Em breve pesquisa jurisprudencial⁹, é possível encontrar dezenas de casos em que a urbanização acaba atacando áreas ambientais protegidas, e muitas dessas propriedades irregulares não são de população de baixa renda. Em ambos os casos, pode-se falar da necessidade de “regularização fundiária”. O que muda, em cada caso, são os aspectos a ser regularizados, a urgência e a maior ou menor atuação do Poder Público.

Em defesa da ordem urbanística e ambiental, são essenciais a presença e a atuação do Ministério Público. Já para a titulação dos imóveis (e eventuais comunicações ao *parquet*), o papel do Registro de Imóveis na regularização fundiária existe pelo princípio fundamental que rege a aquisição da propriedade imóvel no Brasil, qual seja, pelo registro do título aquisitivo. A titulação dos ocupantes também integra o conceito de regularização fundiária do artigo 46 da Lei 11.977. Este opera a necessária publicidade que os direitos reais demandam para sua eficácia *erga omnes*. Nas palavras de Alexandre Guerra:

Este formalismo se justificava e ainda sobressai, entre nós, fundamentalmente pelo fato de que o direito real gerado deve prevalecer *erga omnes*. Daí, o direito real não haveria que resultar exclusivamente de acordo entre as partes, quer por força da publicidade, quer por razões de seguran-

⁹ Um caso recente é o AgRg no Resp 571.389/SC. Ementa: AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EDIFICAÇÃO IRREGULAR EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. DUNAS E VEGETAÇÃO DE RESTINGA. ACÓRDÃO REGIONAL QUE, EMBORA RECONHEÇA A IRREGULARIDADE, MANTÉM A EDIFICAÇÃO. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 2º, F, E PARÁGRAFO ÚNICO, E 3º, B, E § 1º, DA LEI 4.771/1965. CONFIGURADA. DEMOLIÇÃO DA CONSTRUÇÃO E RECUPERAÇÃO DA ÁREA DEGRADADA. NECESSIDADE. 1. Na origem, o Ministério Público do Estado de Santa Catarina propôs ação civil pública contra os antigos e o atual proprietário de imóvel, pois teriam edificado em área de preservação permanente de dunas e de vegetação de restinga fixadora das dunas (“Praia do Santinho - Bairro do Ingleses”), pleiteando a demolição da edificação, sem prejuízo da recuperação ambiental e da indenização por danos morais coletivos. 2. Ao negar provimento ao recurso de apelação do Parquet, o Tribunal de origem entendeu por bem, “mesmo verificando a possibilidade de real impacto ambiental e considerando que a área em análise deveria de fato ser preservada” (fl. 237, e-STJ), manter as edificações irregulares na área de preservação permanente de dunas e restingas. 3. Todavia, estando a construção edificada em área prevista como de preservação permanente, limitação administrativa que, só excepcionalmente, pode ser afastada (numerus clausus), cabível sua demolição com a recuperação da área degradada, haja vista contrariedade direta aos arts. 2º, f, parágrafo único, e 3º, b, § 1º, da Lei 4.771/1965, interpretados restritivamente. 4. Ademais, as “restingas” são ecossistemas associados ao bioma “Mata Atlântica”, encontrando proteção também no art. 2º da Lei 11.428/2006 (Lei da Mata Atlântica). Agravo regimental provido para, em realinhamento do meu entendimento, conhecer do agravo e dar provimento ao recurso especial.

ça comercial, para que o direito exista e possa valer perante todos os membros da sociedade, é preciso que a sociedade tenha concorrido para estabelecê-lo e que lhe sancione a existência. (GUERRA; BENACCHIO, 2011, p. 38).

Apesar de ser uma base fundamental e inexorável do estágio final da regularização fundiária (qual seja, a titulação dos imóveis), não é qualquer propriedade que se busca garantir. É uma propriedade que atenda à função social. Conforme já se explicitou, com base nas ideias de Norberto Bobbio, não é uma mera estrutura de propriedade que se busca, mas sim uma propriedade funcional, apta à moradia digna. José dos Santos Carvalho Filho explica que a urbanização é o fenômeno semelhante ao êxodo rural (é a concentração de populações em cidades), enquanto a urbanificação é o conjunto de medidas necessárias para que se estruturam e se funcionalizem as áreas urbanas.

Se observados à risca esses preceitos, além das proteções oriundas dos direitos reais, na seara do direito privado, serão protegidos diversos direitos sociais de segunda e terceira dimensões, notadamente a moradia e o meio ambiente. Conforme já se expôs no início desta pesquisa, não se pode subestimar o direito à moradia (o qual, felizmente, foi introduzido em nossa Carta Magna por meio de Emenda) e seu impacto em outros direitos. Acertadamente, Eduardo Arruda Augusto, ao comentar o fenômeno do êxodo rural da década de 60 no Brasil, relaciona habitação com dignidade, saúde e até com segurança:

Nenhum dos centros urbanos possuía estrutura para receber, de uma hora para outra, milhares de pessoas em busca de emprego, moradia e, principalmente, de condições para sobreviver. A maior parte dos migrantes não possuía qualificação suficiente para suprir as necessidades da indústria, nem condições financeiras para a própria sobrevivência. O resultado não poderia ser outro: alto índice de desemprego, favelização nas periferias, proliferação de doenças e aumento da criminalidade. (AUGUSTO, 2013, p. 415).

Em apertada síntese, Carvalho Filho ensina que a regularização fundiária consiste na conversão de uma situação meramente de fato em uma situação adequadamente jurídica

(CARVALHO FILHO, 2013, p. 70). E, como conclusão dessa abordagem, merece transcrição a lição de Eduardo Arruda Augusto:

O procedimento de regularização fundiária é um instrumento em prol da comunidade, visando a garantir uma moradia digna a todos, não podendo, portanto, ser utilizado em favor dos loteamentos clandestinos, que são os principais responsáveis pela caótica situação das cidades. Na necessidade de socorrer os moradores desses empreendimentos clandestinos, a regularização do parcelamento não desconfigura o delito de parcelamento irregular do solo, nem desonera o empreendedor de indenizar o Estado pelos prejuízos causados ao ordenamento urbano (infraestrutura não implantada, não disponibilização de áreas públicas, sistema viário deficiente etc). Portanto, antes de iniciar o procedimento de regularização fundiária, o poder público municipal deverá comunicar o fato ao Ministério Público, para as providências na esfera criminal, e ajuizar uma ação civil pública em face do loteador para que este indenize os cofres públicos. (AUGUSTO, 2013, p. 447).

Essencial para a consecução dos fins sociais a atuação tanto do *parquet* como do oficial registrador de imóveis, em colaboração com a administração, com o fim de proteger a população carente e efetivar as sanções penais da Lei 6.766. Como instituição essencial à Justiça e titular da ação penal pública, é visível o papel que o Ministério Público representa frente à ordem urbanística. Não é outro o entendimento da Corregedoria-Geral de Justiça do Rio Grande do Sul: o artigo 510 da Consolidação Normativa Notarial e Registral, ao tratar de loteamentos clandestinos, define que, havendo indícios suficientes ou evidências da constituição de loteamento de fato, o oficial notificará o representante do Ministério Público. A teleologia da regularização fundiária é voltada ao interesse social da moradia digna, ao meio ambiente equilibrado e à cidade organizada, e esse procedimento não deve ter finalidade desviada por particulares nem pelo próprio Poder Público. É de extrema importância e pertinência a devida comunicação entre os órgãos ministeriais e registrares a fim de garantir a legalidade e a observância dos objetivos traçados.

Princípios positivados da regularização fundiária

A Lei do Programa Minha Casa Minha Vida, no artigo 4810, estabeleceu, observadas as diretrizes gerais do Estatuto da Cidade, cinco normas que deverão servir como princípios para todo procedimento. Ao que parece, o legislador não foi estritamente técnico ao se expressar. Com base nos ensinamentos de Humberto Ávila, parte qualificada da doutrina divide as normas em regras e princípios; estes últimos são prospectivos e finalísticos, sem pretensão de decidibilidade em abstrato (ÁVILA, 2008, p. 205). Frequentemente os princípios serão aplicados seguindo uma ponderação, conforme as particularidades de um caso concreto, efetivando-se na medida do que for possível dentro de um conflito. Os princípios não determinam com obrigatoriedade a decisão que deve ser tomada diante de um caso concreto (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 30).

Em se tratando de regularização fundiária, deve-se ter em mente que várias áreas distintas estão sendo regularizadas. Porém, estas merecem uma visão principiológica, pois a riqueza do mundo dos fatos vai muito além dos procedimentos e regras que o legislador positivo é capaz de estabelecer previamente. A valoração ambiental, urbanística e social da área a ser regularizada dependerá de diversos fatores jurídicos, sociais e antropológicos prévios ao procedimento.

Primeiramente, a lei determina ampliação do acesso à terra urbanizada pela população de baixa renda, com prioridade para sua permanência na área ocupada, assegurados o nível adequado de habitabilidade e a melhoria das condições de sustentabilidade urbanística, social e ambiental. Trata-se indu-

10 O referido artigo, antecipando a primazia da finalidade principiológica sobre a ordem de atos procedimentais, estabeleceu cinco princípios: I – ampliação do acesso à terra urbanizada pela população de baixa renda, com prioridade para sua permanência na área ocupada, assegurados o nível adequado de habitabilidade e a melhoria das condições de sustentabilidade urbanística, social e ambiental; II – articulação com as políticas setoriais de habitação, de meio ambiente, de saneamento básico e de mobilidade urbana, nos diferentes níveis de governo e com as iniciativas públicas e privadas, voltadas à integração social e à geração de emprego e renda; III – participação dos interessados em todas as etapas do processo de regularização; IV – estímulo à resolução extrajudicial de conflitos; e V – concessão do título preferencialmente para a mulher.

bitavelmente de norma finalística e principiológica, indicando objetivos e preferências, como um ideal a ser alcançado pelas políticas urbanas e pela legislação. O princípio, como espécie normativa prospectiva, permeia a aplicação de todo o arcabouço legislativo e, conseqüentemente, estará presente em todo o procedimento. Como consequência dessa prospecção buscada, sua aplicação ocorrerá no maior grau possível (ao contrário da norma da espécie regra, que se efetiva no plano do tudo ou do nada).

O segundo princípio determina articulação entre políticas habitacionais e ambientais em todos os níveis de governo e com a iniciativa privada. Segundo João Pedro Lamana Paiva, “Houve preocupação em harmonizar o direito à moradia com o direito ao meio ambiente, reforçando a concepção de que moradia não é apenas uma construção. Seu conceito vai muito além de garantir uma casa àqueles que não possuem” (PAIVA, 2014, p. 345). Ou seja, mais uma vez se tem presente a necessidade de harmonizar a legislação existente, conforme a teoria do diálogo das fontes.

O terceiro princípio estabelece a participação dos interessados em todas as etapas do procedimento. Este terceiro princípio da lei do Programa Minha Casa Minha Vida na verdade exterioriza um princípio já apontado como diretriz no Estatuto das Cidades, qual seja, a participação popular para a gestão democrática da cidade. Para o fim de implantar uma política urbana justa e adequada, é muito mais razoável que se ouçam os habitantes diretamente interessados, visto que estes são as pessoas que conhecem as peculiaridades locais e as necessidades mais prementes de se realizarem. Não se pode conceber o administrador como sendo onipresente no trato de políticas públicas que dizem respeito a uma população de determinada região.

Normalmente a obediência ao primado da participação popular no âmbito do Estatuto da Cidade ocorre por meio de audiências públicas para a oitiva da população diretamente interessada na mudança de infraestrutura. Todavia, há outras formas de exteriorização, como a subordinação da lei orçamentária

municipal às diretrizes do plano diretor¹¹, a fim de que os investimentos ocorram nas áreas mais carentes de infraestrutura – sem prejuízo à manutenção dos equipamentos já existentes nas áreas já regulares.

O quarto princípio é o estímulo à resolução extrajudicial de conflitos. É de se ressaltar essa constante fuga do Judiciário como uma tendência, em busca de soluções mais céleres e de paz social. Ainda há bastante dúvida se o novo Código de Processo Civil terá o condão de conferir mais celeridade a processos judiciais (embora muitos respeitáveis doutrinadores afirmem que ocorrerá justamente o contrário; por exemplo, apesar de ter ocorrido a extinção dos embargos infringentes, em realidade o rol de recursos do processo civil aumentou de oito para nove, com o desdobramento do “agravo” em agravo de instrumento e agravo interno (FUX; NEVES, 2015, p. 132)). O certo é que a constante fuga do processo judicial, seja para a arbitragem ou mediação, seja para os cartórios, mostra-se como solução menos dispendiosa e mais eficaz em médio e longo prazo. O exemplo mais marcante é a Lei 11.441, que trouxe a possibilidade de tabelionatos de notas lavrarem escrituras públicas de inventário e divórcio (processos judiciais sabidamente morosos e dispendiosos). Uma aplicação prática desse princípio, na esfera da regularização fundiária, é a tentativa de acordo que o registrador deve promover entre o ente promovente da demarcação e o proprietário registral da área.

O quinto estabelece preferência na concessão do título à mulher. Walter Ceneviva é incisivo ao reputar como inaceitável (CENEVIVA, 2010, p. 720) o dispositivo (que também vem previsto no artigo 51, §2º da lei), por afronta à igualdade de direitos entre homem e mulher. Não se comunga desse entendimento aqui. Justamente pela importância da igualdade entre homem e mulher, primeiro direito fundamental arrolado ao artigo 5º da Constituição, é que essa norma necessita de interpretação

sociológica para sua correta aplicação, como princípio que é. É sabido que, em um ambiente doméstico e familiar, a mulher apresenta-se em situação de fragilidade (salvo casos excepcionais, geralmente envolvendo idosos e adolescentes). São essas as diretrizes que orientaram a Lei n 11.340, conhecida como Lei Maria da Penha. Esta lei, apesar de seu positivo impacto social, adveio de uma vergonhosa omissão por parte do Estado diante dos reiterados atos de violência praticados contra a farmacêutica Maria da Penha Fernandes. Conforme noticiado no Senado:

O Brasil ignorou os pedidos de esclarecimento enviados de Washington. Ante o silêncio, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos decidiu em 2001 fazer uma condenação pública, para que o mundo ouvisse. Acusou o país de covardemente fechar os olhos à violência contra suas cidadãs. Foi uma humilhação internacional. Só então o governo começou a se mexer por uma lei contra a violência doméstica. Organizações feministas ajudaram na redação do projeto.¹²

Diante dessa situação de fragilidade, o legislador estabeleceu a preferência legal na outorga do título. Conquanto não se questione a necessidade de tratamento especial e diferenciado a fim de equalizar as relações familiares, a referida norma é digna de ponderação para sua aplicação prática. Se ambos os cônjuges ou companheiros exerceram a posse e demonstram convivência pacífica, buscando unicamente regularizar sua situação de moradia, ambos fazem jus igualmente ao título, em forma condominial.

Passando para uma interpretação teleológica, consoante a intenção do legislador, percebemos que o objetivo é privilegiar as mulheres que atuam como “chefe de família”. Vejamos a expressão contida nas disposições finais da lei:

Art. 73-A. Excetuados os casos que envolvam recursos do FGTS, os contratos em que o beneficiário final seja mulher chefe de família, no âmbito do PMCMV ou em programas de regularização fundiária de interesse social promovidos pela União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, pode-

¹¹ O Estatuto da Cidade, Lei 10.257, estabeleceu que art. 40. O plano diretor, aprovado por lei municipal, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana.

^{§ 1º} O plano diretor é parte integrante do processo de planejamento municipal, devendo o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e o orçamento anual incorporar as diretrizes e as prioridades nele contidas.

¹² Disponível em <http://www12.senado.gov.br/jornal/edicoes/especiais/2013/07/04/brasil-so-criou-lei-maria-da-penha-apos-sofrer-constrangimento-internacional>. Acesso em 15 de junho de 2015.

rão ser firmados independentemente da outorga do cônjuge, afastada a aplicação do disposto nos arts. 1.647 a 1.649 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil).

§ 1o O contrato firmado na forma do caput será registrado no registro de imóveis competente, sem a exigência de documentos relativos a eventual cônjuge.

§ 2o Prejuízos sofridos pelo cônjuge por decorrência do previsto neste artigo serão resolvidos em perdas e danos.

A doutrina do direito de família (FARIAS, 2013, p. 118) é consoante ao relatar que a expressão “chefe de família”, junto com o “pátrio poder” que lhe era inerente, é deveras anacrônica e inadequada para os dias de hoje, nos quais se busca igualdade de tratamento e de atribuições para o âmbito das entidades familiares. No entanto, resta cristalino o escopo do legislador ao conferir preferência à proteção patrimonial da mulher que, por seu trabalho e esforço, exerce protagonismo na direção patrimonial da entidade familiar, na educação dos filhos e na administração do lar. Ou seja, é nesse tipo de situação que o princípio referido deve ser aplicado, sendo injustificado estabelecer preferência dentro de uma entidade familiar em que as relações sejam travadas em pé de igualdade.

Espécies de regularização fundiária

A questão das espécies, ou modalidades, de regularização fundiária constitui problema mais de sistematização dos institutos do que de entendimentos doutrinários propriamente ditos. Todavia, para viabilizar aplicação prática organizada, é necessário analisar quantas e quais hipóteses fáticas a lei efetivamente prevê como casos de regularização – em especial porque tanto o Poder Público como o Ofício de Registro de Imóveis estão vinculados ao princípio da legalidade.

Para João Pedro Lamana Paiva, além da regularização de loteamentos dos artigos 39 a 41 da Lei 6.766, a Lei 11.977 trouxe três espécies de regularização fundiária, quais sejam, a de interesse social, a de interesse específico, a inominada (ou de

antigos loteamentos), enquanto a Lei 11.481 trata da regularização fundiária de imóveis do patrimônio público (PAIVA, 2013, p. 347).

Por sua vez, Walter Ceneviva e Eduardo Agostinho Arruda Augusto seguem a estrita base positiva. Segundo os autores, a lei cria apenas duas espécies de regularização fundiária de assentamentos urbanos: a de interesse específico e a de interesse social (CENEVIVA, 2010, p. 717; AUGUSTO, 2013, p. 422). De fato, os incisos VII e VIII do artigo 47 da Lei 11.977 citam apenas essas duas modalidades, em que a regularização fundiária de interesse específico tem um já mencionado caráter residual, enquanto a de interesse social tem casos elencados.

O doutrinador administrativista José dos Santos Carvalho Filho segue o mesmo entendimento, no sentido de serem duas as espécies de regularização fundiária, sendo que aquela de interesse específico tem caráter residual, abrangendo, segundo o autor, todos os casos não atingidos pela de interesse social (CARVALHO FILHO, 2013, p. 75/76).

Martha El Debs, Márcio Guerra Serra e Monete Hipólito, por seu turno, classificam a regularização fundiária de acordo com a situação fática apresentada, e apontam seis espécies: a de interesse social, a de área declarada como ZEIS, a de interesse específico, a de loteamento irregular pendente de regularização nos termos da Lei 6.766, a regularização de área urbana consolidada e a regularização de gleba parcelada de modo irregular antes de 19/12/79 (EL DEBS, 2015, p. 909; SERRA; SERRA, 2013, p. 157). Com a devida vênia, a divisão apresentada pelos referidos autores não parece a mais correta, pois acaba dividindo tipos de regularização similares (por exemplo, a área declarada como ZEIS consta dentre os casos de regularização fundiária de interesse social) e, pecando pela tautologia, poderia gerar dificuldades práticas desnecessárias.

Respeitadas as diversas interpretações, o âmbito da lei do Programa Minha Casa Minha Vida parece conter três modalidades diferenciadas e próprias: a de interesse social (artigos 53 a 60), a de interesse específico (artigos 61 e 62) e uma modalidade inominada (artigo 71), que, apesar de não dispor de capítulo

próprio ou menção no elenco do artigo 47, destaca-se em vários aspectos das demais. A regularização fundiária de imóveis públicos à qual alude a Lei 11.481 também apresenta peculiaridades próprias, o que já foge à breve análise que aqui se propõe.

Dentro da Lei 11.977, a terceira modalidade citada refere-se a glebas parceladas para fins urbanos anteriormente a 19 de dezembro de 1979 e que não tenham registro. Com esse procedimento, a lei determina que aquelas poderão ter sua situação jurídica regularizada com o registro do parcelamento, se este estiver implantado e integrado à cidade. Essa regularização, à semelhança das demais, poderá ser total ou parcial. Seu estudo demonstra, além da regularização, uma compreensão histórica de como o antigo Decreto-Lei 58/37 e a Lei 6.766 deixaram de colaborar com os parcelamentos destinados a pessoas de baixa renda, o que é bem explicado por João Pedro Lamana Paiva ao comentar que era exigida a destinação de 35% da área loteada ao Poder Público municipal, inviabilizando principalmente os parcelamentos destinados a populações de baixa renda, encarecendo os loteamentos urbanos (PAIVA, 2014, p. 363). Note-se que a Lei 11.977, no artigo 52, atenua justamente as exigências de áreas públicas mínimas, ao estabelecer que, na regularização fundiária de assentamentos consolidados anteriormente à publicação dessa lei, o município poderá autorizar a redução do percentual de áreas destinadas ao uso público. Tal faculdade discricionária se estendeu ao estabelecimento da área mínima dos lotes definidos na legislação de parcelamento do solo urbano. Andou bem o legislador ao estabelecer discricionariedade para essa redução, tendo em vista que cabe ao município organizar o solo urbano da maneira que melhor atenda às peculiaridades locais.

O referido autor classifica as irregularidades verificáveis nesses loteamentos em formais e materiais (PAIVA, 2014, p. 364). As primeiras são aquelas referentes aos loteamentos que, inobstante terem projetos aprovados, não lograram ingresso no sistema registral, mormente por deficiências documentais; as segundas ocorrem quando tais loteamentos são aprovados e registrados, porém descumpriram as obrigações assumidas nos

cronogramas, apresentando deficiência no desenvolvimento de obras. Diante desse cenário:

No Rio Grande do Sul, a Corregedoria-Geral de Justiça editou normas destinadas à regularização desses loteamentos instalados anteriormente à vigência da Lei 6.766, nos termos do Provimento nº 32/2006. Essas normas foram originadas da Circular nº 02/80-CGJ/RS, de 15-04-1980, que autorizava o registro de atos praticados anteriormente à vigência da Lei 6.766/79 (até 19-12-1979), independentemente de ter havido aprovação pelo Município ou de registro prévio do respectivo projeto de desmembramento. (PAIVA, 2014, p. 365).

O notável protagonismo gaúcho na regulamentação da regularização fundiária tem influência até hoje sentida na já citada Consolidação Normativa Notarial e Registral do Rio Grande do Sul, em especial com o intitulado Projeto More Legal IV (instituído por meio do Provimento nº 21/2011) e com o projeto Gleba Legal (Provimento nº 7/2005).

Um problema prático da regularização fundiária inominada consiste na prova da antiguidade do loteamento, para fins de adequação à hipótese legal prevista. Para tanto, o supracitado autor recomenda meios de prova documental, tais como lançamentos tributários, leis de oficialização de vias e logradouros pela municipalidade, fotos aéreas, autos de processos administrativos, instrumentos com firmas reconhecidas até 19 de dezembro de 79, ou atos com registro em Cartório de Títulos e Documentos, entre outros possíveis (rol exemplificativo) (PAIVA, 2014, p. 365-367).

No entanto, a toda evidência, a forma de regularização fundiária mais importante dos pontos de vistas social, urbano e ambiental é aquela de interesse social, pois direcionada à garantia de básicos direitos para os indivíduos em situação de maior vulnerabilidade.

Ao ser qualificada como de interesse social, essa forma de regularização alcança os assentamentos irregulares, polos desorganizados na ordem urbanística, assim consideradas as ocupações localizadas em parcelamentos informais ou irregulares, dentro de áreas públicas ou privadas, utilizadas,

preferencialmente, para fins de moradia por populações de baixa renda. É inegável, portanto, seu caráter social, voltado às camadas menos favorecidas, que dificilmente teriam capacidade de concretizar a regularização imobiliária. (CARVALHO FILHO, 2013, p. 91).

Importante notar que, *mutatis mutandis*, todas as formas de regularização tutelam direitos coletivos, de áreas habitadas por várias pessoas. Não há, assim, um procedimento de regularização singular ou individual da titulação de um imóvel fora da via da prescrição aquisitiva (procedimento por enquanto apenas judicial). Se um indivíduo sozinho busca a titulação de seu imóvel, poderá valer-se da via ordinária da usucapião (lembrando que a completa regularização de um imóvel abrangerá diversos aspectos). Este, no entanto, fixa a propriedade, garantindo a segurança e a oponibilidade erga omnes inerentes ao direito real (proprietário, cônjuge e eventuais herdeiros), além da possibilidade de realizar contratos de disposição desse bem, tais como doação, compra e venda, permuta, ou mesmo a instituição de garantia real para as mais diversas operações envolvendo hipoteca ou alienação fiduciária em garantia.

Considerações finais

No Brasil, além da União, do Distrito Federal e dos 26 estados, existem mais de 5.500 municípios. A cada um destes últimos compete, consoante determinação constitucional, a criação de suas próprias normas locais de organização urbanística e ambiental, respeitadas suas peculiaridades locais de densidade populacional, distribuição territorial, economia, dentre os variados aspectos urbanísticos a serem considerados.

Da análise realizada, é seguro concluir que a legislação brasileira está munida de instrumentos adequados à finalidade de se efetivar a funcionalização dos direitos reais de propriedade, como veículo garantidor de moradia, nos moldes que a realidade fática urgentemente demanda. Em outras palavras, o problema da moradia digna permanece por conta de uma série

de outros fatores (muitos deles puramente políticos, voltados à concreção administrativa de direitos fundamentais).

Uma efetivação do direito à moradia concretiza diversos outros direitos, como saúde, privacidade, segurança, trabalho, alimentação – e, por que não, a própria dignidade humana, que certamente resta impossibilitada sem habitação. Esta é o local onde o indivíduo encontra aptidão para seu planejamento familiar e desenvolvimento dos potenciais de sua personalidade. Porém, essa referida moradia ainda não é o suficiente. A residência adequada (âmbito predominantemente privado) deve estar inserida em todo um contexto de sistemas urbanos, que somente podemos identificar sob a ótica do direito à cidade (âmbito predominantemente público).

Uma moradia isolada de toda a rede de equipamentos urbanos e comunitários próprios de uma cidade não estará devidamente funcionalizada. Os bens imóveis urbanos, apesar de terem suas funções individual e social, devem ser vistos como inseridos necessariamente dentro de um contexto, como partes de um todo, em relação de simbiose uns com os outros e entre um conjunto de sistemas públicos formadores do urbano.

O caminho que o Brasil deve percorrer nesse aspecto é longo, e passará pelo reconhecimento do direito de propriedade, pela efetivação do direito à moradia e por formas de efetivar que essas moradias garantam o direito à cidade para todos. O ponto de partida será uma urbanização regular, planejada e equânime. Tudo isso reforça o caráter social da regularização fundiária, que não envolve apenas os entes políticos, mas também o Registro Público de Imóveis e o Ministério Público – indispensáveis na manutenção dessa nova ordem urbanística funcionalizada.

Referências

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 8ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

AMORIM, José Roberto Neves e ELIAS FILHO, Rubens Carmo (Coords.). **Estudos avançados de direito imobiliário**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

AUGUSTO, Eduardo Agostinho Arruda. **Registro de imóveis, retificação de registro e georreferenciamento: fundamento e prática**. São Paulo: Saraiva, 2013.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Comentários ao estatuto da cidade**. 5 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 26 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2013.

CASTRO, Daniel Áureo de (Coord.). **Direito imobiliário atual**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

CENEVIVA, Walter. **Lei de Registros Públicos Comentada**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CLÁPIS, Alexandre Laizo; NETO, José Manuel de Arruda Alvim; CAMBLER, Everaldo Augusto (Coords.). **Lei de Registros Públicos: comentada**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

DIP, Ricardo. **Direito Administrativo registral**. São Paulo: Saraiva, 2010.

FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. Volume VI. 6ª Ed, rev. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2013.

FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil Vol. 5 direitos reais**. 10 ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2014.

FARIAS, Cristiano Chaves de (Coord.). **Leituras complementares de direito civil**. 2 ed. rev. Bahia: Juspodivm, 2009.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. **Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

GUERRA, Alexandre; BENACCHIO, Marcelo (coordenação). **Direito Imobiliário Brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

HARVEY, David. **Rebel Cities: from the right to the city to the urban revolution**. Londres: Verso, 2012.

Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. www.ibge.gov.br/

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LEFEBVRE, Henri. **O direito à cidade**. São Paulo: Centauro, 2011.

PAIVA, João Pedro Lamana. **Procedimento de dúvida e a evolução dos sistemas registral e notarial no século XXI**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

PAIVA, João Pedro Lamana. **Regularização fundiária de interesse social**. 2 ed. São Paulo: IRIB, 2013.

PELUSO, Cezar (Coord.). **Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência**. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Manole, 2013.

SERRA, Márcio Guerra e SERRA, Monete Hipólito. **Registro de Imóveis III: procedimentos especiais**. São Paulo: Saraiva, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

SILVA, José Afonso da. **Direito urbanístico brasileiro**. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E A PRODUÇÃO DE PROVAS PELO RÉU REVEL NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL*

DANIELE FERRON D'AVILA**

* Eixo temático: Tutelas à efetivação de direitos transindividuais

** Advogada, especialista em Processo Civil e Constituição pela UFRGS, mestranda em Direito pela FMP e doutoranda em Direito pela UBA. E-mail: danielle_ferron@hotmail.com

Resumo

O presente artigo trata do princípio do contraditório, o qual consta na Constituição Federal brasileira de 1988 e traz uma das garantias dos direitos fundamentais (art. 5º, inciso LV) como forma de comunicação entre as partes e o magistrado. Na segunda metade do século XX, surge o contraditório participativo, quando, além de as partes terem amplitude para manifestarem-se no processo, o juiz passa a ter o dever de envolver as partes em um diálogo, em busca da solução do litígio e da verdade provável. Já o novo Código de Processo Civil veio posteriormente para fortalecer o princípio do contraditório em face do que dispõe no artigo 349, pelo qual o réu revel passa a ter o direito expresso de produzir provas; assim, verifica-se que o legislador pretende que o processo não fique restringido à formalidade, mas que seja ferramenta pela justiça e pela busca da verdade.

Palavras-chave: Princípio do contraditório. Provas. Revelia.

Abstract

This article deals with the principle of the adversarial procedure, which in the Brazilian Federal Constitution of 1988, as one of the guarantees of fundamental rights (art. 5, item LV), as a form of communication between the parties and the magistrate. In the second half of the 20th century, the contradictory participatory, when besides the parties possess breadth to manifest itself in the process, the judge has a duty to engage the parties in a dialogue, in search of the solution of the dispute and the truth likely. Already the new code of Civil procedure came later, to strengthen the principle of the adversarial procedure, on the face of it has in his article 349, in which the defendant revel is the right expressed to produce evidence; so it turns out that the legislature intends that the process not be restricted the formality, but that is the tool for Justice and the search for truth.

Keywords: Adversarial principle. Default. Evidence.

Introdução

A temática aqui apresentada visa proporcionar ao leitor uma visão aplicada do princípio do contraditório, necessária ao trabalho jurídico dos profissionais da área, com análise do constante no artigo 349 da Lei nº 13.105/2015, em face da inovação trazida pela nova legislação, na qual o réu revel passa a ter o direito de produzir provas, desde que as faça no momento oportuno.

A palavra contraditório deriva do latim *contradicere*, que significa contradizer, objetar, conduta de quem realiza ação contrária (SOUZA, 2003).

Para Picardi (1998), a audiência bilateral¹ surgiu na Antiguidade grega, mencionada por Eurípedes, Aristóteles e Sêneca, vindo ao direito comum como um princípio de direito natural inerente a qualquer processo judicial, em que o magistrado decide acerca de pedido formulado pelo autor apenas após notificar o réu e este se manifestar (GRECO, 2005).

A filosofia medieval analisou o processo com base na lógica e na ética, principalmente com relação à busca da verdade. Dessa forma, o raciocínio retórico-dialético erigiu o contraditório como base da busca pela verdade, e, por meio dele, o juiz adquirira um saber individual ao qual ninguém mais poderia ter acesso, o saber das partes litigantes, revelando ao juiz a verdade prática (GRECO, 2005).

Assim, o contraditório passou a ser utilizado como um método contínuo e preparatório de todas as decisões adotadas no processo, deixando de restringir-se apenas à ciência inicial do réu, ao pedido do autor e à sua resposta a esse pedido.

Na Idade Média, surgiu a segunda regra acerca do contraditório, que determinava igualdade de tratamento entre as partes, e que deveriam ser compensadas as desigualdades havidas no processo. O juiz deveria zelar pela paridade de armas, em uma postura neutra, mas não passiva (GIULIANI, 1988).

Ainda Giuliani (1988) defende que a tutela dos direitos naturais à audiência bilateral e à igualdade de tratamento entre as partes litigantes tinha uma dimensão social, dando ao homem medieval maior proteção frente ao arbítrio dos governantes.

Nas palavras de Oliveira (1999), a partir do século XVI, com o Absolutismo monárquico, o processo passou a ser regularizado pelo príncipe, restando enfraquecida a regra da igualdade entre as partes, pois o contraditório ficou reduzido ao direito de ser ouvido em audiência bilateral.

Na segunda metade do século XIX e na primeira metade do século XX, o positivismo esvaziou a função axiológica da audiência bilateral e do contraditório, passando este apenas a ser tratado como um princípio imanente do processo, ou seja, regra técnica, característica de alguns procedimentos (GRECO, 2005).

O segundo pós-guerra marcou o renascimento do contraditório, e o Estado de Direito modificou suas relações com os cidadãos, passando a dar ênfase aos direitos fundamentais e à dignidade humana, assegurando o acesso à justiça: voltou a ter relevância o método dialético de solução de conflitos e a paridade de tratamento das partes litigantes, fatores de suma importância para o princípio do contraditório na concretização do processo.

O princípio do contraditório, portanto, consta na Constituição Federal brasileira de 1988, atualmente vigente, como uma garantia dos direitos fundamentais (art. 5º, inciso LV),² não mais como a simples função de reger as relações entre as partes e o equilíbrio que a elas deve ser assegurado no processo, mas

¹ A expressão audiência bilateral, que significa contraditório, também é adotada por Ribeiro (RIBEIRO, Pedro Barbosa. Curso de direito processual civil: processo de conhecimento. Porto Alegre: Síntese, 1997, p. 24.), mas nem todos os doutrinadores utilizam essa expressão, preferindo adotar o termo "contraditório", como é o caso de Grinover (GRINOVER, Ada Pellegrini. O conteúdo da garantia do contraditório: novas tendências do Direito Processual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990b).

² Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LV- aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

como uma forma de comunicação entre as partes e o magistrado. Segundo Greco (2005, p. 73), “[...] o juiz passa a integrar o contraditório, porque, como meio assecuratório do princípio político da participação democrática, o contraditório deve assegurar às partes todas as possibilidades de influenciarem eficazmente as decisões judiciais”.

Já na segunda metade do século XX, surge o contraditório participativo, quando, além de as partes terem amplitude para manifestarem-se no processo em busca de seus interesses, o juiz passa a ter o dever de envolver as partes em um diálogo, para que, junto com elas, construam a solução do litígio (GRECO, 2005).

Dessa forma, o contraditório renasce não se constituindo apenas em instrumento de luta entre as partes litigantes, mas em instrumento operativo do magistrado, passando a auxiliar a busca da verdade provável. E, nesse contexto, o novo Código de Processo Civil chega para fortalecer o princípio do contraditório, em face do artigo 349, pelo qual o réu revel passa a ter o direito de produzir provas.

Assim, é possível verificar, no legislador, a pretensão de o processo não ficar restringido à formalidade, mas que seja a ferramenta pela justiça e pela busca da verdade.

O princípio do contraditório

O princípio do contraditório compreende a possibilidade de as partes manifestarem-se ativamente no processo e de forma igualitária sobre todos os atos judiciais, a fim de obterem o convencimento judicial acerca da tese que lhes for favorável em busca de uma decisão que ponha fim ao litígio.

Conceitos gerais

O direito processual, o processo e a jurisdição estão inseridos em um sistema estatal de poder, que é representado pelo Estado, mediante suas decisões, e sofre limitações de exercício.

O Estado autolimita-se em nível constitucional e em nível de lei ordinária, sendo que essa limitação também se projeta em nível processual, pois trata-se de Estado Democrático de Direito, em que há a participação do cidadão na atividade estatal, uma vez que a liberdade e a igualdade são pressupostos da democracia. Assim, a participação do cidadão também dá-se no processo judicial, sendo ela premissa constitucional para a aplicabilidade do contraditório no processo (OLIVEIRA, 2005).

Dessa forma, o princípio do contraditório pode ser considerado o de maior importância entre os corolários do devido processo legal, pois não há processo justo sem que se realize o contraditório.

Portanova (1997, p. 160-161) aduz: “O princípio do contraditório é elemento essencial ao processo. Mais do que isto, pode-se dizer que inerente ao próprio entendimento do que seja processo democrático, pois está implícita a participação do indivíduo na preparação do ato de poder”.

Ao se analisar o princípio do contraditório, é necessário saber primeiramente que a contrariedade é um conflito de posições oriundas do diálogo; o contraditório tem como função o equilíbrio entre as partes litigantes no processo (PIRES, 2005). Conforme Nery Junior (2000, p. 130) ele dá à parte o “conhecimento da existência da ação”, o que, para La China (1970, p. 25), significa a “necessária informação dos atos do processo às partes”, que, nas palavras de Almeida (1937), devem ter a possibilidade de contrariá-los.

Nesse sentido, Dinamarco (1986, p. 89) dispõe que “de ato em ato, de situação em situação, o processo caminha sobre essa base representada pelo contínuo confronto entre as partes”.

Como se sabe, para a formação do processo, necessário é pelo menos a presença de duas partes – autor e réu –, cabendo ao autor invocar a tutela estatal, a fim de instaurar a relação processual, que se contempla com a citação do réu, para que este tenha a oportunidade de defender-se (*audiatur et altera pars*), de forma que a “bilateralidade da ação gera a bilateralidade do processo” (PIRES, 2005, p. 65).

O juiz, colocando-se entre as partes de forma equidistante e imparcial, ouvindo uma delas, deverá ouvir a outra, pois somente assim se dará a ambas a possibilidade de exporem suas razões e de apresentarem suas provas, de influírem no convencimento do juiz, para que se forme o contraditório. Apenas por meio de alegações parciais das partes litigantes (uma representando a tese, e a outra a antítese) o magistrado pode corporificar a síntese, em um processo dialético (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 1996).

[...] o processo – o qual deve ser, sob pena de não ser verdadeiro processo, se realizar em contraditório – exige que seus sujeitos tomem conhecimento de todos os fatos que venham a ocorrer durante seu curso, podendo ainda se manifestar sobre tais acontecimentos. Para demonstrar a veracidade destas afirmações, basta lembrar que, proposta uma ação, deve-se citar o réu (ou seja, informa-lo da existência de um processo em que este ocupa o polo passivo), para que o mesmo possa oferecer aos autos um documento qualquer, é preciso intimar a parte adversa, para que esta, tomando conhecimento da existência do documento, possa sobre ele se manifestar. (CÂMARA, 2002, p. 45-46).

Com relação ao juiz, as partes têm papéis não antagônicos, mas de colaboradores, pois cada uma delas age no processo em busca de interesse próprio, e a ação das partes serve à resolução do conflito e à justiça.

Gonçalves (1992, p. 126) ensina que o contraditório pode ser entendido como um binômio: “informação + possibilidade de manifestação”. Assim, complementa a ideia Câmara (2002) dizendo que o contraditório é a garantia de ciência bilateral dos atos e termos do processo, com a possibilidade de manifestação sobre eles.

Gize-se que o contraditório deve ser pleno e efetivo, o que quer dizer que devem ser utilizados todos os meios necessários a fim de ser evitada a disparidade de posição entre as partes no processo, sob o êxito da demanda judicial, ou seja, dever ser banida a desigualdade de forças entre os litigantes, buscando-se sempre assegurar às partes a mesma possibilidade de obter a tutela de suas razões.

O contraditório e a revelia na produção de provas

O Código de Processo Civil deve guardar estrita obediência ao que dispõe a Constituição Federal brasileira acerca do princípio do contraditório, pois esta é hierarquicamente superior, uma vez que os dispositivos do Código de Processo Civil brasileiro não podem diminuir a amplitude do princípio, sob pena de inconstitucionalidade.

O princípio do contraditório é imanente ao princípio do devido processo legal, que está disposto na Constituição Federal, no art. 5º, inciso LIV, que assim dispõe: “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, pois ele consagra o contraditório e a ampla defesa.

O devido processo legal tem como característica garantir as partes e o próprio processo; da mesma forma que o princípio do contraditório, que é uma garantia das partes, visa proteger os interesses dos litigantes em busca de efetiva e plena manifestação processual, a fim de sustarem suas razões, de produzirem suas provas, enfim, de atuarem no processo de forma concreta a seu favor, para obterem o convencimento judicial acerca de suas alegações.

Sucedem que o contraditório ainda é mais amplo, pois também é a garantia da jurisdição e da regularidade do processo, da imparcialidade do julgador e da justiça das decisões.

[...] as garantias constitucionais do devido processo legal convertem-se em garantias exclusivas das partes, em garantias da jurisdição, e transformam o procedimento em um processo jurisdicional de estrutura cooperatória, em que a garantia de imparcialidade da jurisdição brota da colaboração entre as partes e juiz. A participação dos sujeitos no processo não possibilita apenas a cada qual aumentar as possibilidades de obter uma decisão favorável, mas significa cooperação no exercício da jurisdição. (GRINOVER, 1990, p. 2-3).

É importante trazer a este estudo os elementos do contraditório, os quais, segundo Gomes Filho (1997), são a informação e a reação. Para a formação do contraditório no processo, faz-se necessário que as partes tenham conhecimento das alegações

do oponente, a fim de que possam contrariá-las, de forma que, para a formação do contraditório, é necessária a informação.

A reação corresponde à possibilidade de participação ativa das partes nos atos processuais, visando a influenciar o convencimento judicial. Pires (2005) apud Giostra (1988) menciona que essa participação das partes se dá em três momentos:

Preventivamente, quando se instaura o contraditório para debater a oportunidade de realizar determinado ato; concomitantemente, quando se manifesta através de atuação na própria prática do ato, como, por exemplo, na discussão sobre o valor de uma prova já produzida. (PIRES, 2005, apud GIOSTRA, 1988, p. 1).

Não obstante a possibilidade de divisão do princípio do contraditório em diversos momentos de atuação, o princípio apresenta unidade teleológica, pois todos os atos praticados no processo finalizam na obtenção da sentença.

Segundo Dinamarco (2002, p. 31-32), “participar é viver o processo. Participar significa, para quem participa, aumentar as possibilidades de vitória no processo; mas significa para o Estado e para o juiz uma colaboração para a melhoria da função jurisdicional”.

É importante trazer à baila o ensinamento de Moreira (1984) de que, mesmo estando presentes os elementos do contraditório – informação e reação –, não fica garantida a efetividade do princípio sem que haja equilíbrio do contraditório, que compreende a igualdade entre as partes, a qual deve ser assegurada no processo, pois deve haver igualdade de oportunidades às partes litigantes, já que somente assim será possível ter um contraditório efetivo e equilibrado.

Após explanação acerca do princípio do contraditório, passa-se a analisar a questão da revelia³, sendo primordial conceituá-la como sendo a não apresentação tempestiva da contestação. Ocorre a revelia quando o réu citado não comparece em juízo para apresentar a sua resposta ou, comparecendo ao

3 Art. 344. Se o réu não contestar a ação, será considerado revel e presumir-se-ão verdadeiras as alegações de fato formuladas pelo autor.

feito, não apresenta a resposta tempestivamente, apenas não se aplicando a revelia nas hipóteses do art. 345 do Novo Código de Processo Civil.⁴

Consta no novo Código de Processo Civil, no parágrafo único do artigo 346⁵, que o réu poderá intervir no processo em qualquer fase processual, a partir do estado em que se encontrar o processo.

Sucedem que a inovação trazida pelo novo código, a qual não constava no código antigo, refere-se ao fato de que agora o réu revel poderá produzir provas, desde que o faça na fase de produção de provas, conforme novidade trazida no artigo 349 do Novo Código de Processo Civil.⁶

Nesse sentido se manifesta Bueno (2015, p. 261): “Dando concretude ao parágrafo único do art. 346, o art. 349 inova, ao menos de maneira expressa, ao garantir ao réu a possibilidade de produzir provas em contraposição àquelas pleiteadas pelo autor”.

Importante mencionar que a matéria já era sumulada pela súmula n. 231 do Superior Tribunal Federal,⁷ aduzindo que o réu revel na esfera cível poderia produzir provas desde que no momento oportuno, disposição legal constante atualmente no Código de Processo Civil.

Como se verifica, no caso de haver revelia do réu, isso não implica na impossibilidade do desenvolvimento processual, pois o que não pode ser negado e ele é a chance de defender-se no processo, sob pena de ser infringido o princípio do contraditório.

4 Art. 345. A revelia não produz o efeito mencionado no art. 344 se: I - havendo pluralidade de réus, algum deles contestar a ação; II - o litígio versar sobre direitos indisponíveis; III - a petição inicial não estiver acompanhada de instrumento que a lei considere indispensável à prova do ato; IV - as alegações de fato formuladas pelo autor forem inverossímeis ou estiverem em contradição com prova constante dos autos.

5 Art. 346. Os prazos contra o revel que não tenha patrono nos autos fluirão da data de publicação do ato decisório no órgão oficial. Parágrafo único. O revel poderá intervir no processo em qualquer fase, recebendo-o no estado em que se encontrar.

6 Art. 349. Ao réu revel será lícita a produção de provas, contrapostas às alegações do autor, desde que se faça representar nos autos a tempo de praticar os atos processuais indispensáveis a essa produção.

7 Súmula 231 do STF: O revel, em processo cível, pode produzir provas, desde que compareça em tempo oportuno.

Com essa nova disposição expressa na Lei nº 13.105/2015 no que se refere ao artigo 349, pode-se observar que o legislador buscou ainda mais o esgotamento da via processual em busca da verdade real, tornando o processo mais justo, pois propicia ao réu a produção de provas, mesmo diante de sua revelia, o legislador proporciona uma maior aplicabilidade do princípio do contraditório e, conseqüentemente, do princípio de ampla defesa; dando ao juiz a possibilidade de julgar o processo analisando as provas de ambos os litigantes, de forma recíproca e paritária, em busca da verdade e não apenas aplicando a regra formal do instituto da revelia, anteriormente disciplinada no Código de Processo Civil Antigo, em seu art. 319⁸, pelo qual o réu revel não tinha a princípio, o direito de apresentar sua prova, em face da revelia aplicada pelo magistrado, sendo que apenas após ser incluído o parágrafo único do art. 322, pela Lei nº 11.280, é que o réu revel passou a poder intervir no processo em qualquer fase, recebendo-o no estado em que se encontrasse⁹, mas não havia disposição clara e expressa no antigo Código de Processo Civil acerca da possibilidade de o réu poder apresentar sua prova nos autos, mesmo diante de sua revelia.

Com a nova legislação, o juiz tem a possibilidade de analisar a melhor prova, sem ficar adstrito à regra processual da revelia, que antes norteava a legislação processual civil, de forma que, com a modificação, não há como pairarem discussões acerca da prova apresentada pelo réu revel, auxiliando, dessa forma, também para mais celeridade e economia processual, uma vez que, diante da inovação, o legislador não deixou brechas para discussões.

Análise de jurisprudências do TJ/RS

Conforme verificou-se na abordagem, o novo Código de Processo Civil trouxe consigo a possibilidade expressa de pro-

⁸ Art. 319. Se o réu não contestar a ação, reputar-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor.

⁹ Art. 322. [...]

Parágrafo único. O revel poderá intervir no processo em qualquer fase, recebendo-o no estado em que se encontrar. (Incluído pela Lei nº 11.280, de 16 de fevereiro de 2006).

dução de provas do réu, mesmo após ter sido decretada a sua revelia.

Nesse sentido estão sendo as decisões jurisprudenciais do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, conforme se pode observar no julgamento do Recurso Cível nº 71006038699, da Primeira Turma Recursal Cível, das Turmas Recursais, cuja relatora foi Mara Lúcia Coccaro Martins Facchini.

Ementa: RECURSO INOMINADO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. INSCRIÇÃO EM CADASTRO RESTRITIVO DE CRÉDITO. REVELIA. QUITAÇÃO DO DÉBITO POSTERIOR À INSCRIÇÃO. RÉ AGIU NO EXERCÍCIO REGULAR DO DIREITO. INCIDÊNCIA DO ART. 188, INCISO I, DO CÓDIGO CIVIL. IRREGULARIDADE NÃO COMPROVADA. ART. 373, INCISO I DO CPC. DANOS MORAIS INOCORRENTES. 1. Trata-se de recurso interposto pela parte autora, através do qual se insurge contra a decisão que julgou improcedentes os pedidos formulados na inicial. Requer a reforma da sentença com a condenação dos réus ao pagamento de indenização relativa a danos morais. 2. A empresa C&A Modas foi devidamente citada e intimada (fls.34) e não compareceu aos autos nem apresentou defesa, razão pela qual teve decretada sua revelia (fl.38). Cabe ressaltar que os efeitos da revelia são relativos. Ou seja, mesmo presente a revelia, a presunção de veracidade dela decorrente não é absoluta e cede passo se houver prova em contrário. 3. Ainda que seja caso de inversão do ônus da prova, por se tratar de relação de consumo existente entre as partes, conforme dispõe o art. 6º, VIII, do CDC, cabia ao autor demonstrar os fatos constitutivos de seu direito, a teor do art. 373, inciso I, do NCPC, encargo do qual não se desincumbiu. 4. Acrescento que a parte autora alegou que foi inscrita indevidamente nos órgãos de restrição ao crédito por dívida adimplida. Ocorre que restou evidenciado que a autora efetuou o pagamento do débito de R\$ 76,36, com vencimento em 04/03/2015, no dia 14/04/2015, tendo havido a inclusão do nome no SERASA, em 05/04/2015 (fls.26/27). Ou seja, no momento da inscrição a dívida ainda não havia sido paga. 5. Sendo assim, não tendo comprovado o pagamento do débito que acarretou a inscrição negativa, a ré C&A Modas agiu no exercício regular de um direito ao inscrever a parte requerente no órgão restritivo ao crédito, conforme preceitua o artigo 188, inciso I do Código Civil, o que afasta a indenização por dano moral. 6. A ré SERASA

demonstrou ter havido a notificação da autora sobre a inscrição no cadastro de inadimplentes, (fls.77/79) desincumbindo-se de seu ônus probatório conforme determina o art. 43, parágrafo segundo, do CDC. 7. Pelo exposto, correta a decisão de origem, razão pela qual deve ser mantida por seus próprios fundamentos. RECURSO DESPROVIDO. (Recurso Cível N° 71006038699, Primeira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Mara Lúcia Coccaro Martins Facchini, Julgado em 31/05/2016).

No referido julgamento, entendeu a relatora Mara Lúcia Coccaro Martins Facchini que, mesmo estando presente a revelia, não há presunção de veracidade absoluta, pois, havendo prova em contrário, esta será analisada, mesmo tratando-se de caso de inversão do ônus da prova, em face da relação de consumo existente entre as partes, conforme determina o art. 6º, VIII¹⁰, do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90). Nesse caso, cabe à parte autora a demonstração dos fatos constitutivos de seu direito, conforme dispõe o art. 373, inciso I, do Novo Código de Processo Civil¹¹.

No julgamento do Recurso Cível nº 71006007207, da Quarta Turma Recursal Cível, das Turmas Recursais, cuja relatora é Gisele Anne Vieira de Azambuja, verifica-se que, mesmo revel, a ré não se desincumbiu de provar suas alegações, nos termos do art. 373, inciso II, do Novo Código de Processo Civil.

Ementa: RECURSO INOMINADO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO E INDENIZATÓRIA POR DANOS MORAIS. AUSÊNCIA DE CONTRATAÇÃO DOS SERVIÇOS QUE PUDESSE ENSEJAR A INSCRIÇÃO DO NOME DO AUTOR NOS CADASTROS DE INADIMPLENTES. DECRETAÇÃO DA REVELIA. RÉ QUE NÃO SE DESINCUMBIU DO ÔNUS DE COMPROVAR A RELAÇÃO JURÍDICA. INTELIGÊNCIA DO ART. 373, II DO NOVO CPC DANO MORAL IN RE IPSA CONFIGURADO. QUANTUM MAJORADO PARA R\$7.880,00, DE ACORDO COM OS PARÂMETROS

10 Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

11 Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

ADOTADOS PELAS TURMAS RECURSAIS CÍVEIS. RECURSO PROVIDO. (Recurso Cível N° 71006007207, Quarta Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Gisele Anne Vieira de Azambuja, Julgado em 29/04/2016).

Não restam dúvidas de que a alteração legislativa está sendo aplicada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, uma vez que, mesmo em se tratando de réu revel, os julgadores estão propiciando a produção de provas por ele, evidenciando a preocupação com a formação do contraditório, em busca da verdade.

Conclusão

O princípio do contraditório tem grande importância no ordenamento jurídico, em face da necessária participação das partes no processo, a fim de manifestarem-se, tanto quanto aos fatos como à norma jurídica, no sentido de influenciarem na convicção do juiz, pois estas não podem ser surpreendidas por decisão judicial que não esperavam ou que não poderiam prever. Assim, o contraditório propicia que o litigante não fique à mercê do poder estatal, como se fosse um objeto inanimado, pois lhe proporciona participar ativamente do processo.

Portanto, o contraditório veda o monólogo judicial, devendo ser entendido como um diálogo, pois proporciona a cooperação das partes com o juiz e deste com aquelas, a fim de que surjam elementos fáticos e jurídicos que propiciarão o correto deslinde do feito.

Dessa forma, o princípio do contraditório é a garantia constitucional de que o cidadão dispõe para não ser vítima de arbitrariedades oriundas do poder estatal, pois tem o direito de participar do processo a fim de zelar por decisão que lhe seja benéfica e, sobretudo, amparada em norma jurídica e nos costumes.

O novo Código de Processo Civil, no artigo 349, fortalece o princípio do contraditório, buscando maior participação das partes no processo em casos em que há decretação de revelia

do réu, de modo que a nova legislação veio para contribuir de forma positiva com o ordenamento jurídico, priorizando a justiça da verdade, e não a forma processual.

Referências

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *A contrariedade na instrução criminal*. São Paulo: Faculdade, 1937.

BRASIL. *Lei N° 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 13 jun. 2016.

_____. *Lei N° 13.105, de 16 de março de 2015*. Novo Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 13 jun. 2016.

_____. *Lei N° 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Antigo Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 13 jun. 2016.

_____. *Lei N° 11.280, de 16 de fevereiro de 2006*. Altera os arts. 112, 114, 154, 219, 253, 305, 322, 338, 489 e 555 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, relativos à incompetência relativa, meios eletrônicos, prescrição, distribuição por dependência, exceção de incompetência, revelia, carta precatória e rogatória, ação rescisória e vista dos autos; e revoga o art. 194 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11280.htm>. Acesso em: 13 jun. 2016

BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2002.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. São Paulo: Editora RT, 1986.

_____. O princípio do contraditório. *Revista da Procuradoria Geral de São Paulo*, São Paulo, n.19, 1971-2002.

GIOSTRA, Glauco. Contradittorio (Principio Del). *Enciclopedia Giuridica Trecanni*. Roma: Trecanni, 1988.

GIULIANI, Alessandro. L'ordo judicarius medievale (Riflessioni su un modello puro di ordine isonômico). *Rivista di Diritto Processuale*, Cedam Padova, v.XLIII, 1988.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: RT, 1997.

GONÇALVES, Arnaldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Defesa, contraditório, igualdade e par conditio na ótica do processo de estrutura cooperatória: novas tendências do Direito Processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

_____. *O conteúdo da garantia do contraditório: novas tendências do Direito Processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitaria, 1990b.

LA CHINA, Sergio. *L'escuzione forzata e Le disposizione generali Del codice di procedura civile*. Milano: Giuffrè, 1970.

LOPES, João Batista. Princípio do contraditório e direito à prova no processo civil. *GENESIS*, n.30, out./dez.2003.

MATTOS, Sergio Luis Wetzel de. Iniciativa probatória do juiz e princípio do contraditório no processo civil. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (Org). *Prova cível*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A garantia do contraditório na atividade da instrução. *Temas de Direito Processual* (Terceira Série). São Paulo: Saraiva, 1984.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Garantia do Contraditório: In TUCCI, José Rogério C. (Coord). *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: RT, 1999.

_____. *A garantia do contraditório*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. A garantia do contraditório. *AJURIS*, Porto Alegre, n.74, nov.1998.

_____. O juiz e o princípio do contraditório. *AJURIS*, Porto Alegre, n.59, nov.1993.

_____. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. *AJURIS*, Porto Alegre, n.90, jun. 2003.

PÉREZ, Alex Carocca. *Garantia constitucional de la defensa procesal*. Barcelona: Bosch, 1998.

PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

PICARDI, Nicola. Il principio Del contradditorio. *Rivista di Diritto Processuale*, ano LIII, Padova: Cedam, 1998.

PIRES, Adriana. Prova e contraditório. In OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. (Org.). *Prova cível*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

RIBEIRO, Pedro Barbosa. *Curso de direito processual civil: processo de conhecimento*. Porto Alegre: Síntese, 1997.

GRECO, Leonardo. O Princípio do Contraditório. *Revista Dialética de Direito Processual* (RDDP), n.24, mar.2005.

SOUZA, Artur César de. *Contraditório e revelia*. São Paulo: RT, 2003.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Recurso Cível N° 71006007207, da Quarta Turma Recursal Cível, das Turmas Recursais. Recorrente: Aldevino Luiz Prando. Recorrida: Tim Celular S/A. Relatora: Gisele Anne Vieira de Azambuja. Julgamento em 29 abr. 2016. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=revelia+reu+compareceu+aos+autos+novo+cpc&proxystylesheet=tjrs_index&getfields=*&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&client=tjrs_index&filter=0&aba=juris&sort=date%3AD%3A%3Ad1&as_qj=revelia+prova+reu+novo+cpc&site=juris&as_epq=&as_oq=&as_eq=&requiredfields=ct%3A6&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em: 13 jun. 2016.

_____. Tribunal de Justiça. Recurso Cível N° 71006038699, da Primeira Turma Recursal Cível, das Trumas Recursais. Recorrente: Eizane Silva de Souza. Recorrida: CEA Modas. Relatora: Mara Lúcia Coccaro Martins Facchini. Julgamento em 31 mai. 2016. Disponível em:

<http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=71006038699&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3A%3Ad1&as_qj=&site=juris&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em: 13 jun. 2016.

REFLEXÕES SOBRE O FUTURO DO ESTADO CONSTITUCIONAL MODERNO

GABRIEL REAL*
PAULO MÁRCIO CRUZ**

* Doutor Honoris Causa pela Universidade do Vale do Itajaí (Univali). Doutor em Direito pela Universidade de Alicante (1992). Doutor em Direito pela Universidade de Alicante (1992). Professor titular de Direito Ambiental e Administrativo e subdiretor do Instituto Universitário da Água e do Meio Ambiente na mesma universidade. Consultor do Programa das Nações Unidas (ONU) para o Meio Ambiente (PNUMA). Foi diretor do Máster en Derecho Ambiental y de la Sostenibilidad (Universidad de Alicante). Lecionou na Universidade de Limonge (França); Universidade Carlos III, de Madrid (Espanha); Universidade de Lleida (Espanha); Universidade Metropolitana Autônoma do México (México); Centro Latino-americano de Capacitação em Desenvolvimento Sustentável (Argentina); International Development Law Institut (Itália), dentre outras. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Administrativo, Ambiental e Desportivo. E-mail: gabriel.real@ua.es

** Realizou estágio sênior na Universidade de Perugia, Itália, de agosto de 2014 a maio de 2015, com pesquisa sobre o tema A sustentabilidade e a premissa tecnológica como uma de suas premissas. Realizou estágio de pós-doutorado sobre o tema A sustentabilidade como o novo paradigma do direito, na Universidade de Alicante, na Espanha, e também realizou estágio de pós-doutorado sobre o tema A possibilidade de superação democrática do Estado constitucional moderno, entre setembro de 2005 e fevereiro de 2006, todos com bolsa da Capes. Doutor em Direito do Estado pela Universidade Federal de Santa Catarina (1999), mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (1995), especialista em Administração pela UDESC (1987) e graduado em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí (1984). É coordenador dos Cursos de Doutorado e de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí (Univali) e responsável pelas disciplinas Direito e Transnacionalidade, Teoria Política e Teoria dos Princípios Constitucionais. É professor convidado permanente do Master en Derecho Ambiental y de la Sostenibilidad, da Universidade de Alicante, na Espanha, e é professor colaborador na Universidade de Perugia, na Itália. Atualmente dedica-se a pesquisas sobre Direito e Transnacionalidade e sobre Neoconstitucionalismo e Princiologia Constitucional. Como docente atua principalmente nos seguintes temas: Estado, Soberania, Constituição, Democracia Participativa, Democracia Solidária e Estado Contemporâneo. Foi secretário de Educação em Itajaí (SC) (1983-1986), vice-reitor da Univali (1994-1998) e secretário de Estado em Santa Catarina (2003 a 2004). E-mail: pcruz@univali.br

Resumo

Este texto apresenta reflexões sobre o Estado Constitucional Moderno, seu presente e o futuro na sociedade contemporânea, com o intuito de estimular os leitores a reflexões criticamente responsáveis e voltadas à predição mais do que à previsão. Ou seja, reflexões focadas predominantemente na sequência em função de propostas de tendências, e não de especulações.

Palavras-chave: Estado Constitucional Moderno. Refundação democrática da “Coisa Pública”. Soberania. Globalização. Transnacionalidade.

Abstract

This text presents reflexions about the Modern Constitutional State, its present and the future of the Contemporary Society, stimulating the readers to responsible reflections more related to prediction than prevision, in other words, mainly focused on trends proposals and not speculations.

Keywords: Modern Constitutional State. Sovereignty. Democratic rebuilding of the “Public Affairs”. Globalization. Transnationality.

Introdução

O **objetivo** central do presente texto é estimular reflexões, consideradas multidisciplinarmente, sobre o Estado Constitucional Moderno como ente que está sendo superado por forças que ele não consegue disciplinar. O **objeto** é o estudo do Estado com ou sem expressão adjetiva que lhe seja posposta, na busca de alternativa(s) de organização política que finalmente tenha(m) efetivo compromisso, no discurso e na prática, com a efetivação do interesse público, e, pois, sua predominância eficaz sobre interesses particulares de indivíduos ou de segmentos privilegiados na vida social, econômica e/ou política.

Quanto à temática nuclear do presente texto, importante iniciar ponderando que Jacques Maritain, em seu "El Hombre y el Estado"¹, e Dalmo Dallari, em seu **O Futuro do Estado**², são bons exemplos dos esforços iniciais para as discussões sobre o que acontecerá com o Estado Constitucional Moderno, que ambos denominaram, cada um a seu modo e em sua época, de herdeiro dos reis de antigamente, e que se autoconcebeu como uma pessoa superior ao corpo político, que ele dominaria de cima ou o absorve – o corpo político – em si mesmo. Mas, como de fato o Estado não é uma pessoa, mas sim uma construção teórica impessoal de leis abstratas e de poder concreto, é essa construção teórica impessoal que se torna uma das mais acabadas proposições do racionalismo moderno quando se trata de soberania. Atualmente, a soberania é uma ideia peculiarmente ultrapassada, o que já está bastante discutido pela doutrina contemporânea³, pois é impossível nos tempos atuais que desenvolva sua potencialidade originalmente prevista. E assim o é mercê principalmente da incapacidade que esse Estado cultivava quanto a respostas adequadas e céleres às demandas de uma

sociedade pós-moderna sempre e cada vez mais surpreendente em sua dinâmica.

Não se deve esquecer que a tendência ao domínio supremo e à suprema amoralidade, que se desenvolveu plenamente e encontrou sua plena expressão no Estado Constitucional Moderno, não é inerente ao Estado em sua natureza real e em suas verdadeiras e necessárias funções. Resulta, isso, de uma noção perversa e parasita do Estado Constitucional Moderno⁴. O Estado já não estaria, como de fato ocorreu e ocorre, a serviço dos homens, mas sim os homens estariam a serviço do Estado. É que em um primeiro estágio o Estado se compõe como uma "macromáquina", partindo no segundo estágio para o exercício da tutela da sociedade.⁵

Basta que pensemos um pouco sobre o sentido que há em a sociedade, que deveria ser a beneficiária dos serviços do Estado, apenas desempenhar o papel de sua provedora para saciar sua autofagia e sustentar sua incompetência para exercer uma função social efetiva.

É recuperar a lógica complexa para entender os sistemas abertos, nos quais o paradoxo será incluído usando-se lógicas tão antigas como a taoísta ou tão modernas como Gödel, Morin ou Ibáñez⁶. A lógica aristotélica já não é suficiente. Para passar de uns conjuntos de ação para outros, é preciso ter em conta os contextos sociais, mas sobretudo as condutas de cada coletivo nesses contextos.

Criados os grupos, sem nenhuma conotação étnica, o passo subsequente será a execução de uma política de alinhamento não mais de países, mas de grupos, até a economia mundial assumir, de vez, a planetarização e as fronteiras desaparecerem como uma recordação nefasta que impedia a solidariedade universal, a comunhão dos povos em prol de um desenvolvimento comum.⁷

1 MARITAIN, Jacques. **El hombre y el estado**. Tradução de Juan Miguel Palácios. Madrid: Ediciones Encuentro, 1983.

2 DALLARI, Dalmo de Abreu. **O futuro do estado**. São Paulo: Saraiva, 2001.

3 Sobre isso ver, por exemplo: STELZER, Joana; CRUZ, Paulo Márcio. **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Juruá. 2009.

4 MARITAIN, Jacques. **El hombre y el estado**. Tradução de Juan Miguel Palácios. Madrid: Ediciones Encuentro, 1983, p.213.

5 PASOLD, Cesar Luiz **Função Social do Estado Contemporâneo**. 4 ed. rev. amp. Itajai: UNVALI, 2013 (edição em comemoração aos cinquenta anos de magistério do Autor), p.36.

6 IBÁÑEZ *apud* DALLARI, Dalmo de Abreu. **O futuro do estado**. São Paulo: Saraiva, 2001. p.71.

7 CRUZ, Paulo Márcio; OLIVIERO, Maurizio. **Reflexões Sobre a Crise Financeira Internacional e o**

A força avassaladora do princípio de mercado impulsionado pelo capitalismo global faz soçobrar todas as interdependências não mercantis, tanto as que são geradas no contexto da cidadania como as que são geradas na comunidade.⁸ E assim o é, como já constatou, no século passado, L. J. Lebret, porque o capitalismo, em função de sua própria lógica, busca o que rende mais, e não o que é mais necessário.⁹

Daí a necessidade de se alcançar uma nova congruência entre a cidadania e a comunidade que se contraponha ao princípio do mercado. Essa nova congruência pretenderia alcançar o projeto de reinvenção solidária e participativa do Estado, o que aqui se denomina Poder Público pós-Estado Constitucional Moderno.

A refundação democrática da “coisa pública”

Para que esse conjunto de teorias tenha sentido, a refundação democrática da “coisa pública” ou do “interesse público” formador da condição republicana deve ser complementada com uma refundação democrática do terceiro setor. A revisão dos debates em torno desse espaço relegado a segundo plano entre o público e o privado deixa entrever que ele está sujeito aos mesmos vícios atribuídos ao Estado, ainda que se considere que se possa superá-los com mais facilidade¹⁰. O debate sobre a localização estrutural desse espaço entre o público e o privado mostrou a dificuldade que ele enfrenta para conferir um caráter genuíno aos seus objetivos, assim como sua propensão à promiscuidade com o Estado e com o mercado.

A crise do Estado Constitucional Moderno e do Direito Moderno, em todo o mundo, permite conjecturar um futuro do que se convencionou chamar de “regionalismo funcional”, ou seja, uma superação da atual estrutura estatal por organismos transnacionais e por autonomias regionais e municipais infranacionais¹¹. Assim, resulta que esse Estado Constitucional Moderno, ameaçado em suas bases teóricas, parece subsistir realmente como uma débil reserva de integridade meramente territorial, mas sem muito futuro.

Parece que estamos diante de uma verdadeira capitulação, que tem como consequência a emergência do aparato estatal da violência, que surge para tentar conter os protestos contra a globalização excludente e desumana. Mostra-se, dessa forma, o verdadeiro rosto de um poder que esquece com muita frequência o bem comum, o interesse da maioria e as necessidades reais de seus cidadãos para dedicar-se a servir ao poder econômico e àquilo que pode favorecer seus interesses. Utiliza, para alcançar tal fim, o seu caráter derogatório, pretoriano e de total insensibilidade social, porque muito comprometido com seu umbigo burocrático e porque de fato consumido pelos apetites e interesses neo (ou mais que tanto) liberais.

Nessa linha, a violência estatal tenta legitimar as leis do mercado, mas apenas e quando muito consegue legalizar¹², e o Estado Constitucional Moderno converte-se em aparato de segurança a favor das grandes empresas¹³. Por isso, em praticamente todas as partes, o Estado Constitucional Moderno é menos promotor e, portanto, dotado de menor capacidade para organização do vínculo social, tornando-se muito mais um contorno institucional reduzido à sua condição de polícia de fronteiras para limitar a passagem dos “indesejáveis”. Voltado

Estado de Bem-Estar - Manizales - Colômbia. *Juridicas*, v. 10, p. 56-70, 2013.

8 CRUZ, Paulo Márcio; REAL, Gabriel. **Los nuevos escenarios transnacionales y la democracia asimétrica** - Manizales - Colômbia. *Juridicas*, v. 7, p. 12-17, 2010

9 LEBRET, L.J. **O Drama do Século XX** - Miséria - Subdesenvolvimento - Inconsciência- Esperança. Tradução de Fr. Benevenuto de Santa Cruz e Fátima de Souza. São Paulo: Livraria Duas Cidades, 1962. Título original: *Le Drame du Siècle*.

10 CRUZ, Paulo Márcio; **Repensar a Democracia** - Revista da Faculdade de Direito da UFG - Goiânia - Goiás. Revista da Faculdade de Direito da UFG, v. 33, p. 22-41, 2010.

11 AYUSO TORRES, Miguel. **Después del Levitán? Sobre el estado y su signo**. Madrid: Editorial Dykinson, 1998, p.77.

12 Sobre a Legitimidade como categoria política e jurídica, vide PASOLD, Cesar Luiz. **Reflexões sobre o Poder e o Direito**, 2 ed. Florianópolis: Estudantil, 1988, em especial, p.25 a 31. E sobre a Legalidade compreendida como “a imposição de um limite à atuação estatal”, vide: GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. 8 ed. rev.amp.São Paulo: Malheiros, 2011, 172 e 173.

13 OLLER I SALA, M. Dolors. **Un futuro para la democracia: una democracia para la gobernabilidad mundial**. Barcelona: CRISTIANISME I JUSTÍCIA, 2002, p.15.

para seu interior, trata de garantir certa perpetuação a quem detenha o poder político.

Como enfatiza Sergio Graziano Sobrinho¹⁴, a sociedade capitalista está marcada pelo confronto e pela violência. A violência apresenta-se em duplo caráter: a “violência estrutural”, que é de ordem “econômica e social”, e a violência “institucional”, na qual se destaca a utilização do aparato policial “para selecionar os indivíduos, criminalizando muitos e imunizando alguns”, barbarizando e atacando em permanente ação, combatendo à “dita criminalidade”.

Assim, atualmente as forças do mercado mostram-se capazes de condicionar de modo determinante decisões não só de governos individualmente considerados, mas também de organizações políticas internacionais.¹⁵ É o predomínio severo do econômico sobre o social, que é sempre antitético aos compromissos com o bem comum ou interesse coletivo¹⁶. Nesse contexto se caracteriza o completo afastamento do sonho de Hermann Heller, que projetava a bela utopia de um Estado sinônimo, de fato e de direito, da totalidade social na medida em que se caracterizaria como eficaz instrumento servindo ao todo social. Assim, a explicação do Estado seria efetuada pela “conexão social total” em que se encontraria.¹⁷

Como esse sonho não se realizou até aqui, o resultado é que a geografia da exclusão social está se alastrando a setores e espaços cada vez mais amplos do mundo denominado desenvolvido. A consequência dos duros ajustes econômicos é a precariedade do trabalho, o aumento das desigualdades e a tendência clara à divisão social entre pobres (muitos) e ricos (poucos), esvaziando o conteúdo dos direitos de cidadania. Nos países subdesenvolvidos do sul, grandes massas de habitantes

permanecem sufocadas em condições de vida que atentam contra os mais elementares direitos humanos.

Essa ideia falsa foi formada nos moldes dos modelos europeus, nos quais há o hábito de se considerar a nação como uma forma política óbvia, uma espécie de meta natural de toda sociedade¹⁸.

Já é hora de se tomar consciência de que a ideia de nação que a Europa deu ao mundo é, atualmente, uma forma política efêmera, uma exceção europeia, precária transição entre a era dos reis e a era do mundo globalizado e sem fronteiras.

A resposta ao padrão organizativo caracterizado pela generalidade, abstração e centralismo – de que o Estado e o direito legalista ou conceitualista são um bom exemplo – estaria, provavelmente, em uma nova estrutura organizativa caracterizada a) por uma arquitetura em rede, em que cada polo fosse gerido autonomamente, tendo em conta todas as particularidades das situações; b) em que a flexibilidade e a adaptabilidade do conjunto fossem garantidas pela inexistência de um polo central; c) e em que a comunicação fosse de um tipo novo, baseado não em modelos gerais e abstratos de informação, mas em descrições personalizadas, exaustivas e atentas às dimensões não puramente racionais das situações.

Considerando-se que o pensamento utópico equivale, em certa medida, à imaginação política (recorde-se o slogan da comuna universitária parisiense de 1968: A imaginação ao poder), o fim da utopia pode ser o fim do poder de imaginação política que construiu a utopia do Estado Constitucional Moderno, agora vítima de suas próprias contradições internas, ontológicas (à moda heideggeriana) e estruturais (à moda weberiana). Nessa linha parece que a crise do pensamento utópico, ao supor o cansaço da imaginação política patente no fracasso do Estado Constitucional Moderno perante os desafios pós-contemporâneos, tanto doutrinários como em sua práxis, é muito forte. De maneira que se percebem, em vários países, a ressurreição, com

14 GRAZIANO SOBRINHO, Sérgio Francisco Carlos. *Globalização e Sociedade de Controle* - A Cultura do medo e o Mercado da Violência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.p. 223.

15 CRUZ, Paulo Márcio; PASOLD, Cesar Luiz . *Norberto Bobbio e a Democracia* - Uberlândia - UFU/ MG. Revista da Faculdade de Direito (UFU), v. 38, p. 1-23, 2010.

16 PASOLD, Cesar Luiz *Função Social do estado Contemporâneo*. 4 ed. rev.amp, cit., em especial da p. 38 a 41.

17 HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou,1968. Título original: Staatslehre.p. 67.

18 HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica européia: síntese de um milênio*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p.500-501.

outros rótulos simbólicos, de soluções políticas ultrapassadas, mesmo que seus mentores neguem. É certo que a história jamais se repete, exatamente como indicou Giambattista Vico¹⁹, mas não é menos verdade que o risco do pensamento histórico – segunda a terminologia de Jurgen Habermas – consiste em congelar o presente, aproximando-o do passado.

Como costuma acontecer em tempos de transição profunda, estão aparecendo posições epistemológicas extremas e até insensatas em relação à condição de subjugado do Estado Constitucional Moderno²⁰. Como evoluirá a relação entre ele e a crescente autonomia do mercado mundial? As implicações da desproporção entre capital produtivo e especulativo, as consequências ainda imprevisíveis dos novos sistemas de multimídia – isto é, a convergência da televisão, telefone, cinema e computador numa só tecnologia – e o significado de um desemprego mundial de 30% da população economicamente ativa são alguns dos parâmetros da nascente sociedade global, não integrados de maneira apropriada a uma cosmovisão à altura das mudanças que vivemos e capazes de orientar os indivíduos e coletivos sociais na direção de um novo capitalismo ou, se preferirem, de um “novo modo de produção”.

Parece inadequado buscar as raízes da atual crise de civilização no Estado Constitucional Moderno ou na sociedade sua criadora. E há que se tentar a recuperação dessa sociedade. O Estado Constitucional Moderno está em crise porque suas versões reformadas são incapazes de responder, satisfatoriamente, às solicitações da sociedade e, inclusive, quando intervêm para atendê-la, produz, normalmente, outros problemas novos. A sociedade atual mostra crescente e perpétuo dinamismo e

complexidade que brotam de cada um dos subsistemas que a compreendem e que não sintonizam com o Estado Constitucional Moderno. A isso se acrescenta a negligência, quando não cumplicidade, dos aparelhos estatais na deterioração e depreciação da natureza e do meio ambiente, que são imprescindíveis para a qualidade de vida da sociedade e das pessoas que a integram.²¹ Aliás, convém ressaltar, desde logo, que qualquer pauta para discutir o futuro do Estado, que já neste primeiro quartel do século XXI está se mantendo desvirtuado como foi no século passado, deve conter como prioridade o meio ambiente, sempre sob a perspectiva da interdisciplinaridade e concomitante postura cuidadosa quanto à intertextualidade.

O Estado Constitucional começou a ser mudado, na sua essência, primeiro com a crise de 1929²². Depois foi a escalada intervencionista e de desenvolvimento do Estado de Bem-Estar, com sérios problemas de tensão, tanto no mercado (distorções regulamentares, inflação, questionamento éticos do trabalho, crescente poder dos sindicatos) como no próprio Estado (déficit crescente, rebelião fiscal, desenvolvimento das práticas burocráticas, tensões corporativas pela distribuição de serviços públicos)²³, além da não funcionalidade criada pela mundialização e uma estrutura estatal voltada para seu caráter interno, nacional.

O Estado Constitucional Moderno é, atualmente, uma forma esvaziada, e, já que à desaparecida sociedade do antigo regime não há sucedido nenhuma outra, só o vazio, há um grande esforço para se construir uma. A economia moderna, por sua vez, apresenta um esboço de sociedade no qual os produtores que a dominam estão necessariamente unidos entre si para a produção de bens. Todos os Estados contemporâneos, à margem de cruzadas ideológicas, comprometeram-se com esse

19 Giambattista Vico, filósofo italiano, desenvolve uma nova ciência para a interpretação da realidade e do estudo da história. Sua principal obra, *Princípios da nova ciência*, é uma revisão dos fundamentos históricos da humanidade, da sabedoria poética e das obras de Homero, levando a sua visão de “nações que seguem o curso”; a maneira como eles organizaram os homens dos tempos mais antigos até seu tempo. Seu maior mérito é ter formulado princípios do método histórico e desenvolver uma filosofia da história.

FONTE: VICO, Giambattista. *Oraciones inaugurales & la antiquísima sabiduría de los italianos*. Pres. de Emilio Hidalgo-Serna. Introd. de José M. Sevilla. Ed., trad. del latín y notas de Francisco J. Navarro Gómez. Editorial Anthropos (serie Humanismo, 6). Barcelona, 2002.

20 CHONSKY, Noam & DIETERICH, Heinz. *A sociedade global: educação, mercado e democracia*. Blumenau: FURB, 1999, p.91.

21 PASOLD, Cesar Luiz. Teoria da Constituição e do Estado: uma pauta para o tempo XXI. In SANTO, Davi do Espírito e PASOLD, Cesar Luiz (orgs.) *Reflexões sobre Teoria da Constituição e do Estado*. Florianópolis: Insular, 2013, p.439.

22 CRUZ, Paulo Márcio; OLIVIERO, Maurizio. *Reflexões Sobre a Crise Financeira Internacional e o Estado de Bem-Estar* - São Paulo. Revista de Direito Mackenzie, v. 06, p. 27-35, 2012.

23 CRUZ, Paulo Márcio; OLIVIERO, Maurizio. *Reflexões Sobre a Crise Financeira Internacional e o Estado de Bem-Estar* - São Paulo. Revista de Direito Mackenzie, v. 06, p. 27-35, 2012.

caminho, de tal modo que cada um deles se considera como uma empresa gigantesca ou como um trust colossal, que agrupa um vasto conjunto de empresas e órgãos –coletivizados, estatizados ou livres – dos quais assume a direção. Também, ao mesmo tempo, os produtores situados em um sistema assim invertido, que precisam de uma “prótese” eficaz que faça a economia caminhar no contrapé de sua finalidade natural, dirigem seus olhares ao Estado, como demonstra Ayuso Torres²⁴. Raquel Varela, no mesmo sentido, escreve que o modelo que fundamenta a socialdemocracia se esvaiu, o que se verifica pela constatação de que a denominada União Europeia é uma corporação de acumulação de capitais.²⁵

A opinião pública dos países democráticos, inquieta ante o nível de degradação da segurança interna, é em princípio e geralmente a favor do fortalecimento da ação pública. O corpo político entende que é melhor o Estado Constitucional Moderno voltar a centrar-se no conjunto de competências que lhe são próprias em lugar de dispersar-se em outras atividades que as empresas privadas sabem fazer melhor, enfim, que faça menos, mas que faça bem. Para que essa linha de defesa do papel do Estado pudesse ser convincente, seria necessário que, nos terrenos que parecem ser próprios de sua atuação, sua legitimidade fosse indiscutível e não contasse com nenhuma concorrência séria. Não é esse o caso²⁶. As mais tradicionais funções de “soberania”, que pareciam claramente ser de competência do Estado Constitucional Moderno, estão submetidas a uma erosão lenta, mas contínua. Aparecem novos atores, e a legitimidade do Estado Constitucional Moderno muda de natureza, quando não é diretamente posta em dúvida. Tanto o relativo à defesa nacional como a polícia e a justiça serão, no futuro, assuntos entendidos

como meros serviços inseridos no cumprimento de funções, e não expressão, de soberania.

Como já foi visto anteriormente, a noção de soberania transforma-se cada vez mais em uma palavra oca e sem conteúdo. É um mero critério formal na caracterização do Estado. Vivemos assim, venia pela repetição, o início da era de desaparecimento do Estado Constitucional Moderno e, em consequência, do eclipse da soberania como categoria vinculada ao território²⁷.

A essência do Estado Constitucional Moderno está ligada a um determinado grau de homogeneidade, como era a sociedade burguesa dos séculos XVIII e XIX. Hoje há um número crescente daqueles que não entram no padrão cada vez mais rigoroso imposto pelas elites liberais capitalistas e que devem ser excluídos: negros, imigrantes, rechaçados, marginalizados. Estes seriam descartados como peças com defeito de fabricação, que não passariam por um “controle de qualidade” rigoroso. Essas peças “defeituosas” são o resultado da política liberal capitalista, que quis impor um padrão de homogeneidade artificial, insensível e desumana.

A globalização está por detrás da expansão da democracia liberal ao largo e em torno do mundo²⁸. Mas, ao mesmo tempo, o modelo de democracia liberal representativa entrou em crise, cuja origem está na crise do Estado Constitucional Moderno tradicional²⁹. A democracia representativa, ainda que tenha sido uma grande conquista na história da humanidade, perdeu sua grandeza. E tal fenômeno relaciona-se com o papel do Estado Constitucional Moderno. Assim, o seu tradicional papel está cada vez mais cedendo posições e perdendo influência ante os novos atores da globalização, com perversa diminuição da distância entre o público e o privado.

O Poder Público, desse modo, diversificou-se. E a democracia, transformada em uma espécie de “poliarquia”, deixa a

24 AYUSO TORRES, Miguel. *Después del Levitán? Sobre el estado y su signo*. Madrid: Editorial Dykinson, 1998, p.36.

25 VARELA, Raquel. *O modelo que fundamenta a social-democracia se esvaiu*. Entrevista à Revista Carta Capital. In: http://www.cartacapital.com.br/revista/879/todo-poder-real-aos-cidadãos-1218.html?utm_content=buffer21d78&utm_medium=social&utm_source=twitter.com&utm_campaign=buffer - acesso em 17/01/2016.

26 GUÉHENNO, Jean Marie. *El porvenir de la libertad: la democratización en la época de la globalización*. Trad. Javier Palácio. Barcelona: Paidós, 2000, p.43.

27 CRUZ, Paulo Márcio; *Soberanía y Transnacionalidad: Anatgonismos y Consecuencias* - Universidad de Caldas (Colômbia). *Juridicas*, v. 7, p. 13-36, 2010.

28 Sobre isso ver PASOLD, Cesar Luiz; CRUZ, Paulo Márcio. *Norberto Bobbio e a Democracia* - Uberlândia - UFU/MG. *Revista da Faculdade de Direito (UFU)*, v. 38, p. 1-23, 2010.

29 CRUZ, Paulo Márcio; OLIVIERO, Maurizio. *Reflexões Sobre a Crise Financeira Internacional e o Estado de Bem-Estar* - Manizales - Colômbia. *Juridicas*, v. 10, p. 56-70, 2013.

sociedade sem saber a quem exigir responsabilidade nem como exercer o controle sobre os poderes públicos³⁰. Além disso, as estruturas democráticas tradicionais não são consideradas idôneas para controlar o poder econômico e dos meios de comunicação, que se tornaram transnacionais. Tudo isso requer, com certeza, novos parâmetros para a democracia, inclusive repensar seu conceito tradicional adstrito à circunstância da condição de regime político/método de “composição de órgãos dirigentes do Estado”, levando-a ao patamar de elemento sustentador da “solidariedade do agrupamento social”, na lição de Telmo Vieira Ribeiro³¹.

A crise e as mudanças

O Estado Constitucional Moderno está em crise, entre outros muitos motivos, por ter mantido sua estrutura com elementos do primeiro liberalismo, que não se ajustaram às mudanças profundas ocorridas na sociedade, advindas de diversos aspectos³². Bastaram, por exemplo, a crise dos anos 30 e dos anos 70 para mostrar, cruelmente, a incongruência entre os conceitos e estruturas herdadas e a nova situação crítica.

O atual momento é de mudanças radicais. Um momento dominado por instituições zumbis (partidos sem partidários, exércitos sem inimigos, aparelhos governamentais caducos e, pois, ineficientes) que estão clinicamente mortas há muito tempo, mas que são incapazes de deixar de viver³³. Por isso é indispensável avançar na história e configurar teoricamente

um novo conceito de democracia e um novo conjunto de instituições capazes de estabelecer e salvaguardar a legalidade no âmbito internacional.

Hora, pois, de prosseguir, ampliando as discussões e reflexões propositivas sobre o tema Direito Transnacional, sempre tendo em conta a necessidade de produção de respostas satisfatórias aos fenômenos globais contemporâneos³⁴. Isso inclui não apenas possibilidades epistemológicas quanto ao Estado Transnacional Ambiental³⁵, como também o constitucionalismo ambiental como mera garantia, simbólica ou não³⁶.

Também convém reestudar as possibilidades da Teoria da Interconstitucionalidade, com seus tópicos de realce, a “rede de constituições de estados soberanos” e as “turbulências” oriundas de comunidades políticas supranacionais³⁷.

A soberania foi um dos principais alicerces do Estado Constitucional Moderno. Convertia o poder estatal em poder supremo, exclusivo, irresistível e substantivo, único criador de normas e detentor do monopólio do poder de coação física legítima dentro de seu território – e sustentava-o como único interlocutor autorizado a falar com o exterior. Esse conceito está se desmanchando, o que também faz afundar os alicerces sobre os quais se sustentava a teoria clássica do Estado Constitucional Moderno³⁸. Por outro lado, a perda da eficiência do Estado Constitucional Moderno provocou a erosão de sua legitimidade perante o cidadão. O Estado Constitucional Moderno

34 OLIVIERO, Maurício, e CRUZ, Paulo Márcio. Reflexões sobre o Direito Transnacional. In SANTO, Davi do Espírito e PASOLD, Cesar Luiz (orgs.) **Reflexões sobre a Teoria da Constituição e do Estado**. Florianópolis: Insular, 2013, p.

35 Vide, por exemplo: ARMADA, Charles Alexandre Souza. O Estado Transnacional Ambiental como futuro possível para o Estado e para a efetivação do Direito Ambiental no Século XXI. In CAMPELLO, Livia Gagner Bósio, SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de, e PADILHA, Norma Sueli (Coords.). **Direito Ambiental n Século XXI: efetividade e desafios**. Curitiba: Clássica, 2013 (Segundo Volume), p. 149-173.

36 LUNO, Antonio Henrique Pérez. **Perspectivas e Tendências Atuais do Estado Constitucional**. Tradução de José Luis Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. (sem título original no exemplar utilizado).

37 CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. 8 reimp. Coimbra: Almedina, 2003, em especial p.1425 a 1430.

38 OLLER I SALA, M. Dolers. **Un futuro para la democracia: una democracia para la gobernabilidad mundial**. Barcelona: CRISTIANISME I JUSTÍCIA, 2002, p.11.

30 OLLER I SALA, M. Dolers. **Un futuro para la democracia: una democracia para la gobernabilidad mundial**. Barcelona: CRISTIANISME I JUSTÍCIA, 2002, p.08. E especificamente sobre a Democracia como paradigma para superação democrática do Estado Constitucional, vide o item 1.5 em: CRUZ, Paulo Márcio e SIRVENT, José Francisco Chofre. **Ensaio sobre a necessidade de uma teoria para a superação democrática do Estado constitucional moderno**. In <https://jus.com.br/artigos/8276/ensaio-sobre-a-necessidade-de-uma-teoria-para-a-superacao-democratica-do-estado-constitucional-moderno/3> - acesso em 17/01/2016.

31 OLIVO, Luís Carlos Cancellier de, e PASOLD, Cesar Luiz (orgs.). **Dois Teses de Telmo Vieira Ribeiro**. Joaçaba: Editora UNOESC, 2015, p.16 e 61.

32 CRUZ, Paulo Márcio; **Repensar a Democracia** - Revista da Faculdade de Direito da UFG - Goiânia - Goiás. Revista da Faculdade de Direito da UFG, v. 33, p. 22-41, 2010.

33 BECK, Ulrich. **Qué es la globalización?** Barcelona: Paidós, 1998, p.59.

cada vez oferece menos respostas às demandas de segurança e desenvolvimento.

E, ainda que essa noção de Soberania exclusiva tenha sido sempre mais um mito do que uma realidade, a verdade é que hoje se assiste a um retrocesso importante do poder do papel do Estado Constitucional Moderno e do seu controle hierárquico sobre outras instâncias. As suas pretensões de controle sobre o território e de ter a última palavra em assuntos políticos perderam eficácia tanto em sua dimensão interna como em sua projeção externa. Nesta última, ironicamente, a soberania do Estado perde poder e espaço para uma “supersoberania supranacional”. Esta, por sua vez, ignora fronteiras e atua com as forças oriundas dos “círculos globais de produção”, formando o que Eros Grau denomina processo de “desterritorialização” da soberania. Aliás, Grau mesmo localiza o mercado como titular de uma “supersoberania”, cuja criadora é a transnacionalidade³⁹.

Caso os debates realizados nos fóruns sociais temáticos sejam comparados com a agenda política do Parlamento na Colômbia, no Brasil ou em Portugal, vai-se notar que há uma discrepância total entre as ansiedades, as aspirações democráticas que estão aqui para ser debatidas e o que acontece nos parlamentos⁴⁰. Então, o mais importante é ampliar a agenda política, e isso não pode vir de dentro do Estado, porque ele, Estado, está aprisionado por sua própria estrutura. É preciso fazê-lo de fora, por meio de instrumentos como a democracia participativa digital.

Em consequência desse fato, torna-se cada vez mais difícil manter a ideia do Estado Constitucional Moderno como garantidor do interesse geral, já que é evidente que não pode, por si só, responder adequadamente aos novos desafios que tem por ultrapassar, seja por motivo de ordem estrutural, seja, sobretudo, pela falência de sua concepção nodal.

Em termos sociais, o efeito acumulado do pré e do pós-contratualismo é a emergência de uma classe de excluídos constituída por grupos sociais em mobilidade descendente estrutural (trabalhadores não qualificados, desempregados, trabalhadores imigrantes, minorias étnicas), e por grupos sociais para os quais o trabalho deixou de ser – ou nunca foi – um horizonte realista (desempregados de longa duração, jovens com difícil inserção no mercado de trabalho, incapazes física e mentalmente, massas de camponeses pobres da América Latina, África e Ásia). Essas classes de excluídos – maiores ou menores, segundo seja a posição, periférica ou central, de cada sociedade no sistema mundial – assumem, nos países centrais, a forma de terceiro mundo interior, o chamado terço inferior, da sociedade dos terços.⁴¹

Uma nova forma de organização política

A despolitização do Estado Constitucional Moderno e a “desestatização” da regulação social induzidas pela erosão do contrato social indicam que, sob a denominação “Estado”, está emergindo uma nova forma de organização política mais ampla que o Estado convencional: um conjunto híbrido de fluxos, organizações e redes nos quais se combinam e solapam elementos estatais e não estatais, nacionais, transnacionais e globais.

Essa nova organização política, esse conjunto heterogêneo de organizações, instituições e fluxos, não tem centro: a coordenação do Estado Constitucional Moderno funciona apenas como imaginação do centro.

Já não tem sentido algum recorrer ao Estado contra o mercado, e ao mercado contra o Estado. A falha do Estado e a falha do mercado tornam-se idênticas porque a forma de reprodução social da modernidade perdeu completamente sua capacidade de funcionamento e de integração⁴². Com isso se torna impos-

39 GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. 8 ed. rev. amp. .cit., em especial, 314, 315 e 335.

40 CRUZ, Paulo Márcio; FERRER, G. R. **A crise financeira mundial, o estado e a democracia econômica** - Rio de Janeiro - Revista UERJ. Revista da Faculdade de Direito da UERJ, v. 1, p. 1-23, 2011.

41 CRUZ, Paulo Márcio. **Repensar a Democracia** - Revista da Faculdade de Direito da UFG - Goiânia - Goiás. Revista da Faculdade de Direito da UFG, v. 33, p. 22-41, 2010.

42 CRUZ, Paulo Márcio; OLIVIERO, Maurizio. (Org.) **As trajetórias multidimensionais da Globaliza-**

sível contornar os problemas, tanto na teoria quanto na prática. E isso no momento em que também os componentes ocidentais do sistema global de produção de mercadorias chegam a experimentar, no mesmo grau de crueldade que o resto do mundo, as consequências da crise.

Nesse novo marco, o Estado Constitucional Moderno é uma relação política fraturada, aberta à competição entre os atores externos da política, na qual transitam concepções alternativas de bem comum e dos bens públicos. Antes de uma materialidade institucional e burocrática, o Estado está chamado a ser o terreno de uma luta política muito menos codificada e regrada que a luta convencional. E é nesse novo marco que as diferentes formas de fascismo social buscam articulação para amplificar e consolidar suas pretensões despóticas, transformando o Estado em componente de espaço privado. E será também nesse marco que as forças democráticas deverão lutar pela democracia redistributiva e converter o Estado em componente do espaço público não estatal⁴³. Esta última transformação é o que Boaventura de Souza Santos denomina Estado como novíssimo movimento social.

Outra evidência da insuficiência do Estado Constitucional Moderno é o resultado da denominada “Democracia da opinião pública”, que supera, e muito, a eficácia dos instrumentos habituais de representação política em se tratando de fiscalizar os representantes públicos. Essa teoria tem como principal hipótese o fato de que os meios de comunicação estão debilitando a capacidade decisória dos poderes institucionais do Estado, a ponto de a relação entre governantes e governados estar adstrita apenas ao desenho original de uma democracia representativa.

A dificuldade está em “quem” e “como” pode controlar esse grande manipulador, que atua a partir dos meios de comunicação⁴⁴. É um instrumento poderosíssimo que tem, por seu

caráter cada vez mais globalizado, muitas possibilidades de escapar da fiscalização dos ordenamentos e instituições do Estado Constitucional Moderno, que se mostra claramente insuficiente para tal tarefa. E conivente.

Entramos na era dos sistemas abertos, quer se trate de estados ou empresas, e os critérios de êxito são os opostos da era moderna e dos sistemas fechados. O valor de uma organização já se mede não pelo equilíbrio que tenta estabelecer entre seus diversos componentes nem pela nitidez de suas fronteiras, mas sim pelo número de aberturas, de pontos de articulação que ela mantém com tudo que lhe é exterior.

O debate sobre o futuro do mundo ocidental desenvolvido, em sua falsa simplicidade, ilustra bem as insuficiências de um enfoque institucional da era moderna⁴⁵. A questão está posta a partir de visões ultrapassadas, nas quais o reflexo de um mundo que desaparece revela sua impotência para dar conta do novo mundo que começa.

Portanto, debilitados em sua eficácia, vítimas das mudanças transversais da globalização e da interdependência, os estados padecem de uma profunda erosão de seu poder e de sua capacidade de controle hierárquico⁴⁶. E, por sua incapacidade de manter alguma autonomia em relação às novas forças que surgem, cada vez tem mais problemas para sustentar sua legitimidade ante uma cidadania ávida de segurança e desenvolvimento. A cidadania, por sua vez, também não se sente suficientemente reconhecida e atendida em uma estrutura de poder anacrônica por sua hierarquização paquidérmica, distante e pouco controlável como a que proporciona o Estado Constitucional Moderno.

Os Estados estão perdendo poder, força e influência tanto em âmbito interno como externo. No âmbito externo, estão cedendo parcelas de prerrogativas a atores surgidos do processo de globalização, em setores como o meio ambiente, as tecnolo-

ção - Itajaí. 1. ed. Itajaí: Univali, 2014. v. 1.

43 SANTOS, Boaventura de Souza. **Reinventar la democracia, reinventar el estado**. Madrid: Ediciones Sequitur, 1999, p.40.

44 RUIZ-RICO-RUIZ, Gerardo et alii. Estado democrático y constitución: balance y perspectivas de futuro, in **La democracia en debate**. Madrid: Dykinson, 2002, p.179.

45 GUÉHENNO, Jean-Marie. **El fin de la democracia: la crisis política y las nuevas reglas del juego**. Barcelona: Paidós, 1995, p.63.

46 É o que Boaventura chama de apoliticismo desterritorializado.

gias de informação, as imigrações, o terrorismo internacional e o crime organizado.

Todos esses novos atores e atividades estão provocando um profundo impacto “desterritorializador”, com efeitos ainda incertos, mas que já estão gerando uma visão da vida cada vez mais universal e, portanto, menos ligada às pautas específicas de cada Estado. Essa transferência de identidades está sendo fundamental na erosão dos Estados nacionais. O cidadão peregrino continua pagando impostos e viajando com o passaporte expedido por um governo territorial, mas seus sonhos e projetos estão em qualquer outro lugar⁴⁷ – fazem parte dessa viagem ao futuro, empreendida cada vez mais por pessoas sem problemas de raça, classe social ou nacionalidade.

Outra parcela inquietante, sobre a qual o Estado Constitucional Moderno está perdendo capacidade de atuação, é a do controle da criminalidade organizada e do terrorismo. O Estado Constitucional Moderno está-se vendo cada vez mais incapaz de responder aos crescentes desafios colocados pelas grandes máfias do contrabando, a droga, a prostituição, os crimes de informática, o tráfico de armas e, mais recentemente, materiais radioativos, engenharia genética, entre outros. Essas e novas formas de criminalidade global exigem a adoção de medidas que superem o âmbito territorial restrito e típico do Estado Constitucional Moderno.

Por um lado, porque as instituições estatais nacionais resultam insuficientes para conjurar a visível capacidade de manobra de vários poderes privados que se movem, com muita velocidade, de uma fronteira a outra, desvinculando seus benefícios econômicos de suas obrigações fiscais, ecológicas, sanitárias, laborais, enfim, de sua obrigação com a humanidade.⁴⁸

Trata-se, é claro, não de um mero cosmopolitismo fugidio, destinado a liquidar as diferenças nacionais ou os elementos

clássicos do Poder Público, mas sim do encaminhamento de uma nova ideia de organização político-jurídica que permita, como já frisado anteriormente, a possibilidade de interações entre diversos sistemas jurídicos, sem que isso suponha, necessariamente, subordinação de uns frente a outros, como aponta Del Cabo⁴⁹. Esse autor espanhol aponta a existência de poderes de mercado que não podem ser controlados, o que conflita com qualquer modelo de organização político-jurídica destinada a garantir os direitos mínimos dos cidadãos.

A superação dessa situação de desencanto e frustração só parece possível caso sejam colocadas em prática duas exigências. De uma parte, o desempenho de uma dissidência ativa, que vá engajando um número cada vez maior de cidadãos na luta pela efetiva aplicação dos direitos fundamentais. De outra, a reconstrução de um sistema político e institucional capaz de processar as demandas dos cidadãos e de controlar a atividade e o poder dos protagonistas da nova economia global. Como já dito antes, uma espécie de “republicanização da globalização”.

Esse Estado de base constitucional, que surgiu na Idade Moderna, apesar de transfigurado, perdura até os dias de hoje. Contudo, a partir dele, com base nele, mas em superação a ele, ao longo da Idade Contemporânea desenvolveu-se uma progressiva relativização da soberania, que possibilitou união de países acreditada por poucos quando foi proposta na Europa, cuja força cultural ainda é a locomotiva da civilização ocidental. Assim como os feudos se globalizaram em estados nacionais, agora, na evolução europeia, o processo de união continua pela globalização dos Estados nacionais em comunidade transnacional.

Esse processo se desenvolveu tendo origem e base na formação de um mercado comum, antes suprafeudal e agora transnacional, mas, partindo desse fundamento econômico, tem por sequência e consequência a constituição de nova sociedade política por coligação e relativização, antes dos domínios feudais e agora das soberanias nacionais.

47 FALK, Richard Antony. *On human governance. Towards a new global politics*. Cambridge: Polity Press, 2004, p.212.

48 DEL CABO, Antonio. *Constitucionalismo, mundialización y crisis del concepto de soberanía: algunos efectos en América Latina y en Europa*. Alicante: Publicaciones de la Universidad de Alicante, 2000, p.34.

49 DEL CABO, Antonio. *Constitucionalismo, mundialización y crisis del concepto de soberanía: algunos efectos en América Latina y en Europa*. Alicante: Publicaciones de la Universidad de Alicante, 2000, p.35.

A superação do Estado Constitucional

Atualmente a espécie humana está organizada em todas as suas esferas de reprodução essenciais e, no nível mundial, em estruturas de poder hierárquicas e oligopolistas, sem que a esses políticos e intelectuais orgânicos do “mundo livre” ocorra pedir a democratização dessas estruturas de poder construídas e mantidas pelas elites. Só com um amplo movimento para a superação do Estado Constitucional poder-se-á ter alguma perspectiva nesse sentido, como prescreve Noam Chomsky⁵⁰.

Do ponto de vista dos atores sociais, elucidar as ideias de globalização, pós-modernidade e mutação significa elaborar instrumentos para compreender a história que estamos vivendo. Isso sugere a busca de uma teoria de transformação do mundo e de uma consciência histórica adequada.

O crescimento estrutural da exclusão social, pela via do pré-contratualismo ou do pós-contratualismo, e a conseguinte extensão dos estados de natureza – que não oferecem opções, individuais ou coletivas, para superá-los – implicam em uma crise do tipo paradigmático, um câmbio de época, que alguns autores denominaram “desmodernização” ou “contramodernização”⁵¹. Trata-se, portanto, de uma situação de muito risco. A questão que deve ser levantada é se, apesar de tudo, tem-se a capacidade para substituir o velho contrato social da modernidade por outro capaz de se contrapor e superar efetivamente a lógica da exclusão.

A mundialização capitalista do fim do século XX engendrou condições de opressão e exploração sem precedentes na Idade Moderna, e sua substituição assimétrica⁵² é fundamental para a sobrevivência da espécie humana⁵³. Assim se poderia ati-

var a gestão de uma série de condições objetivas e subjetivas que permitiriam a superação do estado atual de coisas em uma direção de emancipação para o conjunto da humanidade.

Por isso, em consequência, ao debilitar as bases do Estado Constitucional Moderno, corre-se o risco de dissolver algo mais profundo e estável, como é a comunidade política, na mesma linha de raciocínio de Ayuso Torres⁵⁴. De novo, como em tantos campos do conhecimento, movemo-nos entre as contradições da pós-modernidade.

Em nossos tempos, a globalização tem ensejado uma questão atinente a uma alternativa, quase um dilema impossível de ser decifrado: ou caminhamos para a superação do Estado Constitucional Moderno, pelo seu próprio enfraquecimento, ensejando organizações transnacionais, ou cairemos em uma hegemonia de algum Estado ou grupo de Estados.

Ante essa situação, autores como Hobsbawm⁵⁵ mostram que os Estados de diversas zonas do planeta tentaram – ou tentam – uma dupla estratégia (que, paradoxalmente, não faz mais que acelerar o declínio do Estado Constitucional Moderno):

- a primeira consiste em integrar-se em unidades mais amplas, supraestatais, que acumulam competências econômicas, sociais ou militares cedidas pelos Estados integrantes. Essas unidades regionais integradas exercem um novo tipo de governabilidade mundial em certos setores, como segurança, tecnologia e economia, e contam com o apoio das tradicionais organizações internacionais.
- a segunda estratégia é aquela voltada à descentralização política por meio da federalização ou outras formas de desconcentração do poder estatal. Com isso, a pretensão seria aproximar o poder do cidadão, introduzindo a democracia no âmbito da estruturação

50 CHOMSKY, Noam & DIETERICH, Heinz. **A sociedade global: educação, mercado e democracia**. Blumenau: FURB, 1999, p. 113.

51 Sobre isso ver: CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **O novo paradigma de Direito na pós-modernidade** - Porto Alegre - RECHTD/UNISINOS. RECHTD. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito, v. 3, p. 75-83, 2011.

52 Sobre isso ver CRUZ, Paulo Márcio; REAL FERRER, Gabriel. **Los nuevos escenarios transnacionales y la democracia asimétrica** - Manizales - Colômbia. Jurídicas, v. 7, p. 12-17, 2010.

53 DEL CABO, Antonio. **Constitucionalismo, mundialización y crisis del concepto de soberanía: algunos efectos en América Latina y en Europa**. Alicante: Publicaciones de la Universidad de Alicante,

2000, p.46.

54 AYUSO TORRES, Miguel. **¿Después del Levitán? Sobre el estado y su signo**. Madrid: Editorial Dykinson, 1998, p.185.

55 HOBBSAWM, Eric. **Globalização, Democracia e Terrorismo**. Tradução de José Viegas. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

territorial do Estado Constitucional Moderno e revalorizando as unidades políticas autônomas. Desse modo, a descentralização política faz com que, na prática, surja uma espécie de “soberania compartilhada”. O Estado Constitucional Moderno revela também aqui sua insuficiência quando cede capacidade de governo a cidadãos, grupos sociais e coletivos territoriais que não se sentem suficientemente reconhecidos nem atendidos por uma estrutura de poder demasiadamente hierárquica, muito distante e pouco controlável como é o Estado Constitucional Moderno.

Além disso, é importante citar a existência de solidariedades por identidade, que coloca em risco a identidade nacional “oficial” dos Estados. Assim, no âmbito interno do Estado Constitucional Moderno, assiste-se ao despertar da consciência coletiva, que se manifesta em sua forma mais visível, o nacionalismo, em grande parte como reação de defesa contra a massificação homogeneizante resultante da globalização cultural e dos meios de comunicação. Esse ressurgimento mostra a existência de importantes comunidades, com consciência política própria, que não estão suficientemente reconhecidas pelo Estado Constitucional Moderno.

Deve-se ter em conta que, também no âmbito interno, a atividade reguladora do Estado Constitucional Moderno se vê submetida a restrições cada vez mais importantes e frequentes. Na verdade, pode-se concordar com Paolo Grossi, quando alerta que o que o Estado moderno assegura aos cidadãos é somente um complexo de garantias formais, referindo-se a questões muito mais abstratas que efetivamente concretas⁵⁶.

Seja pela complexidade da própria máquina estatal, seja pela progressiva tendência a estruturar o sistema de representação por meio de organizações especializadas ou corporações estruturadas em torno de critérios setoriais, o que obriga o Estado Constitucional Moderno a assumir complexas pautas de

negociação, tudo isso implica em importante retrocesso de seu poder e controle hierárquico.

Definitivamente, ao mesmo tempo em que se percebe a clara tendência à integração dos Estados em estruturas transnacionais, observa-se também o surgimento de processos no sentido inverso, nos quais é produzida intensa dispersão de competências entre grupos ou instituições.

O declínio político da velha ordem estatal que dividia o mundo em Estados nacionais coloca sobre a mesa a necessidade de se estabelecer, primeiramente, novos modelos teóricos e, depois, a gradual efetivação desses modelos na prática.

Um novo sistema político global e a importância nodal da democracia

É importante que novas propostas teóricas sejam discutidas na direção de um novo sistema político global que não esteja a serviço do mercado global.

Um novo conjunto teórico com relação ao Poder Público poderia estruturar-se em torno de quatro grandes objetivos: 1º – a organização do desarme mundial para níveis que não ameacem existência da vida no planeta; 2º – a organização do acesso aos recursos naturais do planeta de maneira igualitária e rigidamente sob os princípios do desenvolvimento sustentado, de forma a diminuir gradativamente as desigualdades; 3º – a negociação de relações econômicas abertas e flexíveis entre as principais regiões do mundo, que na atualidade se encontram desigualmente desenvolvidas⁵⁷; e 4º – o início de negociações para a correta gestão da dialética mundial/nacional nas áreas das comunicações, cultura e política. Pode-se pensar até em gestão da distribuição de competências entre o plano transnacional e os planos regionais e nacionais.

56 GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. Título original: *Mitologie giuridiche della modernità*. p. 24.

57 HÄBERLE, Peter. **Estado Constitucional Cooperativo**. Tradução de Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p.56.

Dito de outro modo, o que é realmente importante na configuração de um novo conjunto teórico sobre o tema é a democracia como valor de civilização, e não o Estado.

Mas se deve voltar à questão sobre qual será o futuro do Estado! Nesse sentido, pode-se refletir sobre três possibilidades. A primeira delas seria a volta de um Estado forte e autônomo, capaz de manter o controle do poder perante os novos organismos e entes transnacionais. Essa é uma alternativa pouco realista, pelas razões já indicadas em outras partes deste texto. Cabe uma segunda possibilidade, que consistiria em confiar na capacidade autorregulatória do emergente sistema global e reduzir, em consequência, a presença e ação dos Estados até que sejam reduzidos a meros coadjuvantes de uma sociedade em rede, multicêntrica e com poderes compartilhados em diversos níveis. É uma alternativa não só possível, mas também realista, considerado o cenário mundial atual e suas projeções. O problema está em que se trata de alternativa demasiado realista e, portanto, extraordinariamente perigosa. A referência é à confusão usual entre mundialização e neoliberalismo ou, se preferir, à distinção entre a ideia da globalização assentada no dogma de que toda atividade humana atual deve estar sujeita ao primado da economia global.

Outra coisa, bem diferente, é a globalidade, ou seja, a existência de uma sociedade mundial multidimensional, policêntrica, contingente e política, capaz de resolver de modo aceitável os grandes desafios de sustentabilidade sociais, econômicos, político e ambientais que enfrenta o mundo atual.

Diante dessas duas alternativas extremas, cabe uma posição intermediária, embasada na construção teórica de um Estado adaptado à nova situação. Uma alternativa que permitisse a vigência de um Poder Público estatal, mas construído com base na nova realidade mundial e capaz de ser uma peça na engrenagem pública global.

O novo Estado estaria encaixado numa rede de compartilhamento de funções públicas, interagindo com as organizações públicas transnacionais, tanto governamentais como não governamentais, por um lado, e com as regiões, comunidades,

estados federados e entidades locais, por outro lado. Um novo Estado que tenha como paradigma a sustentabilidade⁵⁸.

Dito de outra maneira, os novos Estados exerceriam sua atividade não como entidade soberana, mas como parte componente de uma ordem política internacional mais ampla e complexa⁵⁹. Assim, o Estado tende a extinguir-se como estrutura de soberania – um dos motivos para a superação do Estado Constitucional Moderno – e como coordenador de uma hierarquia piramidal⁶⁰. O novo Estado seria não mais um pretense gestor de uma hierarquia soberana, mas sim um potencial negociador e integrador de sua comunidade no concerto transnacional.

A criação de instituições intermediárias, capazes de assegurar não só a necessária transparência, mas também um grau mínimo de legitimidade, é, portanto, essencial. Isso supõe que, no lugar de se imaginar uma “comunidade mundial”, que seria resultado direto da eleição de milhões de indivíduos abstratos, se está trabalhando na construção de uma comunidade de comunidades, estabelecida sobre a base da negociação, e entre diferentes comunidades políticas que compartilham os mesmos princípios comuns, fazendo-as compatíveis entre si e substituindo o conflito pela cooperação e o enfrentamento entre soberanias pela autonomia e independência organizadas⁶¹.

Isso está proposto assim porque pressupõe a construção de instituições políticas de intermediação, capazes de ter em consideração as duas lógicas, tanto a da concentração do poder como a da descentralização, e de organizar, por conta da mediação das instituições políticas, a passagem da primeira para a segunda, o que é talvez a principal tarefa política na pós-modernidade. O futuro da humanidade talvez dependa muito disso.

58 CRUZ, PAULO MÁRCIO; Real Ferrer, Gabriel. **Direito, Sustentabilidade e a Premissa Tecnológica como Ampliação de seus Fundamentos**. Sequência (UFSC), v. 36, p. 239, 2015.

59 CRUZ, Paulo Márcio; **Repensar a Democracia** - Revista da Faculdade de Direito da UFG - Goiânia - Goiás. Revista da Faculdade de Direito da UFG, v. 33, p. 22-41, 2010.

60 FERRAJOLI, Luigi. **A Soberania no Mundo Moderno**: nascimento e crise do estado nacional. Tradução de Carlo Cocciolo, Márcio Lauria Filho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

61 HABERMAS, Jürgen. **O Ocidente Dividido**. Tradução de Luciana Villas-Bôas. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2006. p.158.

Considerações finais

Apesar das diversas teses apresentadas quanto à formação de uma comunidade mundial de autonomias independentes, o grande desafio, de verdade, será a nova conformação a ser dada ao Estado. Aí reside o grande esforço teórico que deve ser feito. Desde que o instrumento “de ligação”, que historicamente viveu e conviveu com os princípios da soberania moderna, possa estar apto e desempenhar sua função, tem-se a impressão de que o restante do processo será mera consequência. Assim, o Estado que for teorizado e concretizado para substituir o Estado Constitucional Moderno deverá trazer, em sua filosofia e em sua estrutura concreta, a capacidade de ser “endógeno” e “exógeno” ao mesmo tempo.

Ainda, é preciso registrar que a nova estrutura do Estado provavelmente vai se descolar completamente dos elementos teóricos que orientaram a criação do Estado Constitucional Moderno. Por isso, urge que se inicie um decidido e consequente processo de teorização que possa sustentar essa nova estrutura.

É o mais longe que a prudência permite ir a termos propositivos. Além disso, corre-se o risco – se já não se avançou demais – de ser comparado com os visionários românticos e outros tantos que tiveram a pretensão de ter achado a fórmula mágica para a organização política da humanidade pós-moderna.

O objetivo de textos científicos como o presente é colaborar com as discussões sobre a necessidade de se teorizar o novo papel do Estado nesse ambiente transnacional complexo e cada vez mais rápido e digital. É ajudar a “desgrudar” alguns de nossos mais brilhantes pensadores do Estado Constitucional Moderno, convencê-los de que haverá outra concepção para o Estado e de que o concurso teórico deles é e sempre será indispensável.

Referências

- ARMADA, Charles Alexandre Souza. O Estado Transnacional Ambiental como futuro possível para o Estado e para a efetivação do Direito Ambiental no Século XXI. In CAMPELLO, Livia Gaigher Bósio, SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de, e PADILHA, Norma Sueli (Coords.). **Direito Ambiental n Século XXI: efetividade e desafios**. Curitiba: Clássica, 2013 (Segundo Volume), p. 149-173.
- AYUSO TORRES, Miguel. **Después del Levitán? Sobre el estado y su signo**. Madrid: Editorial Dykinson, 1998.
- BECK, Ulrich. **Qué es la globalización?** Barcelona: Paidós, 1998.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. 8 reimp. Coimbra: Almedina, 2003
- CHOMSKY, Noam; DIETERICH, Heinz. **A sociedade global: educação, mercado e democracia**. Blumenau: FURB, 1999.
- CRUZ, Paulo Márcio; **Da Soberania à Transnacionalidade: Democracia, Direito e Estado no Século XXI - Itajaí**. 2. ed. Itajaí: Univali, 2014. v. 1.
- CRUZ, Paulo Márcio; REAL FERRER, Gabriel. **A crise financeira mundial, o estado e a democracia econômica** - Rio de Janeiro - Revista UERJ. Revista da Faculdade de Direito da UERJ, v. 1, p. 1-23, 2011.
- CRUZ, Paulo Márcio; OLIVIERO, Maurizio. (Org.) **As trajetórias multidimensionais da Globalização** - Itajaí. 1. ed. Itajaí: Univali, 2014. v. 1.
- CRUZ, Paulo Márcio; OLIVIERO, Maurizio. **Reflexões Sobre a Crise Financeira Internacional e o Estado de Bem-Estar** - Manizales - Colômbia. Jurídicas, v. 10, p. 56-70, 2013.
- CRUZ, Paulo Márcio; PASOLD, Cesar Luiz. **Norberto Bobbio e a Democracia** - Uberlândia - UFU/MG. Revista da Faculdade de Direito (UFU), v. 38, p. 1-23, 2010.
- CRUZ, PAULO MÁRCIO; Real Ferrer, Gabriel. **Direito, Sustentabilidade e a Premissa Tecnológica como Ampliação de seus Fundamentos**. Sequência (UFSC), v. 36, p. 239, 2015.

- CRUZ, Paulo Márcio; REAL FERRER, Gabriel. **Los nuevos escenarios transnacionales y la democracia asimétrica** - Manizales - Colômbia. *Juridicas*, v. 7, p. 12-17, 2010.
- CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **O novo paradigma de Direito na pós-modernidade** - Porto Alegre - RECHTD/UNISINOS. RECHTD. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, v. 3, p. 75-83, 2011.
- CRUZ, Paulo Márcio; **Repensar a Democracia** - Revista da Faculdade de Direito da UFG - Goiânia - Goiás. *Revista da Faculdade de Direito da UFG*, v. 33, p. 22-41, 2010.
- CRUZ, Paulo Márcio e SIRVENT, José Francisco Chofre. **Ensaio sobre a necessidade de uma teoria para a superação democrática do Estado constitucional moderno**. In: <https://jus.com.br/artigos/8276/ensaio-sobre-a-necessidade-de-uma-teoria-para-a-superacao-democratica-do-estado-constitucional-moderno/3->. Acesso em 20/12/15.
- CRUZ, Paulo Márcio; **Soberanía y Transnacionalidad: Antagonismos y Consecuencias** - Universidad de Caldas (Colômbia). *Juridicas*, v. 7, p. 13-36, 2010.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **O futuro do estado**. São Paulo: Saraiva, 2001.
- DEL CABO, Antonio. **Constitucionalismo, mundialização e crise del concepto de soberania**: algunos efectos en América Latina y Europa. Alicante: Publicaciones Universidad de Alicante, 2000.
- FALK, Richard Antony. **On human governance. Towards a new global politics**. Cambridge: Polity Press, 2004.
- FERRAJOLI, Luigi. **A Soberania no Mundo Moderno: nascimento e crise do estado nacional**. Tradução de Carlo Cocciolo, Márcio Lauria Filho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. 8. ed. rev.amp. São Paulo: Malheiros, 2011.
- GRAZIANO SOBRINHO, Sérgio Francisco Carlos. **Globalização e Sociedade de Controle** - A Cultura do medo e o Mercado da Violência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- GROSSI, Paulo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. Título original: *Mitologie giuridiche della modernità*.
- GUÉHENNO, Jean Marie. **El porvenir de la libertad: la democratización en la época de la globalización**. Trad. Javier Palácio. Barcelona: Paidós, 2000.
- GUÉHENNO, Jean-Marie. **El fin de la democracia: la crisis política y las nuevas reglas del juego**. Barcelona: Paidós, 1995.
- HÄBERLE, Peter. **Estado Constitucional Cooperativo**. Tradução de Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- HABERMAS, Jürgen. **O Ocidente Dividido**. Tradução de Luciana Villas-Bôas. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2006.
- HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968. Título original: *Staatslehre*.
- HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica européia: síntese de um milênio**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.
- HOBSBAWM, Eric. **Globalização, Democracia e Terrorismo**. Tradução de José Viegas. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.
- LEBRET, L. J. **O Drama do Século XX – Miséria-Sudesenvolvimento – Inconsciência - Esperança**. Tradução de Fr. Benevenuto de Santa Cruz e Fátima de Souza. São Paulo: Livraria Duas Cidades, 1962. Título original: *Le Drame du Siecle*.
- MARITAIN, Jacques. **El hombre y el estado**. Tradução de Juan Miguel Palácios. Madrid: Ediciones Encuentro, 1983.
- OLIVIERO, Maurizio, e CRUZ, Paulo Márcio. Reflexões sobre o Direito Transnacional. In SANTO, Davi do Espírito e PASOLD, Cesar Luiz (orgs.) **Reflexões sobre Teoria da Constituição e do Estado**. Florianópolis: Insular, 2013.
- OLIVO, Luis Carlos Cancellier de, e PASOLD, Cesar Luiz (orgs). **Dois Teses de Telmo Vieira Ribeiro**. Joaçaba: Editora UNOESC, 2015.

OLLER I SALA, M. Dolors. **Un futuro para la democracia:** una democracia para la gobernabilidad mundial. Barcelona: CRISTIANISME I JUSTÍCIA, 2002.

PASOLD, Cesar Luiz. **Função Social do Estado Contemporâneo.** 4 ed. rev. amp. Itajai: UNVALI, 2013 (edição em comemoração aos cinquenta anos de magistério do Autor)

PASOLD, Cesar Luiz. Teoria da Constituição e do Estado: uma pauta para o tempo XXI. In SANTO, Davi do Espírito e PASOLD, Cesar Luiz (orgs.) **Reflexões sobre Teoria da Constituição e do Estado.** Florianópolis: Insular, 2013

PASOLD, Cesar Luiz. **Reflexões sobre o Poder e o Direito.** 2 ed. Florianópolis: Estudantil, 1988

PEREZ LUÑO, Antonio Henrique. **Perspectivas e Tendências Atuais do Estado Constitucional.** Tradução de José Luis Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. (sem título original no exemplar utilizado).

RUIZ-RICO-RUIZ, Gerardo et alii. **Estado democrático y constitución: balance y perspectivas de futuro, in La democracia en debate.** Madrid: Dykinson, 2002.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Reinventar la democracia, reinventar el estado.** Madrid: Ediciones Sequitur, 1999.

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

VARELA, Raquel. **O modelo que fundamenta a social-democracia se esvaiu.** Entrevista à Revista Carta Capital. In: http://www.cartacapital.com.br/revista/879/todo-poder-real-aos-cidadaos-1218.html?utm_content=buffer21d78&utm_medium=social&utm_source=twitter.com&utm_campaign=buffer. Acesso em 20/12/15.

VICO, Giambattista. **Oraciones inaugurales & la antiquísima sabiduría de los italianos.** Pres. de Emilio Hidalgo-Serna. Introd. de José M. Sevilla. Ed., trad. del latín y notas de Francisco J. Navarro Gómez. Editorial Anthropos (serie Humanismo, 6). Barcelona, 2002.

PRECEDENTE E ANALOGIA NO DISCURSO JURÍDICO

ANIZIO PIRES GAVIÃO FILHO*

BERNARDO SPENCER DA FONTOURA TEIXEIRA**

FILIPE SOARES DENICOL***

GABRIEL SILVA DE SOUZA****

* Doutor 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.

** Acadêmico da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). Pesquisador do Grupo de Pesquisa "Colisão de Direitos Fundamentais e Argumentação".

*** Acadêmico da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). Pesquisador do Grupo de Pesquisa "Colisão de Direitos fundamentais e argumentação".

**** Acadêmico da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). Pesquisador do Grupo de Pesquisa Colisão de Direitos Fundamentais e Argumentação".

Resumo

Um precedente judicial diz respeito a uma decisão jurídica sobre uma situação anterior que pode ser considerada igual à situação atual que está sob análise de um determinado tribunal. Assim como no raciocínio analógico, o raciocínio por precedentes presume a comparação entre as semelhanças relevantes entre duas situações. Entretanto, o raciocínio por precedentes judiciais e o raciocínio por analogia não são questões idênticas. Isso porque os precedentes detêm autoridade formal, o que implica restrição, no sentido de que um juiz deve seguir um precedente judicial mesmo que ele não concorde com o que foi decidido. Essa autoridade condiciona o raciocínio por precedentes, de tal forma que ele apresenta uma estrutura própria, não se confundindo com a forma de raciocinar por analogia. O raciocínio analógico não possui autoridade formal, e aquele que está construindo uma analogia livremente seleciona os componentes da sua argumentação, conforme a intenção pretendida. Outra diferença entre os dois tipos de raciocínio é que, na argumentação construída no raciocínio analógico, ao contrário da do raciocínio por precedentes, não é o fato de ter havido uma decisão judicial anterior o que direciona a argumentação, mas a relação de semelhança entre situações. Desse modo, conclui-se que, na aplicação dos precedentes, não há que se falar no uso de analogia, tendo em vista que o aplicador do direito se utiliza de normas jurídicas já postas anteriormente (as rationales dos precedentes) para decidir o caso concreto, enquanto na analogia há a interpretação de normas jurídicas com o escopo de preenchimento de lacunas no ordenamento jurídico.

Palavras-chave: Analogia. Argumentação. Precedentes. Discurso jurídico. Interpretação extensiva.

Abstract

A judicial precedent is a decision about a previous situation that can be regarded as alike to the current situation under analysis of a certain court of law. As with the analogical reasoning, precedential reasoning presumes the comparison of relevant similarities between the two sets of circumstances. However, precedential reasoning and analogical reasoning are not the same. That is because precedents possess a formal authority that implies constraint, in the sense that judges must follow a precedent even if he does not agree with what was decided. This authority conditions the precedential reasoning, such that it presents a particular structure that cannot be confused with analogical reasoning. Analogical reasoning does not possess formal authority and the person that constructs an analogy freely chooses the components of its argument according to the intended goal. Another difference between the two kinds of reasoning is that in the analogical reasoning, contrary to the precedential reasoning, it is not the fact that there has been a previous judicial decision that directs the argument, but the similarity relation between situations. This way we conclude that it is not possible to talk about the use of analogy in precedential reasoning because the law applier makes use of legal norms previously issued (the rationales of precedents) to decide the case, while in analogical reasoning there is the interpretation of legal norms with the scope of filling the blanks in the legal order.

Keywords: Analogy. Argumentation. Precedents. Legal discourse. Extensive interpretation.

Introdução

O recurso à analogia é corrente nas mais diversas áreas do conhecimento, constituindo base para a justificação de conclusões de raciocínios teóricos e práticos. No discurso jurídico, analogia e precedentes ocupam papel central como razões de justificação da interpretação e aplicação do direito.

O raciocínio comparativo entre situações em que se busca uma consequência jurídica conduz a uma natural associação entre analogia e precedente. A partir disso, várias questões podem ser colocadas. Quais são as diferenças entre o raciocínio jurídico de justificação da interpretação e aplicação do direito assentado na analogia e o fundado nos precedentes? O raciocínio jurídico analógico é o mesmo que o raciocínio por precedentes?

O que se pretende nesta investigação é oferecer alternativas de respostas a essas questões. Por isso, a discussão será desenvolvida, primeiro, a partir do delineamento dos elementos centrais do papel do precedente no discurso jurídico de interpretação e aplicação; depois se buscará apontar as diferenças entre o raciocínio pelo precedente e o raciocínio jurídico desenvolvido a partir da analogia.

Precedente judicial - conceito e vinculação

Um precedente sempre diz respeito a alguma decisão anteriormente tomada sobre determinado assunto. Nesse sentido, não se restringe ao raciocínio jurídico, podendo falar-se em precedentes na esfera administrativa (decisões administrativas), por exemplo. Portanto, precedente está relacionado a decisão anterior; no caso do raciocínio jurídico, a decisões judiciais anteriormente estabelecidas¹.

Os precedentes judiciais constituem a fonte primordial do direito no sistema jurídico da Common Law². A tradição jurídica da Common Law foi desenvolvida na Inglaterra, especialmente por meio dos Tribunais Reais de Justiça, após a conquista normanda, e sua influência foi considerável na maior parte dos países que estiveram ou estão associados politicamente à Inglaterra³.

A importância da questão atinente à utilização dos precedentes no discurso jurídico coloca como tema central bem se entender o que, exatamente, constitui um precedente judicial.

Em termos gerais, um precedente judicial diz respeito a uma decisão jurídica sobre uma situação anterior que pode ser considerada igual à situação atual que está sob a análise de determinado tribunal⁴.

Entretanto, deve-se ter em mente que nenhuma decisão prévia será totalmente idêntica ao caso atual, uma vez que sempre haverá diferenças fáticas entre um caso e outro. Essas diferenças, contudo, nem sempre serão determinantes para a solução da lide, de modo que, ao aplicar ao caso presente a mesma solução do feito anterior, o intérprete aplicador do direito deverá analisar se ambos são semelhantes em seus aspectos essenciais⁵.

Portanto, assim como no raciocínio analógico, o raciocínio por precedentes presume a comparação entre as semelhanças relevantes entre duas situações⁶. Isto é, há a situação A e B; a primeira já foi objeto de análise judicial, decidindo-se C. Se a situação B pode ser considerada igual à situação A, nos seus aspectos relevantes, então o tribunal deve decidir C. C é, por conseguinte, um precedente judicial que se aplica à situação B.

2 Cf. PORTO, Sérgio Gilberto. Sobre a Common Law, Civil Law e o Precedente Judicial. Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/sergio%20porto-formatado.pdf>>. Acesso em: 21 abr. 2016.

3 Cf. DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 5. ed. São Paulo: Martin Fontes, 2014, p. 351.

4 Cf. SCHAUER, Frederick. Op. cit.

5 Cf. SCHAUER, Frederick. Op. cit.

6 Cf. GREENAWALT, Kent. *Statutory and Common Law Interpretation*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 183-184.

1 Cf. SCHAUER, Frederick. Precedent, 2011. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1836384>>. Acesso em: 08 mar. 2016.

O dever judicial de respeito aos precedentes pode ter diferentes intensidades, variando de um respeito absoluto a um respeito desprovido de vinculação. Nesse sentido, a eficácia dos precedentes pode ser vinculante ou persuasiva⁷.

A eficácia vinculante caracteriza-se por restringir o juiz ou o tribunal ao que foi decidido anteriormente. Nesse sentido, é possível distinguir duas dimensões diferentes dessa vinculação. A dimensão vertical diz respeito à obrigação de seguir uma decisão tomada por um tribunal situado em um grau de jurisdição superior sobre a mesma questão, mesmo que esta tenha sido levantada em um caso diferente. De outro lado, a dimensão horizontal concerne à obrigação de seguir uma decisão tomada por ela própria em uma ocasião anterior, ainda que sua composição tenha se alterado. Nesse caso, trata-se a anterioridade temporal como razão suficiente para imposição por si mesma⁸.

Assim, nos sistemas jurídicos em que o precedente possui eficácia vinculante, é esperado dos aplicadores do direito que sigam decisões anteriores em razão da simples existência destas, e, portanto, independentemente de o aplicador concordar com o seu conteúdo⁹.

No desenvolvimento do direito inglês, a vinculação dos precedentes como característica essencial manifesta-se a partir do século XVIII. Até então, assegurava-se aos juízes ampla discricionariedade para aplicar ou não determinado precedente judicial. Assim, a regra de que casos iguais deveriam ser julgados da mesma forma poderia ser excepcionada quando a decisão anterior fosse contrária à razão ou à lei divina. Entretanto, com a devida maturação, a regra do precedente foi aperfeiçoada, o que levou ao entendimento de que não era o caso julgado em si que vinculava, mas, sim, a *ratio decidendi*, isto é, o princípio de direito contido na sentença¹⁰.

É a partir do reconhecimento da eficácia vinculante dos precedentes que surge, então, a regra do *stare decisis* (do adágio *stare decisis et non quieta movere*, i.e., continuar com as coisas decididas e não mover as “coisas “quietas”¹¹), designação que adquire o desenvolvimento obtido pela doutrina dos precedentes no século XIX, nos tribunais tanto da Inglaterra quanto dos Estados Unidos¹².

A doutrina do precedente não deve ser confundida com o *stare decisis*.

A doutrina do precedente, estruturada em nível de teoria somente no final do século XVII, consistia em um esforço de alçar as decisões judiciais ao mesmo patamar da equidade e da legislação como fonte imediata do direito. Por outro lado, o *stare decisis* surge apenas mais tarde, com a sistemática alusão aos casos anteriores desenvolvendo diferenciação entre o que seria a *ratio decidendi* (também chamada de *holding*) e o *dictum*¹³.

A *ratio decidendi* constitui a essência da tese jurídica que decide o caso concreto, afirmando-se como a regra jurídica que vincula os julgamentos futuros¹⁴. Entretanto, a *ratio decidendi* não pode ser considerada isoladamente, mas deve ser analisada no contexto do caso concreto solucionado por ela¹⁵.

Ressalte-se que a *ratio decidendi* não é individualizada pelo órgão que profere a decisão, de modo que cabe aos juízes, em momento posterior, ao examinarem-na como precedente, extrair a «norma legal» (abstraindo-a do caso) que poderá ou não incidir na situação concreta¹⁶.

Há muita controvérsia a respeito de como identificar a *rationale* de um potencial caso precedente, com alguns teóricos sustentando que “é uma questão de conectar os fatos como estabelecidos pelo tribunal com o resultado”, outros defendendo que “deve ser a conexão dos fatos materiais com o resultado”

7 Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 110.

8 Cf. SCHAUER, Frederick. Op. cit.

9 Cf. SCHAUER, Frederick. Op. cit.

10 Cf. TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 157.

11 Cf. STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto: o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* 2. ed. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2013, p. 33.

12 Ibidem, p. 45.

13 Ibidem, pp. 39-41.

14 Cf. TUCCI, José Rogério Cruz e. Op. cit., p. 175.

15 Cf. STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. Op. cit., p. 46.

16 Cf. TUCCI, Rogério Cruz e. Op. cit., p. 175.

e ainda outros afirmando que “é uma questão de efetivamente extrair o argumento da opinião da primeira decisão”. Entretanto, Schauer considera que todas essas abordagens padecem do mesmo problema. Isto é, com respeito a todas elas, haveria uma série de rationales que seriam consistentes com o que pode ser encontrado examinando o caso precedente. Sendo assim, seria impossível determinar de forma inequívoca a rationale de um caso precedente, o que tornaria a própria ideia de precedentes vinculantes simplesmente ilusória¹⁷.

Nesse sentido, Schauer considera que a chave para identificar o alcance de um precedente é olhar para as palavras efetivamente utilizadas pela corte para justificar a sua decisão¹⁸.

Esse modelo de alcance de precedente, chamado de “regra modelo (rule model)” de precedente, baseia-se largamente nas palavras exatas usadas pelo tribunal precedente para resolver o problema da indeterminação¹⁹. Nesse modelo, as palavras utilizadas pelo tribunal que decidiu o caso precedente funcionam do mesmo modo que uma regra escrita, e o alcance de sua restrição é limitado pelas palavras originalmente empregadas. Haverá, é claro, situações em que as palavras utilizadas no caso precedente não serão claras, mas isso também ocorre com as regras que compõem códigos e regulações em geral²⁰.

O importante, para Schauer é que, para determinar o alcance de um precedente, isto é, a sua ratio decidendi, as palavras utilizadas pelo tribunal que decidiu o caso devem ser utilizadas como uma regra, e assim como as palavras de uma regra determinam o seu alcance, também as palavras utilizadas pelo tribunal anterior ou superior determinarão para o que aquela decisão será um precedente e o que estará além do alcance de sua restrição²¹.

Por sua vez, o obiter dictum corresponde à argumentação que, embora contida na decisão judicial, não tem relevância

para a solução final do caso concreto²². A eficácia do obiter dictum é meramente persuasiva²³, de modo que é prescindível para o deslinde da controvérsia²⁴, sendo considerado apenas uma opinião ou uma observação²⁵. Assim, ao contrário da ratio decidendi, o obiter dictum não tem eficácia vinculante²⁶.

Ressalte-se que a eficácia vinculante do precedente guarda estreita relação com a sua ratio decidendi. Assim, conforme visto acima, para que a decisão judicial anterior vincule o caso futuro, este deve ser considerado semelhante, em seus aspectos essenciais, ao caso de que provém a ratio decidendi. Isso implica a existência de uma técnica jurídica de confronto, que assumiu, na Common Law, a denominação distinguishing²⁷.

O distinguishing é o método pelo qual o julgador expressa a distinção entre casos para o efeito de subordinar, ou não, o caso sob julgamento a um precedente. Contudo, a utilização dessa técnica pressupõe, anteriormente, a identificação da ratio decidendi do precedente. Assim, tendo primeiramente delimitado a ratio decidendi do julgamento anterior, o julgador deve levar em consideração os fatos que foram considerados relevantes no raciocínio judicial aplicado à decisão que constitui o precedente. Desse modo, para que possa deixar de aplicar um precedente, cabe ao juiz demonstrar que a ratio decidendi do precedente, em virtude de diferenças fáticas, não é compatível com o caso presente²⁸.

Entretanto, nem sempre as diferenças fáticas entre os casos serão suficientes para afastar a aplicabilidade do precedente ao caso sob julgamento, uma vez que fatos não fundamentais ou irrelevantes não tornam casos desiguais. Assim, para realizar o distinguishing, além de apontar as diferenças fáticas, o julgador deverá suportar a carga argumentativa necessária para demonstrar que a diferença é material, e que, portanto, existe

22 Cf. STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. Op. cit., p. 47.

23 Cf. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law*. Revista de Processo, São Paulo, v.34, n.172, p. 121-174, jun. 2009.

24 Cf. TUCCI, Rogério Cruz e. Op. cit., p. 177.

25 Cf. STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. Op. cit., p. 33.

26 Ibidem, pp. 40-41.

27 Ibidem, p. 174.

28 Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., p. 325.

17 Cf. SCHAUER, Frederick. Op. cit.

18 Cf. SCHAUER, Frederick. Op. cit.

19 Cf. SCHAUER, Frederick. Op. cit.

20 Cf. SCHAUER, Frederick. Op. cit.

21 Cf. SCHAUER, Frederick. Op. cit.

justificativa para afastar o precedente. Isso significa que, para justificar o *distinguishing*, a distinção fática deve revelar uma justificativa convincente, capaz de permitir o isolamento do caso sob julgamento em face do precedente²⁹.

Assim, como corolário do exposto acima, tem-se que todo precedente deve ser levado em consideração nos casos futuros que sejam semelhantes em seus aspectos essenciais. Entretanto, a natural evolução do direito permitiu que, em determinadas circunstâncias, a regra do *stare decisis* pudesse ser excepcionada³⁰.

Nesse sentido, desenvolveu-se a técnica da *overruling*.

Essa técnica é utilizada pelos tribunais superiores para superar ou revogar determinado precedente considerado ultrapassado ou equivocado. A utilização da *overruling* implica a rejeição da *ratio decidendi* do precedente revogado, a qual perde seu valor vinculante³¹.

A existência desse mecanismo evidencia que a eficácia vinculante dos precedentes, na tradição jurídica da *Common Law*, não impede que determinado entendimento jurisprudencial, antes sedimentado, possa ser superado. A superação ou revogação de precedentes considerados ultrapassados, ou mesmo equivocados, impõe-se em face da historicidade da realidade social, constituindo mesmo uma exigência de justiça³².

A revogação do precedente é explícita quando determinada pelo próprio tribunal que o estabeleceu. Diferentemente do que se dá com a *distinguishing*, em que a diferenciação pode ser realizada por qualquer juiz ou tribunal, somente o tribunal autor do precedente de cuja *ratio decidendi* ou *holding* se trata pode revogá-la.

O que se tem admitido, mais especialmente no direito norte-americano, é a chamada *anticipatory overruling*, em que um tribunal de hierarquia inferior diverge do tribunal superior,

arcando com pesado esforço argumentativo, para indicar um desgaste do precedente³³.

Mesmo assim, a revogação do precedente precisa ser confirmada no tribunal superior³⁴.

As razões para a revogação ou modificação dos precedentes apontam normalmente para novas valorações morais, ideológicas, sociais, políticas, econômicas ou culturais, bem como para inovações científicas e tecnológicas. Casos iguais em seus aspectos relevantes devem ser justificados pelas mesmas razões e, por isso, decididos do mesmo modo.

Essa formulação, contudo, não se apresenta absoluta.

Se casos iguais devessem ser, sempre e independentemente de quaisquer outras circunstâncias, julgados do mesmo modo, então estariam proibidos o progresso da ciência jurídica e o desenvolvimento do direito.

É possível que os fatos sejam exatamente iguais em seus aspectos relevantes, mas se encontre justificção para que a decisão judicial anterior seja desprezada. Esse deve ser o caso quando outras são as circunstâncias valorativas do fato e de interpretação das normas jurídicas.

Igualmente, os precedentes podem ser superados por modificações advindas de novas normas jurídicas positivadas no ordenamento jurídico. Uma das razões mais sensíveis da revogação dos precedentes está na alteração da composição dos tribunais, resultando na alteração das preferências ideológicas de seus integrantes, especialmente quando já longa a distância temporal entre a elaboração do precedente e o presente³⁵.

O papel das técnicas metodológicas da *distinguishing* e da *overruling* é exatamente viabilizar, no primeiro caso, que os precedentes sejam mantidos quando o caso objeto de exame jurisdicional é diferente dos precedentes formulados pelos tribunais, e, no segundo, que os tribunais possam rejeitar seus

29 Ibidem, p. 326.

30 Cf. TUCCI, Rogério Cruz e. Op. cit., p. 179.

31 Ibidem.

32 Ibidem, p. 180.

33 Cf. SUMMERS, Robert. Precedent in the United States (New York State). In: MacCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert. *Interpreting Precedents*. Aldeshot: Ashgate/Dartmouth, p. 355-406, 1997, p. 398-399.

34 Cf. ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 307.

35 Cf. ROSITO, *Teoria dos precedentes judiciais...*, p. 312.

próprios precedentes quando assim exigirem as novas valorações do contexto de interpretação e aplicação do direito.

Assentados os elementos centrais dos precedentes, o que segue tem o objetivo de delinear os seus traços distintivos em relação à analogia.

Precedente e analogia: a autoridade formal do precedente judicial como uma característica diferenciadora

O raciocínio por precedentes judiciais e o raciocínio por analogia não são questões idênticas³⁶. Segundo Schauer, os precedentes detêm um caráter autoritativo, o que implica constrição judicial, no sentido de que um juiz deve seguir um precedente judicial mesmo que ele não concorde com o que foi decidido (precedential constraint)³⁷.

Diferentemente, o raciocínio analógico não possui autoridade formal, e aquele que está construindo uma analogia livremente seleciona os componentes da sua argumentação (as fontes que sustentam a analogia), conforme a intenção pretendida; isto é, não há nenhum tipo de restrição prévia para a sua argumentação³⁸.

Para melhor elucidar essa autoridade (obrigação de seguir o precedente), costuma-se trabalhar com aqueles casos em que a decisão que forma o precedente é considerada errada, estando o juiz obrigado a segui-la ainda assim. Argumenta-se, por conseguinte, que os precedentes judiciais somente detêm relevância nesses casos; do contrário, serviriam apenas para reforçar uma interpretação/argumentação aceita e construída

pelo tribunal (no caso, aquele intitulado *constrained Court*)³⁹. Ou seja, a sua autoridade formal seria inócua.

Dessa forma, a doutrina do precedente teria como consequência o fato de que o juiz deve aplicar um precedente ainda que ele acredite que a decisão é errada e, se fosse livre para decidir, optaria por uma solução alternativa⁴⁰.

Schauer utiliza como exemplo o caso *Adams v. New Jersey Steamboat Company*, julgado em 1896 pelo tribunal de apelações de Nova York, no qual se precisou decidir se um barco a vapor com compartimentos para passageiros era mais semelhante a um trem com beliches ou a uma hospedagem em hotel. A questão da semelhança, surgida a partir de um arrombamento a bordo, era crucial para determinar a responsabilidade do dono da embarcação, isto é, se ele estaria sujeito aos padrões comuns de negligência aplicáveis aos trens ou aos critérios mais rigorosos aplicáveis aos quartos de hotéis⁴¹.

Nesse caso, ao reconhecer a similaridade entre os compartimentos para passageiros do barco a vapor com quartos de hotéis e não com as cabines de trens, o tribunal identificou traços comuns entre ambos – a presença de portas com fechadura, por exemplo – e utilizou esses traços para construir uma analogia cujo resultado levou o tribunal a decidir que os rigorosos critérios aplicáveis para determinar a responsabilidade de proprietários de hotéis ou estalagens também seriam adequados aos donos de barcos a vapor com cabines para passageiros⁴².

Assim, o raciocínio utilizado pela corte não foi um de precedente em sentido estrito, visto que a legislação relativa à responsabilidade dos estalajadeiros não restringiu de qualquer modo o tribunal, como seria o caso se houvesse uma decisão prévia da mesma corte envolvendo um barco a vapor diferente e

39 Cf. ALEXANDER, Larry. *Constrained by precedent*, 1989. Disponível em: < <http://www.umiacs.umd.edu/~horty/courses/readings/alexander-1989-constrained-precedent.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2015.

40 Schauer chama atenção para o fato de que esta é uma constatação eminentemente teórica, de sorte que, para um melhor entendimento de como a situação ocorre, de fato, na prática jurídica, seriam necessárias mais pesquisas, inclusive no campo da psicologia (Cf. SCHAUER, Frederick. Op. cit.).

41 Cf. SCHAUER, Frederick. Op. cit.

42 Cf. SCHAUER, Frederick. Op. cit.

36 Cf. SCHAUER, Frederick. *Why Precedent in Law (and Elsewhere) is Not Totally (or Even Substantially) about Analogy*, 2007. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1007001>. Acesso em: 20 set. 2015.

37 Cf. SCHAUER, Frederick. Op. cit.

38 Cf. SCHAUER, Frederick. Op. cit.

outra vítima de arrombamento, a qual responsabilizasse o dono da embarcação com base nos mesmos padrões rigorosos aplicáveis aos estalajadeiros⁴³.

O exame desse julgado é útil na compreensão do que significa a restrição pelo precedente (precedential constraint), bem como de algumas das diferenças entre o raciocínio envolvendo precedentes e aquele envolvendo analogia.

A restrição pelo precedente diz respeito ao dever que um tribunal tem de atingir, a respeito da mesma questão, o mesmo resultado que tenha sido alcançado anteriormente por outro tribunal que lhe é superior ou por outro juízo de igual hierarquia, mesmo que o juiz do caso atual considere a decisão superior ou anterior equivocada.

No exemplo aduzido, caso houvesse uma decisão anterior a respeito da mesma questão, o tribunal de Nova York estaria vinculado por ela, de modo que poderia ter se valido da analogia para explicar que não havia de fato nenhuma escolha a ser feita. Isto é, o campo de decisão do tribunal, nesse caso, estaria restrito em virtude do precedente existente.

Entretanto, no caso exemplificado, a analogia foi empregada para justificar o resultado escolhido, o que só foi possível porque não havia uma decisão anterior que restringisse o tribunal⁴⁴.

Em um sistema de Common Law, pode-se dizer que a autoridade do precedente deriva da própria prática (um costume, quer dizer, uma ideia amplamente difundida na prática jurídica), cuja fundamentação reside, essencialmente, na ideia de estabilidade, igualdade – o princípio de tratar casos semelhantes de uma mesma maneira (treat like cases alike) – e consistência.

Essas razões são apontadas por Schauer em sua defesa da constrição judicial resultante dos precedentes⁴⁵.

Já no sistema jurídico brasileiro, a autoridade do precedente judicial não deriva da prática jurídica, mas da própria legislação, que estabelece a ele um status especial, a partir da imposição de uma espécie de preferência sobre soluções alternativas para a resolução de um caso jurídico. A dizer, em princípio, tem preferência (legal) para aquele caso a decisão que forma o precedente judicial – o que foi decidido anteriormente –, e não outras formas de decidir alternativas.

Isso fica claro no Novo Código de Processo Civil, ao estabelecer a regra geral de que os tribunais uniformizem a sua jurisprudência (art. 926). O que justifica essa regra é o mesmo que está na base da doutrina do precedente difundida na Common Law, ou seja, uma ideia de estabilidade, igualdade e consistência. É a partir desses fundamentos que surge a autoridade do precedente judicial e a consequente obrigatoriedade de que ele seja seguido pelos tribunais. Percebe-se que essa ideia de autoridade/obrigatoriedade do precedente judicial é inerente ao raciocínio por precedentes, uma vez que, se assim não fosse, não haveria sentido algum em se discutir ou em se defender uma doutrina do precedente. Melhor dizendo, não existiria nenhum sentido prático nessa discussão. Contudo, também é insito ao raciocínio por precedentes o fato de que eles podem ser superados, a partir das técnicas denominadas overruling – quando o precedente é, de fato, superado; por exemplo, uma alteração de um entendimento – ou distinguishig – constata-se que a situação em questão e a situação que gerou o precedente são distintas.

É justamente nos tópicos identificação da ratio decidendi/dicta e em que medida é possível a superação de um precedente judicial que estão concentradas as maiores discussões sobre o tema precedentes judiciais⁴⁶. Aqui não há espaço para esses

43 Cf. SCHAUER, Frederick. Op. cit.

44 Cf. SCHAUER, Frederick. Op. cit.

45 Cf. SCHAUER, Frederick. Op. cit. Aliás, Schauer sugere que, no âmbito do direito, há uma expectativa especial de que os sistemas jurídicos sigam princípios de consistência/estabilidade (Cf. SCHAUER, Frederick. Op. cit.).

46 Sobre *precedential constraint*, Alexander bem sistematiza a questão a partir da apresentação de três modelos: o modelo natural (*natural model of precedent*), o modelo de regras (*rule model of precedent*) e o modelo do resultado (*result model of precedent*). Expressamente, o autor faz uma opção pelo modelo de regras, em que o tribunal com autoridade para determinar o precedente formula uma regra geral que vincula os tribunais inferiores e os de igual hierarquia, de modo que a regra apresenta lógica similar à de uma regra jurídica positivada (*statute*), apresentando uma formulação canônica. Há discussão sobre a identificação dessa regra, de forma que Alexander estabelece três condições (Cf. ALEXANDER, Larry. Op. cit.).

aprofundamentos. No entanto, é na superação de um precedente que fica bem clara a diferenciação entre o raciocínio por analogia e o raciocínio por precedente, especificamente nos casos de *overruling*.

A ideia essencial é a de que a característica autoritativa do precedente acaba condicionando todo o raciocínio por precedentes, de tal forma que ele apresenta estrutura própria, não se confundindo com a forma de raciocinar por analogia. E essa estrutura diferenciada fica clara no momento em que é necessário superar um precedente. Isso porque, para superá-lo, há necessidade de que se construa argumentação dotada de razões que possam ser consideradas suficientemente aptas a autorizar e justificar a modificação do tratamento jurídico conferido a determinada situação, ou seja, razões que justifiquem a não aplicação do que fora anteriormente decidido, diante da necessidade de estabilidade, coerência e igualdade de tratamento.

Então, a estrutura do raciocínio por precedentes pode ser determinada da seguinte forma – considerando-se dois casos:

Caso A (decido pelo tribunal anteriormente).

Caso B (o qual o tribunal deve julgar).

O primeiro passo é demonstrar e identificar que o caso B deve ser considerado igual ao caso A, o que, por sua vez, autoriza que se aplique a mesma decisão do caso A para resolver o caso B.

O segundo passo, uma vez sendo o caso B igual ao caso A, é dado com o reconhecimento de que há uma ordem de preferência *prima facie* para que se aplique a decisão formulada quando do julgamento do caso A, de forma que ela só pode ser afastada caso haja a apresentação de razões que justifiquem que assim se proceda – a carga da argumentação deverá ser suportada por aquele que pretende se afastar do precedente. E isso é consequência da autoridade formal do precedente, que, no caso do ordenamento nacional, decorre expressamente da legislação processual.

Isso não ocorre com o raciocínio por analogia.

A rigor, a analogia não detém autoridade formal.

Nenhum juiz está, desde logo, obrigado a aplicar uma analogia. Nesse caso, a justificação da aplicação do raciocínio analógico reside, essencialmente, em razões materiais (justiça) e também da própria ideia de integridade e coerência do sistema jurídico, mas sempre voltada para o problema concreto, que é o que dá os termos da argumentação analógica. Igualmente, em um sistema de *Civil Law*, a analogia frequentemente é relacionada com a lei posta pelo legislador.

O que se quer dizer com isso é que a discussão e a argumentação construídas no raciocínio analógico são diferentes das do raciocínio por precedentes, uma vez que não é o fato de ter havido uma decisão judicial anterior o que direciona a argumentação, e sim a relação de semelhança entre situações.

Assim, por exemplo, uma discussão será a de que as duas situações não são essencialmente semelhantes ou, se houver acordo de que é o caso, o tratamento jurídico conferido a ambas deve ser o mesmo, por questões materiais de justiça e para manter a integridade e a própria racionalidade do sistema jurídico⁴⁷, mas não porque há uma decisão judicial anterior. Esse é o caso do raciocínio por precedentes, em que a mera existência do precedente é razão suficiente para que ele seja seguido – e, assim, fica clara a questão de que o precedente somente detém importância quando é considerado errado. E isso é uma diferença significativa.

Mas o que ocorre quando o fundamento para a igualdade de tratamento jurídico reside em uma decisão judicial?

Nesse caso, tratar-se-á necessariamente do raciocínio por precedentes?

Essa é uma questão complexa.

Segundo Greenwalt, se o juiz simplesmente está aplicando a regra do precedente diretamente, sem distinção alguma, não está raciocinando por analogia. Contudo, o raciocínio analógico

47 Cf. BETTI, Emilio. *Interpretação da lei e dos atos jurídicos: teoria geral e dogmática*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, pp. 90-91.

pode jogar um papel relevante no caso em que a regra do precedente é confusa ou difícil de ser definida⁴⁸.

Essa discussão nos leva à necessidade de compreender quais são as funções do raciocínio por analogia e do raciocínio por precedentes no raciocínio jurídico.

Segundo Betti, a função da analogia é “prover a integração da ordem jurídica com seus próprios meios, pressupondo uma coerência do sistema”⁴⁹. Nesse sentido, o fundamento da analogia encontra-se na racionalidade do próprio ordenamento jurídico positivo, e não na vontade da lei. É por isso que não há necessidade de que exista uma regra expressa que autorize a utilização de analogias. Portanto, a analogia tem como função integrar a ordem jurídica, suprimindo lacunas, por uma questão de racionalidade e coerência do próprio ordenamento jurídico como um todo.

Por sua vez, o uso dos precedentes da jurisprudência para a justificação de uma decisão judicial pressupõe que o caso submetido ao juiz seja semelhante, em seus aspectos essenciais, aos casos anteriormente decididos cuja *ratio decidendi* ganhou autoridade de regra de decisão de aplicação universal.

Se o caso concreto a ser decidido pelo juiz é semelhante, em seus aspectos essenciais, aos casos configuradores do precedente jurisprudencial, a sua *ratio decidendi* será as razões para justificação da decisão judicial concreta. Com isso, um conjunto de regras de decisão das decisões dos tribunais configura uma rede densa de normas jurídicas, pois cada decisão insere mais uma regra de decisão para integrar o conjunto total e, assim, incrementa a densidade e abrangência da rede mesma⁵⁰.

Desse modo, na aplicação dos precedentes, não há que se falar no uso de analogia, tendo em vista que o aplicador do direito se utiliza de normas jurídicas já postas anteriormente para decidir o caso concreto (*ratio decidendi* do precedente), enquanto na analogia há a interpretação de normas jurídicas com o escopo de preenchimento de lacunas no ordenamento jurídico.

Conclusão

A presente investigação demonstrou que o raciocínio por precedentes judiciais e o raciocínio por analogia não são questões idênticas.

Os precedentes detêm autoridade formal, o que implica restrição, no sentido de que um juiz deve seguir um precedente judicial mesmo que ele não concorde com o que foi decidido. Essa autoridade condiciona o raciocínio por precedentes, de tal forma que ele apresenta uma estrutura própria, não se confundindo com a forma de raciocinar por analogia.

O raciocínio analógico não possui autoridade formal, e aquele que está construindo uma analogia livremente seleciona os componentes da sua argumentação (as fontes que sustentam a analogia), conforme a intenção pretendida; isto é, não há nenhum tipo de restrição prévia para a sua argumentação.

Outra diferença entre os dois tipos de raciocínio é que, na argumentação construída no raciocínio analógico, ao contrário da do raciocínio por precedentes, não é o fato de ter havido uma decisão judicial anterior o que direciona a argumentação, e sim a relação de semelhança entre situações.

Desse modo, conclui-se que, na aplicação dos precedentes, não há que se falar no uso de analogia, tendo em vista que o aplicador do direito se utiliza de normas jurídicas já postas anteriormente para decidir o caso concreto (*ratio decidendi* do precedente), enquanto na analogia há a interpretação e aplicação de normas jurídicas com o escopo de preenchimento de lacunas no ordenamento jurídico.

48 Cf. GREENAWALT, Kent. Op. cit., pp. 185-186.

49 Cf. BETTI, Emilio. Op. Cit., pp. 90-91.

50 Cf. ALEXYS, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, S. 507.

Referências

ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, S. 507.

ALEXANDER, Larry. *Constrained by precedent*, 1989. Disponível em: <<http://www.umiacs.umd.edu/~horty/courses/readings/alexander-1989-constrained-precedent.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2015.

BETTI, Emilio. *Interpretação da lei e dos atos jurídicos: teoria geral e dogmática*. São Paulo: Martin Fontes, 2007.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 5. ed. São Paulo: Martin Fontes, 2014.

GREENAWALT, Kent. *Statutory and Common Law Interpretation*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

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

PORTO, Sérgio Gilberto. *Sobre a Common Law, Civil Law e o Precedente Judicial*. Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/sergio%20porto-formatado.pdf>>. Acesso em: 21 abr. 2016.

ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais*. Curitiba: Juruá, 2012.

SCHAUER, Frederick. *Precedent*, 2011. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1836384>>. Acesso em: 08 mar. 2016.

SCHAUER, Frederick. *Why Precedent in Law (and Elsewhere) is Not Totally (or Even Substantially) about Analogy*, 2007. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1007001>. Acesso em: 20 set. 2015.

STRECK, Lenio Luiz; ABBOUD, Georges. *O que é isto: o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* 2. ed. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2013.

SUMMERS, Robert. *Precedent in the United States (New York State)*. In: MacCORMICK, Neil;

SUMMERS, Robert. *Interpreting Precedents*. Aldeshot: Ashgate/Dartmouth, p. 355-406, 1997

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law*. Revista de Processo, São Paulo, v.34, n.172, p. 121-174, jun. 2009.

A INTELIGÊNCIA COLETIVA EM PIERRE LÉVY E A SUA (IM) POSSÍVEL RELAÇÃO COM O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SOLIDARIEDADE NO ÂMBITO DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

JORGE RENATO DOS REIS*
CAROLINE CRISTIANE WERLE**

* Pós-doutor pela Universidade de Estudos de Salerno, Itália. Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos). Mestre em Desenvolvimento Regional pela UNISC. Especialista em Direito Privado pela UNISC. Graduado em Direito pelas Faculdades Integradas de Santa Cruz do Sul. Professor e pesquisador do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da UNISC. Advogado atuante.

** Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado – da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), com bolsa promovida pela Capes (Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior). Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Advogada. Integrante do grupo de pesquisas “Intersecções Jurídicas entre o Público e Privado”, coordenado pelo professor pós-doutor Jorge Renato dos Reis, vinculado ao programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). E-mail: ccwerle@yahoo.com.br

Resumo

Objetiva-se, com o presente trabalho, verificar se existe, de fato, alguma relação entre o princípio constitucional da solidariedade e a inteligência coletiva proposta pelo filósofo francês Pierre Lévy, ou seja, busca-se verificar se há alguma aproximação ou semelhança entre os aludidos institutos. Dessa forma, em um primeiro ensejo o artigo abordará, com base nas obras de Pierre Lévy, a inteligência coletiva e, também, alguns aspectos acerca do ciberespaço e da Sociedade da Informação, visto que é nessa ambiência que a referida inteligência se solidifica. Na sequência, serão analisados os pressupostos históricos do princípio constitucional da solidariedade, perpassando por sua origem e suas vertentes de estudo. Por fim, o trabalho irá verificar, com base nas principais características de cada instituto – princípio constitucional da solidariedade e inteligência coletiva –, se é possível estabelecer, de fato, alguma relação entre eles. Sem a pretensão de esgotar o assunto em pauta, acredita-se que as linhas gerais caracterizantes dos mecanismos aqui estudados são capazes de ensejar uma relação bastante próxima entre eles, visto que a existência, tanto do princípio constitucional da solidariedade, como da inteligência coletiva, depende de alguns fatores que lhes são comuns. Nesse passo, considerando que o trabalho tem natureza bibliográfica, serão utilizados os métodos de abordagem dedutivo e histórico-crítico. Com relação à técnica de pesquisa, esta se valerá da documentação indireta.

Palavras-chave: Solidariedade; inteligência coletiva; ciberespaço; Sociedade da Informação; Pierre Lévy.

Abstract

This work has as main objective to verify if there is a relationship between the constitutional principle of solidarity and the collective intelligence proposed by the French philosopher Pierre Lévy, in the other words, search to verify if there is any approach or similarity between the alluded institutes. Thus, in the first reading the article will address, based on the works of Pierre Lévy, collective intelligence and also some aspects about cyberspace and the Information Society, as it is in this environment that the intelligence solidifies. Following, the historical premises of the constitutional principle of solidarity will be analyzed, passing by its origins and forms of analysis. Finally, the work will determine, based on the main characteristics of each institute, if there is a relationship between the constitutional principle of solidarity and collective intelligence. Without pretending to exhaust the subject at hand, it is believed that the characterizing lines of the mechanisms studied here are able to give rise to a very close relationship between them, as both depend on some factors they share. In this step, since the article has bibliographic nature, will be used the approach methods of deductive and historical-critical and the research technique will make use of indirect documentation

Keywords: solidarity; collective Intelligence; cyberspace; Information Society, Pierre Lévy.

Introdução

A sociedade evoluiu. Aliás, ela evolui diariamente. Sem dúvida esse desenvolvimento gradual e contínuo se deve, basicamente, ao fato de o ser humano almejar melhora no seu padrão de vida. As descobertas no campo científico deram ensejo ao progresso e, conseqüentemente, impulsionaram a criatividade humana, a qual desencadeou tecnologias que transformaram – e continuam transformando a cada dia – as relações sociais e o jeito de levar a vida.

O homem, por natureza, é um ser social. Já dizia Aristóteles que o indivíduo incapaz de viver em sociedade não faz parte da pólis, sendo que, por essa razão, o todo deve vir antes da parte. No âmbito da Sociedade da Informação não deve ser diferente. Para que uma sociedade livre, justa e solidária seja conquistada, é necessário que tais valores permeiem, também, essa ambiência e, inclusive, todos os ramos que dela fazem parte.

Em face de tais reflexões, objetiva-se analisar se é possível estabelecer uma relação entre o princípio constitucional da solidariedade e a inteligência coletiva proposta pelo filósofo francês Pierre Lévy, porquanto, a cada dia que passa, o ser humano está mais imerso nesse universo marcado pela internet, pela conexão e pela rápida evolução tecnológica.

Assim, o problema que se pretende responder neste artigo é o seguinte: é possível, analisando as principais características de cada instituto, estabelecer uma relação entre o princípio constitucional da solidariedade e a inteligência coletiva proposta por Pierre Lévy? Assim, com o intuito de responder tal celeuma o trabalho foi dividido em três capítulos principais: em um primeiro momento será analisada a inteligência coletiva e, também, o ciberespaço e a Sociedade da Informação, visto que é nesse cenário que a aludida inteligência se desenvolve. Na sequência, o artigo abordará o histórico do princípio constitucional da solidariedade, perpassando por sua origem e vertentes de estudo. Por fim, será verificado se há, de fato, alguma relação entre os

dois institutos aqui abordados, levando-se em conta, para tanto, as principais características de ambos.

Nesse ínterim, considerando que a presente pesquisa tem natureza bibliográfica, os métodos de abordagem serão o dedutivo e o histórico-crítico. Concernente à técnica de pesquisa, será aplicada a documentação indireta, baseando-se, para tanto, em obras doutrinárias, artigos científicos e periódicos relacionados à matéria em pauta.

A inteligência coletiva proposta por Pierre Lévy

Happiness is only real when shared
(Christopher McCandless)¹

Atualmente, é inegável que o homem vive na chamada Sociedade da Informação. As relações – e inúmeros outros elementos – sofreram drásticas mudanças, ao passo que os seres humanos, em virtude da necessidade de se comunicarem melhor, desenvolveram os mais diversos meios e ferramentas que os aproximaram – ou não? – de seus semelhantes.

A partir da evolução dos meios de comunicação, os indivíduos componentes da sociedade acabaram se interligando de forma mais intensa, de modo que qualquer pessoa, a qualquer instante, pode compartilhar informações com alguém que está, fisicamente, do outro lado do planeta. A velocidade gerada em razão dos avanços tecnológicos, a qual é fruto de um processo marcado por muitas revoluções, transformações e conquistas, é inquestionável nos dias atuais.

Frente a tais apontamentos iniciais, percebe-se que, para que seja possível abordar a inteligência coletiva, primeiramente faz-se necessário investigar o que vem a ser a Sociedade da In-

¹ Frase dita pelo personagem Christopher McCandless – também conhecido como Alexander Supertramp – no filme “Na Natureza Selvagem”, filmado no ano de 2007 e baseado em fatos reais.

formação, pois é nessa ambiência que a referida inteligência se desenvolve. Assim sendo, antes de adentrar no problema ao qual o presente artigo pretende responder, é necessário ater-se ao seguinte questionamento: o que é a Sociedade da Informação?

Consoante aduz Ascensão (2002), a denominada Sociedade da Informação afigura-se como uma das principais consequências advindas da guerra do Vietnã. Considerando que a superioridade das armas nucleares desenvolvidas pelos norte-americanos não se alastraria pela eternidade, ou seja, elas não seriam suficientes para garantir a vitória aos Estados Unidos em todas as guerras, o aludido país viu-se obrigado a encontrar uma alternativa que fosse capaz de reafirmar sua superioridade para o mundo e que, conseqüentemente, trouxesse maior chance de sucesso nos combates. Esse novo elemento era a informação.

Se antes o poder dos países era medido por meio de seu armamento bélico, agora a informação passa a ser a protagonista desse cenário, porquanto o país que a detivesse teria a gerência do mundo na palma da mão. Nesse sentido, não restam dúvidas de que a corrida em busca dessa nova "arma" foi o ponto de partida para o desenvolvimento da informática e das telecomunicações, que constituem os principais pilares sustentadores da Sociedade da Informação (ASCENSÃO, 2002).

Ainda nesse diapasão, existe outro conceito acerca da Sociedade da Informação, igualmente importante para a compreensão desse elemento: o conceito de autoestradas da informação. Nesse contexto, Amaral (2007) afirma que as autoestradas da informação – modernas e poderosas redes de telecomunicações – complementam as autoestradas físicas e, de acordo com Ascensão (2002), elas permitem a construção de comunicações de forma rápida e em significativa quantidade, ampliando, assim, os espaços e o tempo destinados à interatividade (ASCENSÃO, 2002).

Dito isso, a expressão "Sociedade da Informação", que nos últimos anos do século XX passou a ser utilizada como substituta do conceito relativo à "sociedade pós-industrial" (WERTHEIN, 2000), pode ser definida como a sociedade em que o conhecimento científico é objeto de fortalecimento da

expansão econômica, sendo que a informação, nesse âmbito, se traduz como um elemento de transformação inserido em um sistema capitalista baseado na difusão do saber, no qual o conhecimento se afigura como o principal produto de valorização do capital (ORTIZ, 2008).

Nesse âmbito, é de bom alvitre trazer a lume pertinente ressalva proposta por Luiz Gonzaga Silva Adolfo, que aduz que a expressão "Sociedade da Informação" não é aceita de forma unânime entre os doutrinadores do assunto em tela:

Embora haja quem discorde da expressão, como Ascensão, para quem "Sociedade da Informação não é um conceito técnico: é um slogan", e entende que, desta forma, seria mais adequado chamá-la de "Sociedade da Comunicação", já que o que se pretende impulsionar é a comunicação, e somente num sentido lato poderia ser qualificada toda mensagem como informação, não há dúvidas de que hoje esta expressão tem variantes e inúmeros pensadores das mais diversas áreas utilizam expressões próprias para designar esta realidade, sempre, porém, enfatizando seus principais aspectos (ADOLFO, 2008, p. 255).

Nessa sociedade, na qual a informação circula praticamente sem qualquer obstáculo, há um espaço próprio para a comunicação, aproximadamente ilimitado: o ciberespaço. O filósofo francês Pierre Lévy, um dos maiores expoentes no estudo da mídia cibernética, aponta que o referido local suporta tecnologias intelectuais capazes de ampliar, exteriorizar e transformar inúmeras funções cognitivas do ser humano, sendo que elas abrem espaço para diversos sistemas de aprendizagem e, também, para o trabalho cooperativo (LÉVY, 2009).

De acordo com o escólio de Pierre Lévy, o ciberespaço é entendido como um local onde a comunicação acontece², o qual é materializado mediante o horizonte do mundo virtual vivo e heterogêneo, sendo que nesse espaço o ser humano é um sujeito livre para participar e contribuir. Em virtude desses aportes, os territórios componentes do ciberespaço são respon-

2 Importante mencionar que essa comunicação, seja comunitária, seja intercomunitária, ocorre de forma recíproca entre os partícipes.

sáveis pela construção de um ambiente que concede espaço à cooperação e à coletivização do pensamento, de modo que, nesse local, a troca de mensagens e informações pode provocar o envolvimento emocional e, além disso, estimular nos homens a vontade de explorar novos campos (LÉVY, 1998, p. 103-106).

O ciberespaço afigura-se como o universo das redes digitais; um universo em que os encontros e as aventuras acontecem (LÉVY, 1998, p. 104). Por esse motivo, ele é capaz de “[...] desvendar inéditas galáxias de linguagem, fazer vir à tona temporalidades sociais desconhecidas, reinventar o laço social, aperfeiçoar a democracia, abrir entre os homens trilhas de saber desconhecidas” (LÉVY, 1998, p. 103). O ciberespaço, movido pela interconexão dos computadores, permite que os indivíduos se mantenham interligados independentemente do local geográfico em que se situam, sendo que desterritorializa os saberes e funciona como suporte ao desenvolvimento da inteligência coletiva³ (BEMBEM; COSTA, 2013, p. 142).

Efetuada uma breve análise acerca da Sociedade da Informação, bem como do ciberespaço, abre-se margem para serem tecidos alguns apontamentos sobre a inteligência coletiva, igualmente estudada por Pierre Lévy e um dos aspectos sociais e culturais das tecnologias da informação.

Já de início faz-se importante trazer a lume a revelação feita por Bembem e Costa (2013, p. 142): muito embora a ideia de inteligência coletiva seja amplamente aceita na sociedade contemporânea, as suas designações, características e proposições ainda “não são muito claras no âmbito da Ciência da Informação, como, também, não são claras quais seriam as contribuições da área para a temática em questão”. Contudo, tal situação não inviabiliza o estudo do referido instituto.

A inteligência coletiva trata-se de tema interdisciplinar e, por essa razão, tem sido explorada pelas mais diversas áreas do

conhecimento. Pierre Lévy (1998, p. 28-29) conceitua a inteligência coletiva como “[...] uma inteligência distribuída por toda parte, incessantemente valorizada, coordenada em tempo real, que resulta em uma mobilização efetiva das competências”. Destarte, seu objetivo primordial é reconhecer as habilidades concedidas a cada indivíduo e, a partir dessa constatação, coordená-las para serem utilizadas em prol da coletividade, sendo que essa organização das habilidades decorre da utilização das tecnologias da informação e comunicação (BEMBEM; COSTA, 2013, p. 142).

É justamente nesse diapasão que se revela o pensamento de Pierre Lévy, que aduz que “a base e o objetivo da inteligência coletiva são o reconhecimento e o enriquecimento mútuos das pessoas, e não o culto de comunidades fetichizadas ou hipostasizadas⁴” (LÉVY, 1998, p. 29). Assim sendo, é possível verificar que a inteligência em estudo se preocupa – e muito – com a questão da coletividade.

Frente a tais apontamentos, é fácil perceber que o axioma inicial da inteligência coletiva se traduz na seguinte premissa: “ninguém sabe tudo, todos sabem alguma coisa, todo o saber está na humanidade”. Dessa forma, o saber não é nada além do que os indivíduos inseridos na sociedade sabem, sendo que, para Pierre Lévy a luz do saber brilha até mesmo nos locais onde ela parece ser inexistente, ou seja, mesmo diante de um grande fracasso humano será possível encontrar inteligência⁵ (LÉVY, 1998, p. 29).

Como forma de exemplificar e “provar” que a inteligência coletiva está distribuída por toda parte – até mesmos nos lugares onde não parece estar –, Pierre Lévy compara a sociedade humana com um formigueiro:

4 Em determinada passagem do livro “Inteligência coletiva: por uma antropologia do ciberespaço”, Lévy (1998, p.30), com o intuito de deixar claro o que a inteligência coletiva significa, especifica o que ela, de fato, não é: “não se deve, sobretudo, confundi-la com projetos ‘totalitários’ de subordinação dos indivíduos a comunidades transcendentais e fetichizadas”.

5 Para Pierre Lévy, todas as pessoas, dentro de suas particularidades, têm inteligência. Dessa feita, é possível concluir que a inteligência, de acordo com o pensamento do autor em voga, compreende todas as faculdades humanas adquiridas ao longo da vida – experiências, percepção, capacidade de recordar, de aprender, de falar, etc.

3 Apenas para fins de esclarecimento, a partir dessas interações ocorridas no ciberespaço, surge a cibercultura, também bastante estudada por Pierre Lévy. Conforme assevera Ortiz (2008), a cibercultura é o campo do conhecimento destinado a compreender as transformações culturais decorrentes da introdução das tecnologias digitais no âmbito das sociedades contemporâneas, ou seja, é uma nova cultura resultante dos processos de interação ocorridos nos espaços virtuais.

Em um formigueiro, os indivíduos são “bestas”, não possuem nenhuma visão de conjunto e não sabem como o que eles fazem se compõe com os atos dos outros indivíduos. Mas, ainda que as formigas isoladamente sejam “estúpidas”, sua interação produz um comportamento globalmente inteligente (LÉVY, 1998, p. 30-31).

Trazendo essa análise para o campo do homem, é plausível afirmar que a inteligência coletiva se revela por meio da interação entre os indivíduos. Algumas atitudes humanas, quando realizadas de forma isolada, podem parecer estultas – muito embora tais atitudes, na visão do autor, jamais serão consideradas atitudes não inteligentes. Contudo, caso essas atitudes sejam tomadas por um grupo de pessoas, é possível que elas tenham outra conotação, revelando, assim, a inteligência coletiva.

Nesse âmbito, a inteligência coletiva proposta por Pierre Lévy não se trata apenas de um projeto vinculado à cognição, mas de um projeto global que vai além da teoria, isto é, que desencadeia ações práticas cujo objetivo principal é a mobilização das competências dos indivíduos. Assim, ao realizar essa aproximação de competências é possível chegar à base e ao alvo primordial da inteligência coletiva: o reconhecimento e o enriquecimento das pessoas que se propõem a participar desse projeto (BEMBEM; COSTA, 2013, p. 142).

Para que seja possível alcançar a inteligência coletiva, Pierre Lévy aponta que os indivíduos devem construir o laço social baseado no saber⁶ (LÉVY, 1998, p. 32). Dessa feita, os fatores responsáveis por unir os indivíduos seriam não mais a pertença a determinado local ou a filiação a uma ideologia, mas sim as capacidades de compartilhamento dos saberes de cada indivíduo (BEMBEM; COSTA, 2013, p. 143). É por essa razão que Pierre Lévy, ciente de que seu entendimento possa soar utópico, afirma que, para que seja possível alcançar um ambiente mais humano, o valor das coisas deve se exprimir “segundo os mes-

⁶ Insta mencionar que o saber a que se refere Pierre Lévy não é o saber científico, mas o saber coextensivo à vida, ou seja, aquele que está diretamente vinculado aos conceitos de saber viver e viver saber. É um saber que qualifica a espécie humana, o qual se conecta a um espaço destinado à metamorfose das relações e do surgimento de maneiras de ser (LÉVY, 1998, p. 121).

mos signos que as identidades das pessoas (e não o contrário!)” (LÉVY, 1998, p. 32).

Inegavelmente, a inteligência coletiva tem a pretensão de tornar o saber a principal base frente às relações humanas. Dessa forma, ela precisa ocorrer em determinado espaço, o qual Pierre Lévy chama de Espaço do saber. Nesse local, as relações humanas estão pautadas na valorização dos sujeitos e de suas habilidades. Entretanto, é necessário esclarecer que o Espaço do saber não existe. O filósofo francês vincula sua existência ao sentido etimológico, afirmando-o como uma utopia, um não lugar. Lévy (1998, p. 120-121) diz que ele “não se realiza em parte alguma. Mas se não se realiza já é virtual, na expectativa de nascer. Ou melhor, já está presente, mas dissimulado, disperso, travestido, mesclado [...]”.

Vislumbra-se que, para Pierre Lévy, o Espaço do saber é algo virtual, que paira em um plano subjetivo. No entanto, Bembem e Costa (2013, p. 143) afirmam que, no cenário atual, muito embora o referido espaço possa não se efetivar em sua plenitude, diz-se que ele está em construção, porquanto existem tecnologias que são capazes de colocar os indivíduos em sinergia⁷.

Realizada uma breve análise acerca da Sociedade da Informação, do ciberespaço e da inteligência coletiva, é possível perceber que todos os institutos abordados, sobremaneira a inteligência coletiva, apresentam traços que enaltecem o trabalho coletivo, o crescimento mútuo, a conexão entre os homens e a valorização do bem comum. Aliás, a própria Sociedade da Informação, por meio de suas contribuições tecnológicas, pode aproximar ainda mais os cidadãos. Destarte, o individualismo não tem – ou pelo menos não deveria ter – espaço quando se deseja alcançar plenamente a inteligência em voga. Passa-se, neste momento, para o próximo capítulo do trabalho, o qual abordará a origem e o histórico do princípio constitucional da solidariedade.

⁷ É de bom alvitre destacar que a efetivação do Espaço do saber, além das tecnologias, depende, também, de outros fatores, tais como significativas mudanças nas esferas política, social e, sobremaneira, na seara educacional (BEMBEM; COSTA, 2013, p. 143).

O princípio constitucional da solidariedade: origens e histórico

Inicialmente, para que seja possível verificar se há, de fato, relação entre a inteligência coletiva e o princípio constitucional da solidariedade, é imprescindível que seja realizado, também, um estudo sobre as principais bases que fundamentam o princípio em tela. Assim, nada mais lógico do que dar início ao referido estudo abordando sua origem e seu histórico frente ao desenvolvimento da sociedade.

Sob esse enfoque, é de bom alvitre adiantar que o estudo da solidariedade se dá a partir de suas grandes vertentes: a solidariedade com cunho filosófico, que nasce a partir do ideal de ajuda ao próximo; e a solidariedade com viés sociológico, que surge da necessidade de haver boa convivência entre os homens dentro de uma sociedade, ou seja, se alicerça na ideia de cooperação social (SOARES, 2009). Além desses dois pontos de partida, não há como negar que o cristianismo também trouxe inúmeras contribuições para a ideia de solidariedade⁸.

A solidariedade com cunho filosófico teve início mediante a obra "A República", escrita pelo filósofo grego Platão no século IV a.C. Das diversas passagens do texto, uma delas se destaca no âmbito aqui analisado: há um diálogo ocorrido entre Sócrates e Glauco que evidencia claramente a presença de ideários relativos à unidade social e revela, também, forte crítica ao individualismo.

Nas obras de Aristóteles, por sua vez, o ideal solidarista é percebido quando o autor discorre acerca da justiça e da virtude. O referido filósofo aduz que, para o homem ser virtuoso, é preciso que ele encontre a felicidade e a boa sorte, sendo que a justiça é uma virtude completa, de modo que o indivíduo que a tem deve exercer sua virtude não só com relação a si próprio, mas, também, com relação ao próximo. Destarte, o indivíduo

é uma pessoa virtuosa não somente quando cumpre a lei, mas também quando o faz em prol da comunidade, isso porque, na visão aristotélica, a virtude tem estreita relação com o "fazer bem ao outro" (ARISTÓTELES, 2012, p. 96).

Nessa mesma linha de pensamento, Aristóteles deixa ainda mais evidente a presença do ideário solidarista quando afirma que "o homem, por natureza, é um animal político, isto é, destinado a viver em sociedade" (ARISTÓTELES, 2008, p. 56). Para ele, o homem que não consegue viver em coletividade ou que não necessita de outros indivíduos para viver, não faz parte da pólis, visto que tem a pretensão de bastar-se em si mesmo (ARISTÓTELES, 2008, p. 57). Assim sendo, a pessoa, no sentido filosófico pregado por Aristóteles, está fundada em um ser que necessita dos outros para se estabelecer, de modo que deve observar seu semelhante e voltar suas atitudes para a coletividade⁹.

Abordada a solidariedade na Antiguidade Clássica¹⁰, passa-se para a análise desse elemento no âmbito do cristianismo, o qual – não obstante seja possível notar um distanciamento cada vez maior entre os indivíduos e as religiões, certamente provocado pelo ritmo de vida acelerado e individualista dos tempos contemporâneos – serviu de alicerce para a teoria da justiça clássica, que teve como principais expoentes Santo Agostinho e São Tomás de Aquino (BODENHEIMER, 1994, p. 85).

Ambos os teólogos, carregando inspiração do cristianismo, reafirmaram que a caridade seria a mais pura expressão da justiça divina. Nesse sentido, Santo Agostinho, além de arguir que as pessoas não deveriam conceder excessivo valor aos bens materiais e que não havia como chegar à felicidade desprezando o próximo, apontou que a justiça propriamente dita estava pautada em Deus, isso porque a justiça aplicada pelos homens não era considerada completa (AGOSTINHO, 2000, p. 1.929).

9 Contudo, é preciso tomar cuidado com o seguinte: muito embora os indivíduos devam voltar suas atitudes para a coletividade, é necessário que eles disponham de uma esfera de direitos que possibilite o desenvolvimento de sua personalidade e de seus talentos.

10 Revela-se necessário mencionar que, para alguns autores, a ideia de solidariedade não estava presente na Antiguidade Clássica, pois, ainda que os filósofos daquela época manifestassem certa aversão ao individualismo, buscando seu antônimo, não se verificou o estabelecimento de um ideal realmente solidarista. Divergências à parte, acredita-se que as contribuições advindas das visões platônicas e aristotélicas são inegáveis no que diz respeito ao surgimento da solidariedade.

8 Não raras as vezes, é muito difundida a ideia de que a solidariedade teve surgimento no cristianismo. Contudo, é possível perceber, por meio de algumas passagens filosóficas, a presença de um sentimento solidarista em eras ainda mais remotas.

Nesse mesmo contexto, São Tomás de Aquino afirmou que o indivíduo tem uma inclinação natural para viver em sociedade e, inclusive, para conceber como verdade a figura de Deus. Tal inclinação faz com que os homens se afastem da ignorância e das ofensas ao próximo (BODENHEIMER, 1994, p. 150).

Com o passar do tempo, já na Idade Média – a partir do século IV d.C. –, os pensamentos filosóficos relativos à existência dos indivíduos e aos laços que os aproximavam foram perdendo força. A referida situação perdurou por cerca de dez séculos, sendo que o regime feudal, influenciado pela dogmática religiosa e pela ideia de que o servo deveria servir ao seu senhor, não favoreceu o desenvolvimento de teorias acerca da solidariedade (OLIVEIRA, 2014, p. 16).

Entretanto, com o fim do feudalismo, o cenário supramencionado começou a ser modificado, especialmente em virtude do surgimento do Renascentismo e, posteriormente, do Iluminismo. Ambos os períodos históricos ora destacados foram marcados pelo nascimento do método científico e das grandes teorias que guiaram – e guiam até os dias atuais – a ciência, os quais influenciaram a busca por fundamentações racionais para o sentido da vida e do indivíduo (BODENHEIMER, 1994).

Em face dessa evolução, surge a teoria contratualista, que preceitua que o Estado é fruto da ficção humana e tem como objetivo primordial possibilitar a convivência coletiva. Dessa forma, a referida teoria, ao estabelecer a pessoa como condição para o surgimento do Estado, acaba por elevar o significado do próprio homem. Nessa mesma esteira, o direito passa a estar desvinculado da natureza sagrada, fundando-se na razão humana (BODENHEIMER, 1994).

Nesse ramo, as teorias desenvolvidas por Hugo Grócio, por Samuel Puffendorf, e pelos contratualistas Thomas Hobbes, John Locke e Jean-Jacques Rousseau deram ensejo para o surgimento da chamada Escola Clássica do Direito Natural e, ao servirem de base para o Código Napoleônico¹¹, semearam a

ideia de que o indivíduo é um ser detentor de direitos, os quais são garantidos devido a sua simples qualidade de ser humano e, também, de que existem normas que são superiores e obrigatórias aos governantes (BODENHEIMER, 1994, p. 75).

Sem dúvida, as teorias construídas pelos pensadores ora mencionados foram fundamentais para compreender a formação do Estado e suas premissas, sobremaneira no que diz respeito à compreensão de como o indivíduo era visto por tais pensadores: em um primeiro momento como ser egoísta, sem qualquer sentimento fraterno; e, em um segundo momento, como uma pessoa boa, que se une aos demais e cria o Estado com o intuito de manter o sentimento de paz social (OLIVEIRA, 2014, p. 18).

Nesse momento, é imperioso destacar, também, que o Estado Liberal, em que pese movido pelo lema liberdade, igualdade e fraternidade advindo da Revolução Francesa, não foi sensível à ideia de solidariedade (CARDOSO, 2013, p. 132). Sob o pretexto de valorização do indivíduo, afora os benefícios trazidos, o liberalismo, sem dúvida, deu largo ensejo à degradação do homem, especialmente porque tal modelo assegurou uma relação de privilégio às pessoas economicamente mais fortes. Dessa forma, considerando que os valores econômicos foram colocados em um patamar superior ao de todos os demais, os homens medíocres, sem qualquer formação humanística e com o intuito de aumentar suas riquezas, passaram a ter o domínio quase total da sociedade (DALLARI, 2000, p. 277-278).

Nesse mesmo âmbito, a Revolução Industrial, além de impulsionar, deixou evidente a exploração do homem sobre o homem¹². Assim, considerando a inevitável degradação das relações humanas, surgem as teorias socialistas, que têm como principal escopo trazer melhorias à classe operária e, consequentemente, à vida das pessoas como um todo. Evidentemente, a ideia de cooperação na busca por melhorias no campo individual, que se traduziu na criação de sindicatos e associações,

11 O Código Napoleônico – também conhecido como *Code de France* –, cujo modelo serviu de inspiração para os códigos promulgados posteriormente, foi um código marcado pelo conservadorismo e ficou conhecido como o marco histórico das liberdades individuais.

12 Muito embora a Revolução Industrial tenha acarretado essa degradação, não há como negar que o período posterior a essa revolução foi marcado pelo reconhecimento de inúmeros direitos sociais, porquanto a economia estava migrando de fase: da agricultura para a indústria. Além disso, com o crescente avanço tecnológico, a informação passou a ter papel de destaque nas relações sociais.

foi uma forma bastante eficaz que os indivíduos encontraram para dar início à luta contra a miserabilidade e, igualmente, para recuperar a boa relação entre os homens e para alcançar a chamada justiça social (CARDOSO, 2013, p. 145).

A partir desses aportes, é possível falar acerca da solidariedade com cunho sociológico, porquanto essa busca por direitos, os quais permitiriam uma melhor qualidade de vida aos operários e a toda a população, ensejou o surgimento da sociologia. Fundada no estudo da sociedade como um todo, sem pormenorizar os indivíduos, a referida ciência defende a ideia de que o conjunto de pessoas forma algo maior do que simplesmente a união de indivíduos (LEVINE, 1997). Assim, para a sociologia a solidariedade afigura-se como um elemento de qualificação na relação entre indivíduos, visto que traz consigo a noção de cooperação, ou seja, para que os indivíduos tenham uma vida minimamente digna, todos são responsáveis pelo suprimento das necessidades individuais e, inclusive, das necessidades do próprio grupo social.

De fato, as contribuições advindas das vertentes ora analisadas foram fundamentais para a construção da ideia de solidariedade na atualidade. No entanto, o elemento aqui estudado vai muito além das questões filosóficas, cristãs e sociológicas. Destarte, é a partir do final do século XIX que a solidariedade ultrapassa os discursos filantrópicos, fraternos e de caridade, e passa a ser vista de outra maneira: como solidariedade jurídica¹³ (WESTPHAL, 2008, p. 44-45).

Indubitavelmente, o aspecto jurídico da solidariedade visa superar a primazia do individualismo típico do Estado Liberal, ou seja, um de seus principais objetivos consiste em reunir as pessoas sob a perspectiva do bem comum e, além disso, trazer a ideia de responsabilidade com o próximo (REIS; KONRAD, 2015, p. 79). O mais importante nessa viragem de rumo da solidariedade é compreender que ela não se trata de um dever

positivo apenas por parte do Estado, mas, também, que enseja deveres recíprocos entre as pessoas, visto que os indivíduos não conseguem viver se não em sociedade¹⁴ (LÔBO, 2009, p. 325).

Não restam dúvidas de que a solidariedade, aqui encarada na sua essência, pouco importando qual a vertente de sua origem – se filosófica, cristã, sociológica ou jurídica –, deve ter espaço para se consolidar na sociedade, ainda mais na atualidade, que está desgastada devido ao individualismo, à soberba e à busca incessante pelo capital. É preciso que a solidariedade permeie todos os campos – sejam eles reais, sejam virtuais –, pois ela, além de fortalecer os laços sociais, conecta os homens. Dessa feita, no próximo e derradeiro capítulo será verificado se existe, de fato, alguma relação/aproximação entre o princípio constitucional da solidariedade e a inteligência coletiva proposta por Pierre Lévy.

A (im)possível relação entre a inteligência coletiva e o princípio constitucional da solidariedade no âmbito da sociedade da informação

Toda a infelicidade do mundo vem da cegueira e do segredo, da ignorância acumulada (Pierre Lévy e Michael Authier)¹⁵

Consoante depreende-se do capítulo anterior, a expressão solidariedade contempla diversos significados e suas variações vão de acordo com o ramo do conhecimento que esteja sendo explorado (MORAES, 2008). Em face dessa constatação, é plausível apontar que as tentativas de defini-la taxativamente são,

¹³ De forma mais precisa, foi o solidarismo sociológico, criado a partir dos pensamentos do sociólogo Émile Durkheim, que serviu de base para o desenvolvimento da teoria que compreende a solidariedade com um viés jurídico, a qual teve como precursor o jurista francês Léon Duguit e tinha como principal fundamento a função social da solidariedade.

¹⁴ Sem margem para dúvida, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, promulgada em 10 de dezembro de 1948, é o instrumento jurídico que afirmou e assentou a força normativa da solidariedade na era contemporânea.

¹⁵ Frase extraída da obra "As Árvores do Conhecimento", escrita por Pierre Lévy e Michel Authier, p. 17.

sobremaneira, arriscadas, visto que tal ação pode ocasionar restrições a suas potencialidades. No entanto, ainda que o referido mecanismo não seja a panaceia para todas as celeumas que atacam a civilização contemporânea, ele conta com determinados traços elementares que possibilitam tecer, mesmo que de forma ampla, uma pequena tradução:

A solidariedade implica interessar-se pelo que ocorreu com os outros e fazer algo por eles. Não se trata apenas de um sentir, mas especialmente, de um agir, da adoção de uma postura ativa diante de certos fatos e acontecimentos da vida. Trata-se de reconhecê-la como expressão da consciência de que não se está sozinho, que todos trilham o mesmo caminho e de que dependem de cada um – e de todos – a consciência e a harmonia do caminhar (OLIVEIRA, 2014, p. 16).

Não obstante a solidariedade esteja alicerçada em um conteúdo complexo e, por vezes, “pouco palpável”/aberto, diversas foram as Constituições ao redor do mundo que se preocuparam com esse valor no momento de suas concepções, de modo que fizeram referência a ela em seus textos – seja diretamente, seja indiretamente¹⁶.

No âmbito do ordenamento jurídico brasileiro não foi diferente. É a partir da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 que passa a haver preocupação direta em adotar o valor constante no princípio constitucional da solidariedade como uma das maiores premissas de toda a ordem jurídica e social. Nesse sentido, o princípio constitucional da solidariedade encontra previsão no artigo 3º, inciso I, da Magna Carta de 1988¹⁷ e, assim sendo, tem um duplo sentido: por um lado constitui um dos princípios fundamentais do ordenamento

jurídico, e, por outro, enquadra-se como um dos objetivos fundamentais do Estado brasileiro¹⁸ (CARDOSO, 2013, p. 25).

Nesse passo, não há como negar que a solidariedade, além de ser um objetivo fundamental a ser cumprido no país, se afigura como princípio constitucional, carregando consigo grande carga normativa, ou seja, deve ser observado e concretizado por todos, especialmente por se tratar de algo que deve ultrapassar a barreira do pensar/sentir – deve estar na prática, no agir humano.

É justamente nesse sentido que se revela o escólio de Sarmiento (2006, p. 295), porquanto afirma o seguinte: quando a Constituição estabelece como um dos objetivos fundamentais da República brasileira “construir uma sociedade justa, livre e solidária”, ela não está apenas enunciando uma diretriz política despida de eficácia normativa. Muito pelo contrário. Ao trazer essa expressão ela afirma que, muito embora o princípio constitucional da solidariedade seja aberto e dotado de indeterminação semântica, ele tem eficácia imediata, devendo ser encarado como vetor interpretativo da ordem jurídica¹⁹.

Diante desses aportes, é notória a supremacia da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 frente a todo o ordenamento jurídico nacional, sendo inconcebível a exclusão do Direito Privado de sua direta incidência. Assim, considerando que a solidariedade está contida no texto constitucional, ela deve, igualmente, ser observada no âmbito dessa esfera (REIS; ZIEMANN, 2015, p. 161).

De acordo com Cardoso (2013, p. 133),

no que tange ao Direito Privado nos nossos dias, ao se falar em solidariedade como paradigma, está se afirmando que este âmbito do Direito também possui uma finalidade

16 Insta referir que a maioria das Constituições que concederam espaço à solidariedade foi promulgada após a Segunda Guerra Mundial, especialmente com o intuito de barrar toda e qualquer ameaça aos direitos e garantias fundamentais, tais como as nefastas violações provocadas pela referida guerra. Além disso, não há como negar o fundamental papel desempenhado pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 no que diz respeito à previsão da solidariedade nas Cartas Constitucionais, visto que, além de assentar a força normativa da solidariedade e demais princípios, a declaração em tela afirmou o indivíduo para a sociedade e desencadeou a compreensão, a tolerância e a amizade entre as nações.

17 Artigo 3º: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária [...]” (BRASIL, 1988, www.planalto.gov.br).

18 Com o surgimento da Carta Magna de 1988, a existência e o desenvolvimento com dignidade se tornaram direitos do ser humano, sendo que tal fator desencadeou um extenso sistema de solidariedade: para que haja dignidade, é preciso haver, também, alguns mecanismos solidaristas, tais como o dever de cooperação, a responsabilidade social, o repúdio ao egoísmo e à indiferença, a conscientização do papel social do homem, e assim por diante. Destarte, a solidariedade nasce para potencializar e concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana, o qual se traduz como valor fonte de todo o sistema jurídico.

19 É de bom alvitre inferir que a positivação da solidariedade não importa que o agir solidário seja um dever único e exclusivo do Estado no sentido de garantir à população uma sociedade livre, justa e solidária, mas de um dever de todos os cidadãos, inclusive dos agentes privados e da sociedade civil.

a atingir, pressupondo-se, logo, um ato de escolha, ou seja, um objetivo conscientemente estabelecido, uma vez que a solidariedade, nesta cadência ideológica, é a expressão mais profunda da sociabilidade que caracteriza a pessoa humana, e não por outro motivo, a Constituição de 1988 exige que nos ajudemos mutuamente, conservando a nossa humanidade, porque a construção de uma sociedade livre, justa e solidária cabe a absolutamente todos, sem exceção.

É a partir dessas informações que passa a ser possível construir um raciocínio relativo à existência – ou não – de relação entre o princípio constitucional da solidariedade e a inteligência coletiva, especialmente devido ao seguinte fato: levando em conta que boa parte das relações humanas é desenvolvida com o auxílio da internet²⁰ e da sociedade em rede, percebe-se que os meios virtuais se tornaram uma das principais ferramentas que desencadeiam a sociabilidade entre os homens e, assim sendo, é amplamente possível que a solidariedade seja verificada, também, nesse cenário (REIS; ZIEMANN, 2015, p. 162).

Consoante já brevemente mencionado no primeiro capítulo deste trabalho, a internet mudou a vida do homem. Mudou seu cotidiano e, conseqüentemente, alterou suas relações sociais²¹. Se ontem não era possível ver uma pessoa que está fisicamente do outro lado do oceano, hoje é possível vê-la e, inclusive, interagir com ela por meio da fala²². Atualmente, nada mais comum do que trabalhar pela internet, falar com parentes e amigos distantes, estudar e se especializar mediante o ensino a distância, a assistir vídeos e noticiários, dentre outros²³.

20 Apenas para fins de esclarecimento: segundo apontamentos tecidos por Castells (2003, p. 13), foi a partir dos anos 1990 que a internet atingiu grandes proporções, visto que sua utilização se tornou mais comum no dia a dia das pessoas.

21 Segundo dados divulgados pelo IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), no ano de 2014 95,4 milhões de brasileiros – porcentagem equivalente a 54,4% da população total – com dez anos ou mais idade tiveram acesso à rede pelo menos uma vez em um lapso temporal de três meses. No ano de 2013 essa porcentagem estava em 49,4%. Informação disponível no site <<http://www.valor.com.br/brasil/4513070/mais-da-metade-da-populacao-brasileira-acessa-internet-apo-nta-ibge>>.

22 Como forma de materialização do exemplo trazido, tem-se o Skype, que trata de programa desenvolvido pela empresa Microsoft e permite ações como chamadas de voz e vídeo sem qualquer custo.

23 Importante destacar que a internet não ceifou a existência da interação física/presencial entre as pessoas. Ela apenas trouxe mais formas de interação. Assim se revela o pensamento de Lévy (2009, p. 132): “As pessoas continuam falando após a escrita, mas de outra forma. As cartas de amor não impedem os amantes de se beijar. As pessoas que mais se comunicam via telefone são também aquelas que mais encontram outras pessoas”.

Dito isso, basta apenas um olhar rápido sobre os dois institutos aqui propostos – princípio constitucional da solidariedade e inteligência coletiva – para perceber que suas linhas caracterizantes se harmonizam em diversos aspectos. Se a solidariedade implica ações que visam a coletividade e a preocupação com o próximo, como negar que ela encontra relação com a inteligência coletiva, a qual, movida pela Sociedade da Informação e pela internet, aponta justamente para o compartilhamento de habilidades e para o pensamento coletivo?

De acordo com os apontamentos extenuados no início desta pesquisa, a inteligência coletiva proposta por Pierre Lévy está distribuída por toda parte e é resultado de uma mobilização das competências/qualidades de cada ser humano, ou seja, suscita a ideia de que juntos os indivíduos são mais fortes. Para o referido filósofo, o compartilhamento das funções cognitivas do homem – memória, percepção, escrita, fala, aprendizado, etc. – é aumentado e transformado quando em contato com sistemas técnicos e externos ao organismo humano – internet e rede de computadores, por exemplo (LÉVY, 1998, p. 30-31).

Partindo para o outro polo da relação analisada nesta pesquisa, tem-se o princípio constitucional da solidariedade e, quando observados os apontamentos construídos por Alenilton da Silva Cardoso, é possível notar que essa ideia de inteligência coletiva – compartilhamento de funções cognitivas, mobilização e cooperação –, aqui trazida de forma sucinta, tem um ponto de encontro com o referido princípio, pois ele pode ser traduzido por meio da seguinte ideia: “A solidariedade tem por característica reunir as pessoas na perspectiva do bem comum, dizendo respeito, pois, à relação de todas as partes de um todo social” (CARDOSO, 2013, p. 131).

Em face de tais contribuições, é possível enxergar algumas aproximações bastante consistentes no que diz respeito à inteligência coletiva e o princípio constitucional da solidariedade, porquanto a existência de ambos os institutos abordados depende de alguns fatores que lhes são comuns: cooperação; primazia do coletivo em face do individual; compartilhamento; colaboração; etc.

Nessa mesma linha de desenvolvimento, até mesmo quando os institutos parecem caminhar à luz de horizontes opostos, pode haver margem para sua aproximação. Pierre Lévy aduz que a inteligência coletiva somente progride quando há, simultaneamente, cooperação e competição, ou seja, os indivíduos trocam ideias – cooperam entre si –, confrontam pensamentos opostos – competem – e, após isso, geram o conhecimento. De outra parte, quando observada a redação feita por Cardoso (2013, p. 135), subentende-se que o princípio constitucional da solidariedade não comporta a competição: “[...] o projeto de uma sociedade livre, justa e solidária contraria a lógica da competição desmedida e do lucro desenfreado [...]”.

Contudo, acredita-se que a competição à qual se refere a inteligência coletiva não é capaz de destruir os laços que a vinculam ao princípio constitucional da solidariedade, isso porque se trata de uma competição não com o objetivo de prejudicar o próximo, mas apenas no sentido de confrontar opiniões divergentes, cujo intuito primordial é chegar a um ponto comum, isto é, construir um resultado derivado da cooperação entre os envolvidos. Portanto, a competição presente na inteligência coletiva não é aquela que o princípio constitucional da solidariedade condena.

Segundo preceitua Pierre Lévy, não é prudente reservar o conhecimento apenas a uma classe de pessoas. Se o homem deseja viver melhor, é o seu coletivo que deve se adaptar, aprender, e compartilhar informações e habilidades. Nesse passo, a inteligência coletiva

[...] convoca um novo humanismo que inclui e amplia o “conhece-te a ti mesmo” para um “aprendamos a nos conhecer para pensar juntos”, e que generaliza o “penso, logo existo” em um “formamos uma inteligência coletiva, logo existimos eminentemente como comunidade” (LÉVY, 1998, p. 25).

Frente a tais aportes, não restam dúvidas de que as linhas gerais que permeiam a inteligência coletiva e o princípio constitucional da solidariedade apresentam inúmeras aproximações. Ademais, a própria previsão constitucional do referido princípio

enseja a ideia de que os cidadãos brasileiros devem buscar concretizar a inteligência coletiva, porquanto o compartilhamento de ideias, informações e habilidades se coaduna com os objetivos preceituados pelo ideal solidarista presente na Carta Magna de 1988²⁴.

Diante da análise construída, verifica-se que existem fortes laços capazes de ensejar uma relação entre o princípio constitucional da solidariedade e a inteligência coletiva. Se o objetivo primordial da inteligência coletiva consiste na solução de problemas mediante a troca de ideias e a colaboração dos indivíduos perante o interesse comum, ele se coaduna com o ideal proposto pelo princípio da solidariedade, que é justamente marcado pelo reconhecimento do próximo, pelo agir humano em prol da coletividade e pela primazia do “nós” sobre o egoístico “eu”.

Conclusão

O trabalho propôs-se a investigar se há, de fato, relação entre o princípio constitucional da solidariedade e a inteligência coletiva proposta por Pierre Lévy. Dessa feita, analisadas as principais características concernentes a cada um dos institutos ao longo desta pesquisa, é possível concluir que elas podem, sim, ensejar certa relação/aproximação entre eles.

Quando da abordagem acerca da inteligência coletiva, percebeu-se que ela se trata de um mecanismo que valoriza as capacidades individuais. Por essa razão, seu principal objetivo consiste em concretizar a sinergia dos homens mediante a utilização das tecnologias disponíveis na sociedade a fim de que eles compartilhem o que têm de mais valioso: a inteligência.

No que diz respeito ao princípio constitucional da solidariedade, restou claro que, em linhas amplas, ele pode ser traduzido como um dispositivo que visa a aproximação dos homens. Trata-se de princípio capaz de reunir as pessoas em prol

²⁴ Considerando que a inteligência coletiva se efetiva por meio da internet e da conexão entre as pessoas mediante as tecnologias, bem como devido ao fato de a internet estar, a cada dia que passa, mais presente na vida dos cidadãos, torna-se ainda mais fácil concretizar a referida inteligência.

do bem comum, ou seja, preza a cooperação, a preocupação com relação ao próximo, o compartilhamento e, sobremaneira, a superação do individualismo e do egoísmo.

Dito isso, é impossível não perceber uma relação entre os dois institutos aqui estudados. No âmbito da inteligência coletiva, Pierre Lévy aponta que todas as pessoas têm inteligência, sem exceção. Cada indivíduo, de acordo com suas qualidades e especificidades, é capaz de contribuir/trazer melhorias para o todo. E o princípio constitucional da solidariedade harmoniza-se com essa ideia, porquanto aponta para o seguinte horizonte: se todos habitam o mesmo planeta, todos podem – e devem – contribuir para uma sociedade melhor e continuar nessa constante busca. Por essa razão, é imprescindível que haja cooperação, colaboração, empatia e alteridade entre os homens, inclusive no âmbito digital.

É cediço que a solidariedade está presente na sociedade – ainda que muitas vezes o homem, por meio de algumas atitudes, coloque em dúvida tal afirmação. Dessa forma, ela acaba permeando e se coadunando com os mais diversos ramos. Com a inteligência coletiva ocorre exatamente isso, visto que suas linhas características vão ao encontro do princípio em voga. O homem precisa preocupar-se com o que realmente importa. Precisa tornar-se mais humano, mais solidário. Assim, a relação existente entre os institutos ora abordados é um excelente meio na busca por uma sociedade mais livre, mais justa e mais solidária.

Referências

- ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. Obras privadas, benefícios coletivos: a dimensão pública do direito autoral na sociedade da informação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.
- AGOSTINHO, Santo. A cidade de Deus. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2000.
- AMARAL, Luis Mira. A sociedade da informação. 2007. Disponível em: <http://www.apdsi.pt/uploads/news/id545/2-2.3_luis%20mira%20amaral_070626.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2016.
- ARISTÓTELES. Ética a nicômaco. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2012.
- _____. Política. Tradução de Pedro Constantin Tolens. São Paulo: Martin Claret, 2008.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito da internet e da sociedade da informação. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- BEMBEM, Angela Halen Claro; COSTA, Plácida Leopoldina Ventura Amorim da. Inteligência coletiva: um olhar sobre a produção de Pierre Lévy. Revista Perspectivas em Ciência da Informação, Belo Horizonte, v.18, n. 4, p. 139-151, out./dez. 2013. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/pci/v18n4/10.pdf>>. Acesso em: 21 jul. 2016.
- BODENHEIMER, Edgar. Teoría del derecho. México: FCE, 1994.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso: em 22 jul. 2016.
- CARDOSO, Alenilton da Silva. Princípio da solidariedade: o paradigma ético do direito contemporâneo. São Paulo: Ixtlan, 2013.
- CASTELLS, Manuel. A galáxia da internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos da teoria geral do estado. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

LEVINE, Donald Nathan. Visões da tradição sociológica. Tradução de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Zahar, 1997.

LÉVY, Pierre. Cibercultura. Tradução de Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Editora 34, 2009.

_____. A inteligência coletiva: por uma antropologia do ciberespaço. São Paulo: Loyola, 1998.

LÉVY, Pierre; AUTHIER, Michel. As árvores do conhecimento. 2 ed. São Paulo: Editora Escuta, 2000.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. O Princípio constitucional da solidariedade nas relações de família. In: CONRADO, M., PINHEIRO, R. F. (Coords.). Direito privado e constituição: ensaios para uma recomposição valorativa da pessoa e do patrimônio. Curitiba, Juruá, 2009.

MAIS DA metade da população brasileira acessa a internet, aponta IBGE. 06 abr. 2016. Disponível em: < <http://www.valor.com.br/brasil/4513070/mais-da-metade-da-populacao-brasileira-acessa-internet-aponta-ibge>>. Acesso em: 26 jul. 2016.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O Princípio da solidariedade. In: MATOS, A. C. H. (Org.). A construção de novos direitos. Porto Alegre: Núria Fabris, 2008. Disponível em: <<http://www.tepedino.adv.br/wp/wp-content/uploads/2012/09/biblioteca9.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2016.

OLIVEIRA, Luís Fernando Lopes de. Direito de família e princípio da solidariedade: o princípio constitucional da solidariedade como direito fundamental e a sua incidência nas relações familiares. Curitiba: Juruá, 2014.

ORTIZ, Rocío Rueda. Cibercultura: metáforas, prácticas sociales y colectivos em red. 2008. Disponível em: <https://www.ucentral.edu.co/images/editorial/nomadas/docs/nomadas_1_cibercultura.pdf>. Acesso em: 21 jul. 2016.

REIS, Jorge Renato dos; KONRAD, Letícia Regina. O direito fundamental à solidariedade: a aplicação do instituto no direito

civil. Revista Novos Estudos Jurídicos, n. 1, p. 59-87, jan./abr. 2015.

REIS, Jorge Renato dos; ZIEMANN, Aneline dos Santos. Solidariedade na rede: apontamentos sobre a solidariedade articulada por meio da internet. In: ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. (Org.). Temas atuais de direito da sociedade da informação. Salvador: EDUFBA, 2015.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SOARES, Flaviana Rampazzo. Responsabilidade civil por dano existencial. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

WERTHEIN, Jorge. A sociedade da informação e seus desafios. Revista Ciência da Informação, Brasília, v. 29, n. 2, p. 71-77, maio/ago. 2000. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ci/v29n2/a09v29n2.pdf>>. Acesso em: 21 jul. 2016.

WESTPHAL, Vera Herweg. Diferentes matizes da ideia de solidariedade. Revista Katálysis, Florianópolis, v. 11, n. 1, jan./jun. 2008. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/katalysis/article/view/4757>>. Acesso em: 25 jul. 2016.

O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA COMO INSTRUMENTO DE TUTELA DA VULNERABILIDADE E O NOVO REGRAMENTO DA INCAPACIDADE CIVIL

CRISTINA STRINGARI PASQUAL*

MARCO ANTONIO PASQUAL**

* Advogada. Doutora e Mestre pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Professora da Graduação e do Programa de Pós-graduação Lato Sensu da Faculdade do Ministério Público.

** Advogado. Especialista em Direito Empresarial. Professor das Faculdades São Judas Tadeu.

Resumo

O Estatuto da Pessoa com Deficiência foi aprovado com o objetivo de proporcionar uma tutela especial ao deficiente, protegendo sua vulnerabilidade, e acabou gerando uma importante alteração no instituto da capacidade civil disciplinada pelo Código Civil brasileiro. O presente ensaio busca analisar os reflexos práticos de tal alteração legislativa, visando destacar a necessidade de um tratamento especial aos deficientes mentais, em especial nas relações patrimoniais.

Palavras chaves: Deficiente – Vulnerabilidade – Incapacidade civil

Abstract

The Statute of people with disabilities was approved with the objective of providing special protection to the disabled individuals and their unique vulnerability. The special legislation generated an important alteration on the civil capacity brought by the Brazilian Civil Code. The present thesis proposes to analyze the practical reflects of the modification on the legislation, aiming to highlight the necessity of a special treatment to mentally disabled people, especially in patrimonial relations.

Keywords: Disable- Vulnerability – Civil Incapacity

Introdução

É cediço que no decorrer dos anos o tratamento dado aos deficientes em sociedade passou a ser objeto de uma atenção especial nos mais diversos ramos da ciência.

Eventos de repercussão mundial, como as grandes guerras, que acabaram por trazer um número significativo de mutilados, cegos e surdos, provocaram uma atenção especial à situação dos deficientes, surgindo como decorrência da preocupação com este grupo social a adoção pela ONU de compromissos formais em apoio às pessoas com deficiência, tais como a Declaração do Direito das Pessoas Deficientes, em 1975, a celebração, em 1981, do Ano Internacional da Pessoa Deficiente, a criação da Convenção da Guatemala e, principalmente, a aprovação da consagrada Convenção Internacional da ONU sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência.

Identificou-se paulatinamente ser imprescindível uma atenção especial a este grupo vulnerável, tutelando assim sua liberdade, sua dignidade, sua igualdade e seus direitos¹. Tal fenômeno mundial difundiu-se também no Brasil a partir da década de 70, e a Constituição de 1988 reconheceu formalmente que o deficiente deveria ter garantido diversos direitos para assim atingir a efetividade de sua inclusão na sociedade.

A partir de tal reconhecimento, surgiram no Brasil uma série de projetos trazendo disciplinas legislativas relativas às mais diversas áreas da vida, como por exemplo, saúde, educação e lazer.

A atenção ao tema no Brasil mostrou-se tão significativa que, em 2008, mediante o Decreto Legislativo n. 186, ratificou-se com força de emenda constitucional a Convenção Internacional da ONU sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, sendo a mesma reconhecida em maio do mesmo ano e, por meio do

Decreto Presidencial n. 6.949, de 25 de agosto de 2009, sancionada, incorporando-se ao ordenamento jurídico brasileiro.

O legislador, entretanto, entendendo que os direitos consagrados constitucionalmente não eram suficientes para garantir a tutela dos deficientes, elaborou o Projeto de Lei do Senado n° 6, de 2003, denominado o Estatuto do Portador de Deficiência, sendo a proposição aprovada em 12 de dezembro de 2006, como Projeto de Lei n° 7.699. Após longa tramitação, o projeto de lei originou a Lei 13.146/2015, a qual foi aprovada e publicada em 7 de julho de 2015, passando a vigor em 02 de janeiro de 2016, sob a denominação de Estatuto da Pessoa com Deficiência.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência foi elaborado e aprovado com o objetivo de assegurar uma tutela jurídica capaz de promover a inclusão social e a proteção à dignidade de todos aqueles que “tem impedimento a longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial”².

Tal legislação provocou uma evolução no tratamento dos deficientes, consagrando-lhes diversos direitos especiais, no intuito de proporcionar-lhes um tratamento isonômico em sociedade, a partir do reconhecimento de seus impedimentos e, portanto, de sua vulnerabilidade.

A referida legislação estabeleceu alterações importantes em alguns dispositivos de leis ordinárias, em alguns casos, revogando textos e, em outros, incluindo disciplina nova.

O Código Civil brasileiro foi uma das legislações que teve dispositivos alterados, tanto na Parte Geral, quanto no Livro dedicado à disciplina do Direito de Família.

Entre as alterações está o novo tratamento ao instituto incapacidade civil, regulado nos artigos 3° e 4° do Código Civil, mudança esta que representou uma verdadeira revolução no instituto. Entretanto, a mudança operada trouxe consequências que certamente vão acarretar dificuldades ao operador do Direi-

1 DA FONSECA, Ricardo Tadeu Marques. O Novo Conceito Constitucional de Pessoa com Deficiência: um ato de coragem. *Manual dos Direitos da Pessoa com Deficiência*. Parte 1 Elementos Conceituais. Capítulo 1. São Paulo: Saraiva, 2012. Coordenadores: Carolina Valença Ferraz, George Salomão Leite, Glauber Salomão Leite, Glauco Salomão Leite, p. 18.

2 Estabelece o artigo 2° da Lei 13.146/2015: “Art. 2°. Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas. ”

to, em especial no âmbito das relações patrimoniais, pois, pelo novo texto legal, somente os menores de 16 anos são considerados absolutamente incapazes, excluindo aqueles que por deficiência mental ou intelectual não têm como manifestar sua vontade.

Esta nova visão da incapacidade civil exige uma reflexão cautelosa, pois apesar de inequívoco que a proteção do deficiente é imprescindível para a tutela dos direitos fundamentais, o novo regramento cria um efeito colateral contraditório ao objetivo da nova Lei.

Se todo e qualquer deficiente deve ser considerado capaz ou, em situações especiais, relativamente incapaz, como ficam as hipóteses dos deficientes que não têm como manifestar sua vontade consciente, pois não possuem a cognição necessária para tanto? Não estabelece tal entendimento uma consequência discriminatória, atribuindo-se tão somente uma igualdade formal a esta categoria de deficientes?

Estas são as questões que se pretende responder.

O Estatuto do deficiente como mecanismo de emancipação social

Historicamente reconhece-se que os deficientes sempre enfrentaram dificuldades para serem incluídos na sociedade.³

No Brasil, como se pode observar pelo texto do caput do artigo 5º, a tutela do deficiente foi garantida pela Constituição Federal de 1988, estabelecendo a obrigatoriedade de um tratamento igualitário a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no País, sendo que, apesar de não referir tal dispositivo expressamente quanto aos direitos dos deficientes, em artigos subsequentes faz menção expressa a sua tutela.

3 MARQUES, Christiani. *Direito à Integridade Física e Mental. Manual dos Direitos da Pessoa com Deficiência*. Parte 1 Elementos Conceituais. Capítulo 1. Coordenadores: Carolina Valença Ferraz, George Salomão Leite, Glauber Salomão Leite, Glauco Salomão Leite. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 169.

Exemplos disso são o previsto no artigo 7º, XXXI, ao estabelecer proibição de qualquer discriminação na relação de emprego; no artigo 23, II, ao estabelecer competência comum dos entes da Federação quanto ao cuidado com a saúde, assistência pública, proteção e garantia dos deficientes; no artigo 24, XIV, ao fixar competência concorrente dos entes Federados em legislar sobre proteção e integração social dos deficientes; no artigo 208, III, ao fixar como dever do Estado ofertar um atendimento educacional especializado aos deficientes; no artigo 227§1º II, ao estabelecer o dever do Estado em promover a criação de programas de prevenção e atendimento especializado para os deficientes, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação.

Mas, seja em âmbito federal, estadual, municipal e distrital, foram sendo adotadas ações afirmativas, como imposição de cotas em empresas ou cargos públicos, políticas públicas assistenciais para aqueles que não pudessem exercer qualquer ofício, direitos vinculados ao lazer, à acessibilidade e à informação⁴, tudo no intuito de proporcionar um tratamento isonômico a este grupo de pessoas.

O Estatuto, todavia, surge como uma lei que busca não só a inclusão, mas a emancipação do deficiente, seguindo os mesmos princípios gerais fixados pela Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência em seu artigo 3º, como o respeito a sua dignidade, a autonomia individual, a liberdade de escolha e independência, a não discriminação, a inclusão na sociedade e sua plena e efetiva participação, o respeito à diferença, a igualdade de oportunidades e a acessibilidade.

Com o Decreto 6.949 de 25 de agosto de 2009, entretanto, atingiu-se no Brasil o ápice da tutela da pessoa deficiente, pois, uma vez incorporado o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência ao sistema legal brasileiro, passou-se a seguir uma nova etapa na tutela da pessoa com

4 Sobre o tema, ver a obra de FÁVERO, Eugênia Augusta Gonzaga. *Direitos das Pessoas com Deficiência. Garantia de Igualdade na Diversidade*. Rio de Janeiro: WVA, 2ª edição. 2007.

deficiência, estabelecendo-se o dever do Estado de promover e proteger os direitos e a dignidade das pessoas com deficiência para corrigir as desvantagens sociais existentes e promover sua participação na vida econômica, social e cultural, em igualdade de oportunidades.⁵

E foi com base no texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência que se construiu o atual Estatuto do Deficiente, seguindo a orientação de estabelecer a independência do deficiente, consagrando-o como um sujeito capaz, emancipando-o socialmente, exigindo que o Estado elimine os obstáculos que impedem o pleno exercício de seus direitos.⁶

O reconhecimento da vulnerabilidade do deficiente.

Seguindo a orientação adotada pelos mais diversos sistemas jurídicos e identificando que a sociedade é composta por uma diversidade de grupos, sendo alguns mais fracos que outros, em decorrência de questões intelectuais, de saúde, econômicas, observadas na relação em concreto, o ordenamento brasileiro, no decorrer dos anos, passou a identificar que a busca pela igualdade de tratamento perante a lei exigiria uma intervenção mais atenta do Estado, pois uma única regra a todos os indivíduos, não atenderia os fins sociais necessários.

Assim, muitas legislações dirigidas a proteção dos interesses sociais foram sendo aprovadas, como, por exemplo, a Consolidação das Leis do Trabalho, o Estatuto da Criança e do Adolescente, a Lei do Inquilinato e o Código de Defesa do Consumidor, todos diplomas legislativos com o objetivo comum de proporcionar um tratamento isonômico às relações jurídicas nas quais participassem os sujeitos que objetivavam proteger, considerados mais fracos na relação jurídica, mediante a consagração de direitos especiais.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência surgiu seguindo esta mesma orientação, de forma que, para proporcionar a verdadeira igualdade e não discriminação aos deficientes, foi necessário reconhecer que são sujeitos merecedores de um tratamento especial, pois pertencem a um grupo de vulneráveis, afinal, a ideia de igualdade que deve pautar a lei, tem de estabelecer a proibição de um tratamento arbitrário, não podendo prosperar a igualdade concebida com a Revolução Francesa⁷, pois ela demonstra-se somente formal, e, assim, insuficiente para afastar injustiças na aplicação da lei. A lei buscou evidenciar que a dicotomia desigualdade *versus* igualdade tem sua solução no reconhecimento de que os desiguais devem ser tratados desigualmente, pois, caso contrário, o resultado seria uma profunda injustiça.⁸

Para uma proteção eficaz ao deficiente é necessário reconhecer-se que se trata de um sujeito diferente, que apresenta características físicas, sensoriais, intelectuais ou mentais que criam barreiras para sua efetiva participação em sociedade, sendo ele merecedor de uma proteção que tenha por base critérios justos, capazes de tutelar sua dignidade, um tratamento capaz de conferir-lhe igualdade de condições com as demais pessoas.

Esta sua posição de vulnerável, e os efeitos jurídicos de que dela resultam, vêm expressamente retratados na Lei 13.146/2015, ao determinar no artigo 5º que a pessoa com deficiência será protegida de toda a forma de discriminação que possa ocorrer, salientando que a criança, o adolescente, a mulher e o idoso com deficiência deverão ser reconhecidos como especialmente vulneráveis.

Em suma, a sua vulnerabilidade ou hipervulnerabilidade⁹ como evidenciado no artigo 5º citado, serve de fundamento

5 Identifica-se esta consagração no texto da Convenção ratificada e incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro. Ver texto completo da Convenção em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm.

6 PIOVESAN, Flávia. *Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: inovações, alcance e impactos*. Manual dos Direitos da Pessoa com Deficiência. Parte 1 Elementos Conceituais. Capítulo 2. Coordenadores: Carolina Valença Ferraz, George Salomão Leite, Glauber Salomão Leite, Glauco Salomão Leite. São Paulo: Saraiva. 2012, p. 43.

7 LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na História: Lições Introdutórias*. 3 ed. 2 reimpr. São Paulo: Atlas. 2009. 188 – 191.

8 Assim SÉGUIN, Elida. *Minorias e Grupos Vulneráveis: uma abordagem jurídica*. Rio de Janeiro: Forense. 2002. p. 29.

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

para a concretização da lei, e assim para afastar qualquer tipo de discriminação.

A tutela advinda da Lei 13.146/2015

O Estatuto da Pessoa com Deficiência trouxe disciplina especial nas mais diversas áreas do Direito, estabelecendo inclusive alterações em diplomas legais de grande relevância, como por exemplo, no Código Civil, no Código de Defesa do Consumidor, na Consolidação das Leis do Trabalho, no Código Eleitoral e no Estatuto da Cidade.¹⁰

Estabeleceu regras relativas à acessibilidade fixando um maior rigor, principalmente frente ao poder público, seja esta acessibilidade tanto no intuito de facilitar a locomoção do deficiente, quanto à informação e comunicação.

No âmbito do direito à saúde impôs ao poder público o dever de oferecer um tratamento especial em face de sua vulnerabilidade, com a adoção de medidas de proteção e segurança, além de estabelecer o direito ao consentimento prévio ao deficiente no caso de realização de intervenções clínicas ou cirúrgicas, como também para a realização de tratamento, procedimento, hospitalização ou pesquisas científicas.

Quanto à educação, assegurou acesso inclusivo em todos os meios de aprendizagem.¹¹ Em relação ao direito à moradia, consagrando a tutela do deficiente a uma moradia digna e que lhe permita independência.

Para a tutela aos direitos do trabalhador deficiente, estabeleceu a impossibilidade de qualquer discriminação, cabendo não somente possibilitar a sua contratação, mas que o local de trabalho seja acessível, mediante adoção de medidas específicas.

No âmbito das relações de consumo, impôs a inserção no Código de Defesa do Consumidor de regras relativa à informação, incluindo dentre os direitos básicos do consumidor o de apresentar todas as informações relativas ao produto ou serviço de forma acessível à pessoa com deficiência, evidenciando naquela norma de ordem pública e interesse social a vulnerabilidade especial dos deficientes.

Importante, entretanto, destacar que uma das mudanças mais significativas trazida pela Lei 13.146/2015 foi sem dúvida a advinda do reconhecimento da plena capacidade ao deficiente, conforme consagrado em artigo 6º. A positivação constante deste dispositivo acabou por alterar o texto dos artigos 3º e 4º do Código Civil brasileiro e, como reflexo de tal alteração, a mudança em outros artigos, como os que tratam de matéria relativa à prova testemunhal¹², ao casamento¹³ e à curatela¹⁴.

12 Conforme preceitua o artigo 114 do Estatuto, os incisos II e III do artigo 228 foram revogados, o que gera como consequência a interpretação de que os sujeitos com enfermidade ou retardamento mental, assim como os cegos e surdos, podem ser admitidos como testemunhas. Da mesma forma, impôs-se a inclusão do § 1º no mesmo dispositivo, passando a ser possível ao juiz admitir o depoimento dos sujeitos arrolados nos incisos quando se tratar de prova dos fatos que somente elas conheçam. E ainda, incluiu-se o § 2º, estabelecendo que a pessoa com deficiência pode testemunhar em igualdade de condições com as demais pessoas, sendo-lhe assegurado todos os recursos de tecnologia assistida.

13 O mesmo artigo 114 do Estatuto estabeleceu novo texto aos artigos 1518, 1548, 1550 e 1557. Como consequência, acabou também trazendo alteração nos artigos 1559 e 1560. Tais dispositivos dizem respeito a regras aplicáveis ao casamento. No novo texto do artigo 1518 excluiu-se a possibilidade de o curador revogar a autorização do casamento até a sua celebração. Foi revogado o inciso I do artigo 1548, não sendo mais nulo o casamento contraído pelo enfermo mental sem o necessário discernimento para os atos da vida civil. Renumerou-se o parágrafo único para §1º e incluiu-se o § 2º determinando que a pessoa com deficiência mental ou intelectual em idade núbua poderá contrair matrimônio devendo para tanto exprimir sua vontade diretamente ou por meio de seu responsável ou curador. Quanto ao artigo 1557, alterou-se o texto do inciso III, ressaltando-se que não será considerado erro essencial a ignorância, anterior ao casamento, de defeito físico irremediável se este caracterizar-se como deficiência e o inciso IV foi revogado, de forma que a ignorância anterior ao casamento, de doença mental grave não é considerada erro essencial sobre a pessoa.

14 No que tange a curatela, muitas alterações foram determinadas, pois com o reconhecimento da capacidade para os deficientes, deixaram eles de necessitarem de proteção especial. O artigo 1767 teve seu inciso I alterado, excluindo-se as expressões enfermidade e deficiência mental, mantendo-se que são sujeitos a curatela os que não tiverem o necessário discernimento para os atos da vida civil. Seguindo a mesma lógica revogou-se o inciso II, pois os que não podem exprimir sua vontade por causa duradoura passam a ser tidos por capazes. Do inciso III excluiu-se os deficientes mentais, pois passam a ser capazes e, revogou-se o inciso IV, pois os excepcionais sem completo desenvolvimento também passam a ser considerados capazes.

10 Sobre o novo regramento estabelecido pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência ver ARAÚJO, Luiz Alberto David; COSTA FILHO, Waldir Macieira da. *O Estatuto da Pessoa com Deficiência p EPCD (Lei 13.146, de 06.07.2015): Algumas Novidades. Revistas dos Tribunais*, vol. 962, ano 04, dez. 2015, p. 65-80.

11 O que inclusive gerou uma Ação Direta de Constitucionalidade promovida pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino questionando os artigos 28 e 30 do Estatuto Sobre a tramitação da ADI, ver: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=A-DIN&s1=5357&processo=5357>.

Quanto ao instituto da curatela as mudanças foram bastante profundas, não só pela inclusão dos deficientes como capazes, mas porque o legislador criou uma nova figura que denominou de decisão apoiada¹⁵, que decorre de um processo no qual o deficiente elege duas pessoas idôneas para lhe prestar apoio na tomada de decisões sobre sua vida civil.

O reconhecimento do deficiente como sujeito plenamente capaz trouxe uma nova realidade às relações jurídicas privadas em todos os seus setores, mas, em especial, no âmbito dos negócios jurídicos patrimoniais, pois, nestas relações, em sendo o deficiente capaz, considera-se que ele tenha plena e total possibilidade de manifestar sua vontade de forma consciente e racional, sem a necessidade de estar representado ou assistido, mas no máximo com apoio na sua decisão, ou seja, frente à nova realidade estabelecida pela Lei 13.146/2015, os deficientes, independentemente da causa, não poderão ser tratados como incapazes, seja absoluta ou relativamente, aplicando-se o instituto da curatela somente para aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade, aos ébrios habituais e aos viciados em tóxicos e aos pródigos.

A nova visão da (in)capacidade civil

As relações sociais são dinâmicas alteram-se de acordo com o tempo e o espaço, impondo ao Direito através de atualizações de suas regras acompanhar o movimento social.¹⁶ Sabe-se que a necessidade de uma legislação surge inicialmente como fato social, o qual ganhando valor impõe uma regulação,

e isso é um processo que se manifesta em todos os setores do Direito, não sendo diferente no tema da capacidade civil.¹⁷

Nesse sentido, pode-se observar que o Código Civil brasileiro de 2002 trouxe uma mudança importante ao romper com a regra que compunha o Código Civil de 1916 relativa a incapacidade civil, afinal, excluiu-se a expressão louco de todo gênero, assim como deixaram de ser absolutamente incapazes os ausentes e os surdos-mudos. Verifica-se que a visão discriminatória que pairava sobre o anterior diploma civilista foi substituída por um entendimento mais social.

Ainda assim, o regramento referente a pessoas com incapacidade, seja ela física ou mental, continuou gerando especial atenção nos últimos tempos. A doutrina¹⁸ já há algum tempo vinha se manifestando no sentido de que quando estão em jogo situações jurídicas existenciais, as quais envolvem o próprio desenvolvimento humano do indivíduo, não poderia prosperar a desconsideração da manifestação da vontade do deficiente mental e do enfermo. Que delegar o poder de escolha aos representantes violaria a dignidade da pessoa humana.¹⁹

Para melhor análise do tema, importante verificar qual o entendimento que o Código Civil brasileiro de 2002 em seu texto original estabeleceu sobre a matéria da incapacidade civil.

É possível observar que o Código Civil brasileiro disciplina a matéria nos seus artigos 3º e 4º, os quais tratam respectivamente da incapacidade absoluta e da incapacidade relativa. Na sua redação original, no primeiro grupo (incapacidade absoluta), estavam incluídos os menores de dezesseis anos, os que por enfermidade ou deficiência mental não pudessem exprimir sua vontade, por falta de discernimento para praticar atos da vida civil e os que, mesmo por causa transitória, não pudessem exprimir sua vontade. No segundo (relativamente incapazes), os maiores de dezesseis anos e menores de dezoito anos, os

15 Inclusive foi inserido no Código Civil brasileiro um novo capítulo denominado de Da Tomada de Decisão Apoiada, sendo o mesmo composto por um único artigo, o qual apresenta-se subdividido em dez parágrafos. Mas, como consequência do reconhecimento da capacidade dos deficientes e assim a exclusão da necessidade de curatela, o regramento dos artigos 1768, 1769, 1771, 1772, 1775-A e 1777 foi substancialmente alterado, passando-se a falar em situações nas quais pode ser necessário a nomeação de pessoas idôneas para prestar apoio ao deficiente, surgindo novas expressões nos dispositivos supra citados, como por exemplo, "suposto incapaz", "potencialidades da pessoa", "limites da curatela".

16 PERLINGERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil – Introdução ao Direito Civil Constitucional*, 3º Edição. Rio de Janeiro: Renovar. 2007, p. 1.

17 REALE, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito*, 5º edição. São Paulo: Saraiva. 1994, p. 57.

18 FARIAS, Cristiano Chaves de ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil. 1 Parte Geral e LINDB*. São Paulo: Atlas, 13ª edição. 2015, p. 196-297.

19 RODRIGUES, Rafael Garcia. *A pessoa e o ser humano no novo Código Civil*. A parte geral do novo Código Civil. Coordenador Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Renovar, 2ª Edição. 2003, p. 25.

ébrios habituais, os viciados em tóxicos e os que, por deficiência mental, tivessem discernimento reduzido, os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo, e os pródigos.

Verifica-se que o legislador, além de estabelecer as duas espécies de capacidade, reconheceu as causas da incapacidade como sendo a falta de maturidade e a ausência de cognição necessária para a compreensão dos efeitos de determinados fatos jurídicos. A incapacidade por falta de maturidade, ou seja, em decorrência da idade, foi tida por presumida, enquanto, para as outras hipóteses, exige-se a prova da condição de incapacidade, para que assim seja nomeado o representante legal ou assistente.

Considerou o legislador que os denominados incapazes mereceriam uma tutela especial por faltarlhes a perfeita compreensão para a prática de atos jurídicos, proporcionando-se assim a “aplicação da conhecida regra de que a igualdade se consubstancia tratando desigualmente quem está em uma posição desigual”²⁰.

As mudanças legislativas na matéria, advindas do Estatuto da Pessoa com Deficiência, excluíram da regra de incapacidade estampada no Código Civil todas as hipóteses que abrangiam os sujeitos considerados por ela deficientes, independente da causa, no intuito assim de atingir seu objetivo: estabelecer legalmente que o deficiente, seja físico, mental, intelectual ou sensorial, como refere no seu artigo 2º, é um sujeito plenamente capaz. Que ele é vulnerável, mas não incapaz. Que ele merece um tratamento diferenciado, mas não a aplicação das regras da incapacidade civil.²¹

A capacidade do deficiente mental.

As alterações trazidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência afastaram quase todas as hipóteses de incapacidade absoluta, sendo atualmente absolutamente incapaz, exclusiva-

mente, o menor de dezesseis anos de idade. Todas as demais hipóteses originalmente referidas no artigo 3º foram excluídas por expressa revogação imposta pela Lei 13.146/2015.²²

Operou-se ainda, uma alteração significativa no artigo 4º do Código Civil, pois agora a categoria dos relativamente incapazes é composta pelos maiores de dezesseis anos e menores de dezoito anos, ébrios habituais, viciados em tóxicos, pródigos e por aqueles que por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade.

Excluiu-se o deficiente mental com discernimento reduzido e os excepcionais sem desenvolvimento mental completo, mas incluiu-se os que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade. Este último grupo que era visto como absolutamente incapaz, agora foi recepcionado como relativamente incapaz, não mais necessitando ser representado, mas somente assistido.

A motivação da mudança encontra-se no objetivo de proporcionar a inclusão social das pessoas consideradas deficientes, preocupação esta que se demonstra relevante na medida em que a proteção dos minoritários busca proporcionar a redução das desigualdades sociais e o desaparecimento de condutas discriminatórias em sociedade.

Esta preocupação tem como principais motivadores a tutela da dignidade da pessoa humana, mas também o reconhecimento de uma vulnerabilidade daqueles com deficiência, de sorte que, para alcançar a mesma liberdade daqueles sem deficiência, impôs o legislador um tratamento especial.

Neste contexto identifica-se que, apesar de o objetivo do legislador ter sido que no atual ordenamento jurídico brasileiro o deficiente, seja ele físico, sensorial, mental ou intelectual deva ser tratado como um sujeito plenamente capaz, o exame

22 Art. 114. A Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil) passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art 3º. São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos.

I - (Revogado);

II - (Revogado);

III - (Revogado).” (NR)

20 FARIAS, Cristiano Chaves de ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil. 1 Parte Geral e LINDB. São Paulo: Atlas, 13ª edição. 2015, p. 274.

21 E, por isso, sequer aplicável a eles as regras dos artigos 198, I, 208 e 171, I, pois são vistos como capazes.

das situações concretas demonstra que tal objetivo nem sempre poderá ser alcançado, pois nem todos os deficientes têm a cognição suficiente para participarem ativamente de relações jurídicas.

Não resta dúvida que o deficiente físico ou sensorial poderá participar ativamente dos mais diversos atos jurídicos, sendo que as barreiras que possam existir podem ser facilmente afastadas mediante a utilização de técnicas e procedimentos que permitem a total inclusão deste grupo de vulneráveis, sendo coerente o seu tratamento como plenamente capazes.²³

Já no que diz respeito ao deficiente mental e/ou intelectual, a situação é distinta, pois, indiscutivelmente, uma vez presente a deficiência, o sujeito não terá discernimento suficiente para participar de atos da vida civil sem estar representado por um curador.

Considerar juridicamente o deficiente como um sujeito plenamente capaz, independentemente do tipo de deficiência, parece ser um objetivo intangível, pois a realidade de um sujeito considerado deficiente mental demonstra claramente ser impossível a manifestação de uma vontade consciente, pois por falta de cognição, seu funcionamento intelectual não permite que o mesmo tenha uma real compreensão das situações que lhe são apresentadas.

Assim, o objetivo de incluir se revela em uma exclusão, a busca de uma igualdade material retrata uma utopia, pois a condição pessoal do deficiente mental exige um tratamento especial pelo Estado, devendo a lei tutelá-lo adequadamente.

Houve na verdade um retrocesso. Enquanto o Código Civil de 2002 afastou da condição de incapacidade absoluta os surdos-mudos, uma vez que sua deficiência física não afeta o

seu discernimento, inexistindo relação deste problema físico com os centros cerebrais²⁴, entendendo não compreender a categoria dos incapazes; a nova disciplina legal equipara as espécies de deficiência, considerando que ambos podem ter as mesmas condições e por isso merecem o mesmo tratamento jurídico, quando na realidade, não poderia, pois a situação fática é diversa.

Ao tratar de forma igualitária os deficientes físico e mental está o legislador impedindo a aplicação de um tratamento igualitário. Tem-se uma situação paradoxal, pois se há um tratamento diferenciado para os deficientes (físicos e mentais) com o objetivo de buscar uma "igualdade" em relação aos capazes, ao tratar os deficientes como uma única categoria, não os diferenciando entre deficientes físicos e deficientes mentais, os considera formalmente iguais, apesar de materialmente existir desigualdade.

A repercussão da nova regra da (in)capacidade civil nas relações patrimoniais

Toda nova legislação ou alteração de uma legislação impõe ao operador do direito um desafio: a interpretação da nova norma legal, mas não uma interpretação isolada e sim, ampla, levando em consideração a integralidade do sistema jurídico.²⁵

O Estatuto da Pessoa com Deficiência criou ao operador do Direito um grande desafio na matéria da incapacidade civil, na medida em que a hipótese de incapacidade absoluta se restringe à idade (menores de dezesseis anos), em virtude da revogação de incisos do artigo 3º do Código Civil. Assim, enfrentará o intérprete um grande problema, pois, com certe-

23 Em algumas legislações, algumas deficiências físicas são consideradas como causa de incapacidade, podendo ocorrer a interdição. Exemplo dessa situação é observado no Código Civil português em que o surdo ou mudo pode vir a ser interditado. Carlos Alberto da Mota Pinto assevera que "são fundamentos de interdição as situações de anomalia psíquica (abrangendo, portanto, deficiências do intelecto, da afectividade ou da vontade), surdez-mudez ou cegueira, quando pela sua gravidade, tornem o interditado incapaz de reger a sua pessoa e bens (art. 138º)" MOTA PINTO, Carlos Alberto da; PINTO MONTEIRO, António e; MOTA PINTO, Paulo. Teoria Geral do Direito Civil, 4ª Edição. Coimbra: Coimbra. 2012, p. 235.

24 Nesse sentido PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de Direito Civil – Introdução ao Direito Civil. Teoria Geral de Direito Civil, vol. I, 23ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2009, p. 239.

25 Conforme assevera Eros Grau "a interpretação do direito é interpretação do direito, no seu todo, não de textos isolados, desprendidos do direito. Não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços. A interpretação de qualquer texto de direito impõe ao intérprete, sempre, em qualquer circunstância, o caminhar pelo percurso que se projeta a partir dele – do texto – até a Constituição. Um texto de direito isolado, destacado, desprendido do sistema jurídico, não expressa significado normativo algum." GRAU, Eros Roberto. Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito. São Paulo: Malheiros. 2002. p. 34.

za, surgirão situações que gerarão importantes indagações e dificuldade de solução pela aplicação do texto legal. Com as mudanças no Código Civil advindas da Lei 13.146/2015 surgirão dificuldades de solução dos casos concretos. Isso será identificado quando existirem relações negociais de cunho patrimonial nas quais forem parte deficientes mentais, pois, não resta dúvida, que tais sujeitos não têm como manifestar sua vontade, sendo imprescindível sua interdição e a nomeação de um representante legal, sob pena de ficarem excluídos de proteção pelo Estado. Entretanto, isso agora, pela aplicação, é impossível.

Esta é a interpretação que se pode concluir das alterações que atingiram o Código Civil brasileiro. E mais, o artigo 114 da Lei 13.146/2015, ao criar o instituto da tomada de decisão apoiada (artigo 1783-A), assim como estabelecer mudanças no título que trata da tutela e da curatela, em especial os artigos 1768, 1769, 1771, 1772, 1775-A e 1777, criou uma zona cinzenta, utilizando-se de expressões como “termos da curatela” (artigo 1768, 1769 e 1771), “suposto incapaz” (artigo 1770), “limites da curatela” (artigo 1772). Mais, no artigo 1775 trouxe a previsão de nomeação de curador para a pessoa com deficiência.

Pode surgir o entendimento de que o intuito do legislador foi estabelecer que para as relações de índole patrimonial os deficientes mentais devem ser considerados relativamente incapazes, abrangidos quem sabe pela hipótese do inciso III do artigo 4º do Código Civil e, assim, para tais casos devendo ser interditados²⁶. Seguindo tal entendimento, será necessária a interdição para nomeação de um assistente, ou seja, um sujeito que irá acompanhar o incapaz, assentir, mas não praticar o ato,

pois o mesmo deverá ser pessoalmente praticado pelo relativamente incapaz. A prática do ato em nome do incapaz se dá quando há incapacidade absoluta e, em tal caso, o representante age em nome do representado.²⁷

Em prosperando tal entendimento, advindo de uma interpretação sistemática, continuará existindo um grande problema na solução dos casos concretos. A título de exemplo, pode-se trazer a hipótese de um sujeito no qual se manifesta uma patologia capaz de impedir-lhe a compreensão dos fatos, da realidade, e o mesmo necessita firmar um contrato, como o caso de um oligofrênico. Segundo a nova visão legislativa, este sujeito é titular de capacidade legal e pode participar de todas as relações que compõem a vida civil e sequer cabe ser representado. Entretanto, é evidente que perante uma situação concreta, isso demonstra-se inviável.

Ou ainda, seguindo o entendimento de que em face da atual regra do inciso III do artigo 4º ele é relativamente incapaz. Em tal caso, como ele vai praticar o ato pessoalmente, se na maioria das vezes não tem nenhum tipo de compreensão da realidade?

Na verdade, os sujeitos que antes encontravam abrigo no artigo 3º, agora estão excluídos, segregados. Isso porque ainda que de fato sejam absolutamente incapazes, pode-se no máximo chegar ao entendimento de que são relativamente incapazes e, em tal caso, inviável serão os mesmos a exercerem seus direitos. E é claro, sequer será viável buscar-se o exercício dos direitos no novo instituto criado da “Decisão Apoiada”, até mesmo porque, para tanto, a pessoa com deficiência terá que eleger duas pessoas idôneas.

Veja-se, portanto, que caberá aos operadores do Direito a tarefa de enfrentar esta situação delicada criada pelo legislador e buscar uma solução para que aquele sujeito que, de acordo com suas características pessoais, e absolutamente incapaz de fato, possa exercer os seus direitos.

26 Manifesta-se em tal sentido ARAÚJO, Luiz Alberto David; COSTA FILHO, Waldir Macieira da. *O Estatuto da Pessoa com Deficiência p EPCD (Lei 13.146, de 06.07.2015): Algumas Novidades. Revistas dos Tribunais*, vol. 962, ano 04, dez. 2015, p. 72. Referem os autores: “O art. 114 do EPCD trouxe modificações substanciais no Código Civil para fazer valer estes novos institutos da capacidade legal e da tomada de decisão apoiada e da nova concepção de curatela. Primeiramente retirou as pessoas com deficiência, inclusive as mentais e intelectuais, do rol dos absolutamente incapazes, remetendo-os para o rol dos relativamente incapazes a partir da nova redação do artigo 4º combinado com as alterações procedidas pelo artigo 114 do EPCD nos artigos 3º, 4º, 228, 1518, 1550, 1557, 1767, 1768, 1769, 1771, 1772, 1775-A e 1777, todos do CC/2002. Desta forma as pessoas com deficiência, ordinariamente, só serão interditadas em relação aos atos negociais e patrimoniais, mantendo-se as faculdades para casar, trabalhar, testemunhar, votar e praticar outros atos da vida diária.”

27 MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico – Plano da Validade*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 179.

A busca de uma solução ao problema posto, muitas vezes é tormentosa, ou até impossível, sem atacar a norma questionada. E, nesse aspecto, não se visualiza qualquer solução que não seja o afastamento das normas decorrentes da Lei do Deficiente, que estabelecem um tratamento “isonômico” ao absolutamente incapaz com aquele relativamente incapaz.

Percebe-se que a própria Lei 13.146/2015 demonstra-se paradoxal na medida em que sua finalidade encontra-se prevista no artigo 1º, prevendo que ela seja “destinada a assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania”, enquanto na prática pode criar situações de desigualdade, ferindo o direito fundamental de uma vida digna, reconhecido constitucionalmente.²⁸

Esta mudança legislativa que atinge o instituto da capacidade civil apresenta-se ilegal e inconstitucional e quatro argumentos revelam este entendimento.

O primeiro argumento encontra-se na própria norma, como no artigo 1º da Lei 13.146/2015, pois sendo o objeto da lei tutelar o deficiente, não pode deixar o deficiente mental excluído de uma tutela diferenciada decorrente de sua situação pessoal, pois há categorias distintas de deficientes.

O segundo encontra-se no próprio Código Civil, o qual possui um regramento voltado à tutela da pessoa. No momento em que a Lei 13.146/2015 altera o artigo 3º, afastando as hipóteses de incapacidade absoluta e, conseqüentemente, segregando o deficiente mental do exercício de seus direitos, está contrariando as bases do sistema jurídico privado.

Como terceiro argumento, encontra-se a análise do presente tema sob a ótica constitucional. O artigo 5º da Constituição Federal estabelece direitos fundamentais, sem apresentar qualquer distinção entre os sujeitos a quem é dirigido, ou seja, todas as pessoas possuem tais direitos fundamentais. Assim, ao ter o deficiente mental cerceado tais direitos, surge uma afronta ao

texto constitucional, ofendendo o Princípio da Isonomia. Mais, ofende também o artigo 3º do mesmo diploma, em especial o inciso I, que tem por fundamento a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Por fim, como quarto argumento, identifica-se que há ofensa ao Princípio da Proibição do Retrocesso²⁹, pois o que se quer é a tutela do deficiente, evitando-se tratamento discriminatório e desigual, mas, ao excluir-se do deficiente mental a tutela como absolutamente incapaz, o resultado que se está atingindo é um tratamento discriminatório e desigual, configurando-se um verdadeiro retrocesso na tutela deste sujeito.

Conclusão

Desta breve reflexão percebe-se o quão importante é o tema da tutela do deficiente, afinal, trata-se de um sujeito vulnerável e por isso merecedor de uma tutela diferenciada.

Houve equívoco do legislador ao equiparar todos os deficientes, sem distinguir que há categoria especial, como o caso do deficiente mental, uma única categoria e, categoria esta que atribui à condição de incapacidade relativa.

Em razão da impossibilidade de grande parte dos deficientes mentais manifestar sua vontade de forma racional, a incapacidade de fato é absoluta e ao não ser reconhecido pelo direito essa limitação, segregou-se este sujeito, contrariando o sistema jurídico como um todo.

A legislação, em especial na parte que revoga os incisos do artigo 3º, do CCB, apresenta-se discriminatória, não tendo o legislador levado em consideração que os fatos não podem ser mudados pelo direito. Aquele que não possui qualquer capacidade mental de expressar a sua vontade (fato), jamais pode ser recebido pelo direito como capaz ou relativamente incapaz.

²⁹ Sobre o tema ver SARTLET, Ingo Wolfagan. Proibição do retrocesso, Dignidade da Pessoa Humana, e Direitos Sociais: Manifestação de um Constitucionalismo dirigente possível. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, nº 15 – setembro/outubro/novembro 2008 – Bahia – BRASIL <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-15-SETEMBRO-2008-INGO%20SARLET.pdf> em 11/03/2016.

²⁸ Nesse sentido ver TEPEDINO, Gustavo. *Premissas Metodológicas para Constitucionalização do Direito Civil*. *Temas de Direito Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 01

O intérprete e aplicador da lei certamente enfrentará situações que deixarão claro esta realidade, o que demonstrará a necessidade de alteração na legislação, reconhecendo-se que o deficiente mental possui uma vulnerabilidade especial e, por isso, ao ser tutelado, suas desigualdades devem ser levadas em consideração para que o ordenamento jurídico atinja seu objetivo de verdadeiramente tutelar este sujeito de direitos.

Referências

ARAÚJO, Luiz Alberto David; COSTA FILHO, Waldir Macieira da. *O Estatuto da Pessoa com Deficiência p EPCD (Lei 13.146, de 06.07.2015): Algumas Novidades*. Revistas dos Tribunais, vol. 962, ano 04, dez. 2015, p. 65-80.

DA FONSECA, Ricardo Tadeu Marques. O Novo Conceito Constitucional de Pessoa com Deficiência: um ato de coragem. Manual dos Direitos da Pessoa com Deficiência. Parte 1 Elementos Conceituais. Capítulo 1. Coordenadores: Carolina Valença Ferraz, George Salomão Leite, Glauber Salomão Leite, Glauco Salomão Leite. São Paulo: Saraiva. 2012, p. 18- 31.

FARIAS, Cristiano Chaves de ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil. 1 Parte Geral e LINDB. São Paulo: Atlas, 13ª edição, 2015.

FÁVERO, Eugênia Augusta Gonzaga. Direitos das Pessoas com Deficiência. Garantia de Igualdade na Diversidade. Rio de Janeiro: WVA, 2ª edição, 2007.

GRAU, Eros Roberto. Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/ Aplicação do Direito. São Paulo: Malheiros. 2002.

LOPES, José Reinaldo de Lima. O direito na história: lições introdutórias. 3º ed. 2ª reimpressão. São Paulo: Atlas, 2009.

MARQUES, Christiani. *Direito à Integridade Física e Mental*. Manual dos Direitos da Pessoa com Deficiência. Parte 1 Elementos Conceituais. Capítulo 1. Coordenadores: Carolina Valença Ferraz,

George Salomão Leite, Glauber Salomão Leite, Glauco Salomão Leite. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 169 - 178.

MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do Fato Jurídico – Plano da Validade. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MOTA PINTO, Carlos Alberto da; PINTO MONTEIRO, António e MOTA PINTO, Paulo. Teoria Geral do Direito Civil, 4º Edição. Coimbra: Coimbra. 2012.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de Direito Civil – Introdução ao Direito Civil. Teoria Geral de Direito Civil, vol. I, 23º ed. Rio de Janeiro: Forense. 2009.

PERLINGERI, Pietro. Perfis do Direito Civil – Introdução ao Direito Civil Constitucional, 3º Edição. Rio de Janeiro: Renovar. 2007.

PIOVESAN, Flávia. *Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: inovações, alcance e impactos*. Manual dos Direitos da Pessoa com Deficiência. Parte 1 Elementos Conceituais. Capítulo 2. Coordenadores: Carolina Valença Ferraz, George Salomão Leite, Glauber Salomão Leite, Glauco Salomão Leite. São Paulo: Saraiva. 2012., p. 33 - 51.

REALE, Miguel. Teoria Tridimensional do Direito, 5º edição. São Paulo: Saraiva. 1994.

SARTLET, Ingo Wolfagan. Proibição do retrocesso, Dignidade da Pessoa Humana, e Direitos Sociais: Manifestação de um Constitucionalismo dirigente possível. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, nº 15 – setembro/outubro/novembro 2008 – Bahia – BRASIL <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-15-SETEMBRO-2008-INGO%20SARLET.pdf>, consultado em 11/03/2016.

SÉGUIN, Elida. Minorias e Grupos vulneráveis: uma abordagem jurídica. Rio de Janeiro: 2002.

SILVA PEREIRA, Caio Mario da. Instituições de Direito Civil – Introdução ao Direito Civil. Teoria Geral de Direito Civil, vol. I, 23º ed. Rio de Janeiro: Forense. 2009, p. 239. TEPEDINO, Gustavo. *Premissas Metodológicas para Constitucionalização do Direito Civil*. Temas de Direito Civil. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 1 -22.

